ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A CONTEMPORANEIDADE E O TRATAMENTO DOS ESTRANHOS À COMUNIDADE

THE CONTEMPORANEITY AND THE TREATMENT OF STRANGERS TO THE COMMUNITY

Fábio Wellington Ataíde Alves*
Renato Vasconcelos Magalhães**

RESUMO: Partindo-se da premissa de que a retomada da democracia não possibilitou ainda a superação do medo social causado pelo acréscimo de violência, o sistema constitucional de garantias resta paralisado diante de práticas legislativas infraconstitucionais que não se adequam às diretrizes traçadas na Constituição. Cabe ao Judiciário a correção destas distorções, não aplicando, por exemplo, o aumento da pena pela reprovação da conduta social prevista no art. 59 do Código Penal, uma vez que sentenças penais condenatórias não formam o conteúdo jurídico da conduta social para fins de aplicação da pena, cabendo apenas serem analisadas em sede de reincidência ou antecedentes.
Palavras-chave: Direito Penal. Edmund Mezger. Fixação da Pena. Conduta Social.

ABSTRACT: Based on the premise that the return of democracy has not enabled yet to overcome the fear caused by the increase in social violence, the constitutional system of guarantees remains paralyzed among the infra legislative practices that do not follow the guidelines outlined in the Constitution. It is the judiciary's task to correct these distortions, by not applying for example, the increase of the penalty for the failure of social conduct set in the art. 59 of the Penal Code, as the damning criminal sentences do not form the legal content of social conduct for purposes of applying the penalty, leaving as option the fact that they can only be analyzed for the assumption of history or recurrence of the convicted.
Keywords: Criminal Law. Edmund Mezger. The sentencing procedure. Social Conduct.

* Especialista em Direito e Cidadania pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. *Email:* fabioalves@tjrn.jus.br.

** Doutor em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e da Universidade Potiguar – UnP. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. *Email*: renatomagal@hotmail.com.

1 DIREITO PENAL E MEDO

O aparente desrespeito à lei penal marca a contemporaneidade. Os índices crescentes de criminalidade não seguem autonomamente; dentre tantas outras causas, eles resultam também da interdependência entre o desenvolvimento econômico de reduzida parcela da sociedade e a multiplicação de uma juventude periférica, sem perspectivas ou oportunidades de trabalho. Esta combinação, reiteradamente celebrada pelos sociólogos, sinaliza um mau caminho, ou melhor, indica uma a abertura em direção ao avanço do medo social causado pelo acréscimo de vítimas de delitos[1]. Neste contexto, a idéia de garantias penais ou de proteção de direitos, sob o véu do devido processo legal, atemoriza a opinião pública, ainda mais quando se advoga a inimputabilidade penal para menores de dezoito anos ou a prevalência do Direito Penal mínimo, o que faz qualquer cidadão comum tiritar de calafrios.

O medo contemporâneo descende do autoritarismo engendrado desde o Estado Novo e ininterruptamente reproduzido durante a ditadura militar de 1964, quando então atinge o cume na década de 80, em conseqüência de que se deu a ampla reforma penal de 1984[2]. Ademais, o retorno à democracia não superou a sensação de temor. Violência, medo e controle social compõem o permanente estado de perigo, a gerar uma política pública predisposta a criminalizar, encarcerar e penalizar, mesmo que em sentido oposto às garantias do Estado Democrático de Direito. Esta constante se mantém visivelmente percebida pelo crescente incremento da legislação penal a partir de 1990, não obstante o esforço legislativo pareça, em alguns casos, inócuo e ignore completamente o poder judicial de individualizar a pena.

Tomemos como exemplo a Lei n. 10.886/04, que incluiu o § 9º. no art. 129 do Código Penal, aumentando a sanção da lesão corporal culposa praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou contra quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. A partir dessa lei, a pena da lesão culposa passou de dois meses a um ano para seis

1 Cf. DAHRENDORF, Ralf. **A Lei e a Ordem**, p. 18.
2 Sobre a cultura do medo durante o regime militar de 1964, cf.: PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**: Reflexões sobre Violência Criminal, Controle Social e Cidadania no Brasil, p. 43.

meses a um ano. Afora a discreta expansão da pena mínima, nada se acresce. Melhor seria deixar o assunto para a individualização judicial, limitando-se a questão à modalidade dolosa do tipo (§ 10, art. 129, CP), sem que fosse necessário criar este dispositivo culposo estritamente simbólico. A alteração legislativa não tem sentido quanto àquelas infrações praticadas sem intenção, porquanto nestas o intuito (doloso) de se discriminar o gênero está ausente. A lei a visa proteger aquelas lesões decorrentes da discriminação de gênero, as quais, na maioria dos casos, vitimam a mulher e pessoas submetidas à subordinação intrafamiliar. Não é razoável punir mais severamente os acidentes domésticos (culposos), como de fato está acontecendo, como se todas as lesões culposas contra aquelas pessoas embutissem uma carga maior do que aquelas praticadas contra um estranho, mesmo que este estranho seja, v. g., um idoso. Para Mariana Barros Barreiras, "acreditar que mudanças no sistema de Justiça Criminal possam levar a uma alteração no status feminino é crer no simbolismo do Direito Penal e viver em utopia"[3].

O sistema constitucional de garantias, não obstante funcione abstratamente, atravanca não somente diante das práticas legislativas infraconstitucionais, mas, como não devia suceder, também pela conduta de um juiz que acata a lei acriticamente. Na esfera legislativa infraconstitucional, é de esperar desacertos ou divergências no referente aos fundamentos do texto constitucional, porque o código lingüístico do sistema político se move em função de um volátil núcleo binário governo/oposição - minoria/maioria. Agora, o sistema jurídico torna-se a caução da Constituição, porquanto não se subjuga a vicissitudes, militando na dependência do binômio lícito/ilícito - legal/ilegal, para a tomada de suas decisões[4]. Diante disto, o papel crítico do juiz se sobrepuja, como pressuposto, ao exercício das garantias constitucionais, porquanto o Poder Judiciário age como um engenho que filtra, da lei, os conteúdos nocivos à Constituição, impossíveis de serem retidos pela elasticidade do sistema político[5].

3 PARREIRA, Mariana Barros. O Discurso Feminista da Lei n. 11.106/05. Boletim. **IBCCRIM**. São Paulo, n.150, p. 1-6, maio. 2005.

4 CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**, p. 104.

5 É fácil estabelecer um sistema jurídico em abstrato, mas difícil "é modelar as técnicas legislativas e judiciais adequadas para assegurar efetividades aos princípios constitucionais e os Direitos Fundamentais consagrados por eles" (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito, p. 250).

Na última quadra do século XX, a normatização dos princípios no seio das constituições justifica o aparecimento do paradigma pós-positivista, que impede a ressurreição autônoma de uma escola do direito livre (juiz nietzscheniano), e, ao mesmo tempo, suprime as limitações do positivismo legalista (juiz montesquieuniano). Os princípios constitucionalizados conduzem o pensamento jurídico a uma teoria substancial, e não meramente formal do Direito[6]. Agora, o juiz substancialista-garantista se sujeita à Constituição, consolidando uma postura crítica em relação à lei.[7]

Durante o predomínio do juspositivismo, os princípios habitavam os códigos com finalidade meramente supletiva em relação à vagueza da lei. Mediante um estímulo normativo, os antiquados princípios gerais de direito, quando trazidos pelo pós-positivismo para o núcleo da Constituição, convertem-se em valores supremos, fundamento de todo o ordenamento. A partir de então, os princípios constitucionais, e não mais os empalidecidos princípios gerais, ocupam o topo do sistema e guiam a fundamentação de todas as normas ordenadas. O direito de defesa – deste momento em diante denominado ampla defesa – converte-se, finalmente, em um valor, ou melhor, em um repositório dos direitos fundamentais[8].

Tudo isso, contudo, não garante, de per si, a prática efetiva das promessas constitucionais. Não haverá a cômoda instalação do modelo garantista, centrado numa defesa substancial, sem a necessária compreensão (e remodelação) do juiz, consciencioso de seu papel de crítico da lei. Destarte, como explica o Des. Amilton Bueno de Carvalho, o poder de punir do Es-

6 Cf.: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 256. Este cientista ainda conclui: "os princípios são o oxigênio das constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa" (*idem*, p. 259).

7 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito, p. 49.

8 Paulo Bonavides sabe resumir as importantes conseqüências dessa mudança de padrão hermenêutico: "A teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição do crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obras sobretudo das constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinária, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios" ("Curso de Direito Constitucional", p. 264).

tado, comum à evolução da sociedade moderna, não corre sem amarras, às escâncaras, cabendo-lhe, portanto, ao magistrado posicionar-se "diante do conflito social como sujeito capaz de compreendê-lo, reconhecendo, para tanto, a existência de pluralidade de sujeitos processuais e interagindo dialeticamente com eles"[9]. Na compreensão do conflito social, aqui esboçado pelo crime, requer-se o quinhão do princípio da igualdade substancial, pelo qual o desigual mereça o tratamento que lhe reservou a Constituição.

Por outro lado, o medo que se instala convida a práticas autoritárias de classificação humana. No entanto, não compreederemos as origens do modelo autoritarista brasileiro, sem antes percorrer mas, ainda de soslaio, as contigências determinantes do movimento europeu nacional-socialista.

2 A CONTRIBUIÇÃO DO NACIONAL-SOCIALISMO DE EDMUND MEZGER

Antes de enfretar a temática, impende reconhecer a contribuição da escola histórica de Savigny, na primeira metade do séc. XVIII. Esta escola faz uma crítica aos Códigos, fomentando a necessidade de se recuperararem os valores dos costumes nacionais como conteúdo das fontes do direito. Por conseguinte, "um Código só deve conter os principios, de que se deduzem as regras aplicáveis às decisões das espécies"[10].

Pedro Lessa explica que a escola histórica combate a onipotência do legislador[11], preparando, assim, o terreno para a transição dos sistemas racionalistas para a teoria científica do Direito. Savigny nega a capacidade de se mudar um povo por meio de um método racionalista. O direito não nasce da razão, mas da observação dos fatos, e pela indução. Para ele, os racionalistas – Maquiavel, Hobbes, Locke, Beccaria e todos os outros – não foram capazes de oferecer nenhuma teoria filosófica concreta, tampouco apontaram princípios ou leis fundamentais[12]. Segundo acreditava Savigny,

9 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n. 70.005.269.337, 5ª Câmara Criminal, Lavras do Sul, 27 nov. 2002. **Revista de jurisprudência,** n. 226-227, ano 39, jan./fev. 2004.

10 LESSA, Pedro. **Estudos de Filosofia do Direito**, p. 285. Cf.: MACEDO, Sílvio de. **História do Pensamento Jurídico**, p. 116.

11 Ibid, p. 289.

12 Ibid, p. 293.

as idéias racionalistas – subjetivas e abstratas – não poderiam mudar a sociedade. No entanto, também se equivocam os historicistas quando acreditam num direito produto de uma evolução natural, quase darwiniana[13].

A escola histórica mostra que o direito atende às particularidades de espaço e tempo. O historicismo defende, perigosamente, não existirem governos ilegítimos ou legítimos, pelo que se lhes devem, a todos, igual obediência[14]. A concepção do direito como produto da consciência nacional[15] será fundamental às teorias penais que darão vazão ao nacional-socialismo, como se notará.

Entre o término do séc. XIX e princípio do séc. XX, exsurge, na Europa, um grande embate dogmático em torno dos fundamentos da sanção penal. O homem deve ser punido pelo que ele faz ou pelo que ele é? Esta é a questão a ser resolvida pelos teóricos. A partir desta crucial indagação, de um lado, posiciona-se a corrente majoritária retributiva (absoluta), que, inclinando-se pela primeira opção, reclama uma pena proporcional à culpa resultante do fato individual, enquanto, no flanco antagonista, a corrente minoritária relativa elege a segunda opção, apregoando assim a resolução da pena também por fatores extrajurídicos. Este segundo posicionalmente esvazia, com isto, o conteúdo jurígeno do processo penal, tornando-o um meio de investigação da personalidade do agente[16]. Nesse período, os novos estímulos trazidos pelas revelações da escola antropológica de Lombroso agravam ainda mais o descontentamento com a política criminal retributiva, incapacitada diante do aumento da criminalidade.

Ainda em meados do séculos XIX, Rudolf von Iherig foi um dos primeiros a confrontar com a corrente retributiva. Ele acreditava que o bem e o mal eram relativos; dependiam de quem julga a conduta. O justo é o bem social – afirma –, enquanto a pena justa deve suscitar uma finalidade em favor da sociedade[17]. As suas palavras devem ser reiteradas:

13 Ibid, p. 298.
14 Ibid, p. 301.
15 Criticando a escola, Franz Wieacker explica que o jurista orienta a sua decisão sob diversos pontos de vista (lei, convenções morais da sociedade etc), mas que em muitas situações estes pontos de vistas não são suficientes para resolver o caso jurídico, sendo que a história pouco pode ajudar, *v. g.*, em processos de organização de comércio, segurança social ou direito das patentes ("História do Direito Privado Moderno", p. 490).
16 LISZT, Franz von. **A Teoria Finalista no Direito Penal,** p. 06.
17 IHERING, Rudolf von. **A Finalidade do Direito**, p. 114 a 116.

> O que é válido para a justiça, o é, igualmente, para a pena. Caso não mais fosse necessária, seria inconseqüente se a sociedade dela continuasse a fazer uso. Com isso pronuncia-se a sentença contra a assim chamada teoria absoluta do Direito Penal. Em meu modo de ver, essa contém um dos maiores erros a que jamais incorreu uma insana especulação filosófica, divorciada da observância da destinação prática de todas as instituições humanas, uma negligência à história do Direito Penal, que constantemente preconiza a doutrina de que as penas se implantam atendendo a fins práticos. Querer substituir a finalidade prática da pena pelo imperativo categórico penal absoluto não é em nada melhor do que afirmar que um moinho não existe para moer farinha, mas por si mesmo, ou pela idéia de um moinho; que ele apenas realiza a idéia ou o imperativo categórico do moer. Se não fosse a fome que houvesse introduzido no mundo o moinho, nem a necessidade, ao Direito Penal, teríamos precisado de muito tempo até que a idéia os tivesse feito brotar de si! E como se a missão que cumprem já não fosse suficientemente ideal! Como se fosse mais ideal representarmos um processo lógico (a negação conceptual do crime através da pena) do que solucionar praticamente uma das primeiras e mais elevadas tarefas da humanidade: a manutenção e segurança da ordem social contra a criminalidade.[18]

Contagiado por esses ideais pujantes, Franz von Liszt, outro crítico da corrente retributiva, embora hostil às teses de Lombroso, admite, perigosamente, que a pena pode ter o fim de tirar, perpétua, ou temporariamente, "o delinqüente que se tornou inútil à sociedade"[19]. O penalista, cônscio de que a pena-defesa também deve punir o agente pelo que ele é, atribui à sanção um caráter instrumental, um esforço à procura de um fim. O problema, como se verá à época do predomínio do nacional-socialismo, é que este fim se pautará por ameaçadoras contingências de espaço e tempo; o terceiro Reich relativizará ao extremo o sentido de bem e mal.

O fortalecimento das idéias relativistas, como essa de Liszt, encoraja

18 Ibid, p. 120.
19 **Tratado de Direito Penal Alemão**, p. 100.

a política criminal conservadora do Império prussiano, conferindo à pena a tarefa de controlar delinqüentes habituais, não obstante fosse necessário empregar soluções severas para reprimir até mesmo os delitos leves. Naquele tempo de crescente criminalidade urbana, a dogmática penal alemã volta atenções à "inocuização da ralé [Sippen] criminal"[20].

Corolário da derrota na Primeira Guerra, a crise econômica, durante a República de Weimar, promove a abertura dos princípios penais conservadores, os quais, sem resistência eficaz, avolumar-se-iam até desaguarem no nacional-socialismo. Parece contraditório, mas foi no seio desse Estado do Bem-Estar onde o direito de defesa encontrou grande oposição, antes de ser, derradeiramente, digerido pelo imaginário totalitário do nazismo, em vigor na Alemanha a desde 1933.

O advento do terceiro Reich adota uma política criminal voltada a uma finalidade peculiar, qual seja, o Direito Penal deve moldar-se à necessidade de purificar a raça ariana. A peça central desta política criminal nazista tem um nome: Edmund Mezger, professor da Universidade de Munique, cujas promíscuas ligações com o nacional-socialismo foram copiosamente evidenciadas, por Munõz Conde, em obra biográfica que resgata a verdade histórica. Logo após ascender ao governo, em 1933, Mezger é conduzido, juntamente com outros juristas, à comissão de adaptação da lei penal, a fim de proteger a supremacia alemã como o único bem jurídico. O principal penalista do nacional-socialismo concebe a raça como um fator determinante do comportamento do sujeito na comunidade, em razão do que deve o Direito Penal esmerar-se em assegurar a pureza étnica, mediante a eliminação dos "estranhos à comunidade" (Gemeusehaftsfremde), não importando se o inimigo se encontra dentro ou fora do território nacional[21].

A doutrina nazista, julgando aprioristicamente a culpa pela linhagem genética do homem, reduz a zero as possibilidades do exercício de defesa, assim como também transforma definitivamente o processo penal em um instrumento de investigações antropológicas e psicológicas. Não somente judeus, mas os estranhos à comunidade em geral (aqui abrangidos comunistas, ciganos, inimigos de guerra etc), os arianos classificados como inferio-

20 CONDE, Francisco Muñoz. **Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo**: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo, p. 09 e 81.

21 CONDE, Op. cit, p. 101 e ss.

res (Lebensunwert); os doentes mentais; os viciados; os criminosos sexuais (aí abrangidos os homossexuais e as prostitutas); os pequenos infratores; os desocupados; os mendigos e toda sorte de párias, todos constituíam o alvo central do delírio eugênico do Terceiro Reich[22]. Diversas leis deram suporte jurídico a esse desiderato nazista, a começar pela lei de delinqüentes habituais e pela lei de prevenção de enfermidades hereditárias, ambas de 1933.

Nos últimos anos de guerra, o nacional-socialismo redobra forças para ultimar o inimigo interno. Edmund Mezger participa da maturação de um projeto de lei sobre tratamento de estranhos à comunidade, que, em sua última versão, de 1944, outorga poderes à polícia para restringir a liberdade do indivíduo, inclusive sem lhe conferir a possibilidade de defesa. Sob este projeto, que também previa o emprego de pena de morte, são estranhos à comunidade aqueles que não podem por incapacidade de caráter cumprir as exigências mínimas da comunidade; que levam vida com tendência à mendicância ou vagabundagem ou a outros delitos menos graves; que vivem em estado de embriaguez; que perturbam a paz pública, e quem, por sua personalidade ou forma de vida, revela predisposição para cometer delitos graves. No entanto, a iminência da derrota militar impede a vigência do texto legal, mas não evita que seu conteúdo seja usado como prova de acusação no Tribunal de Nüremberg.[23]

O modelo nacional-socialista exerceu ação decisiva sobre a intelectualidade brasileira daquela época, sendo responsável pela introdução legislativa de vários princípios autoritários, muitos dos quais ainda encontrados na prática estatal, especialmente com relação ao estabelecimento de classificação humana por categorias sociais.

3 A CLASSIFICAÇÃO DO INDÍVIDUO

O pensamento humano se organiza, naturalmente, por meio de categorias e conceitos; o ser humano ordena setorialmente seu conhecimen-

22 Ibid, p. 85 e 108.

23 CONDE, Op. cit., p. 110, 113 e 118. Apesar de tudo, devido a um processo deficientemente instruído, a comissão de classificação do pós-guerra reconheceu Mezger como colaborador de segunda ordem (Miläufer), ou seja, dentre aqueles que não apoiaram decisivamente o movimento nazista, limitando-se a infligir-lhe uma simbólica pena de multa. Favorecido por essa categorização, o professor pode enfim retornar a sua cátedra na Universidade de Munique, a partir de onde, surpreendentemente, restaura seu prestígio acadêmico, integrando tempos depois a vice-presidência da comissão de elaboração do Código Penal de 1959 (*ibid,* p. 91, 96, 254 e 259).

to, atribuindo conceitos às coisas e aos indivíduos, conforme as categorias a que pertençam. Bom; ruim; rico; pobre; cidadão; acusado, culpado, inocente; perigoso; confiável; estranho; normal; comum; diferente; branco; negro; excêntrico e ordinário, são exemplos de algumas das categorias às quais somos freqüentemente submetidos. A cultura da sociedade ou do meio em que vivemos (igreja, prisão etc.) constrói esses pensamentos pré-moldados em subdivisões, influenciando, em um espaço e tempo, a interpretação decisiva dos fenômenos. Todas as categorias dividem-se em gênero e espécies, de modo que várias podem ser contidas em um único conjunto abrangente.

No caso específico dos acusados, percebe-se que, culturalmente, a sociedade não os inclui dentro da mesma classe dos inocentes, posto que a Constituição exija esse imperativo. Ruim; pobre; perigoso; estranho e diferente são categorias que, quando reunidas em uma única pessoa, influenciam a realização de juízos negativos sobre ela. *Testemunhas* e vítimas menos instruídas não raramente precipitam juízos a partir dos conceitos extraídos destes predicados, muito diferentemente do raciocínio a ser recolhido em relação a um indivíduo rico, belo, jovem, normal, erudito, cordial e socialmente bem reputado.

Quando se envolvem em processos penais, os reconhecidos como estranhos à comunidade (o pobre; o ameaçador; o diferente etc.) são perigosamente aproximados dos culpados, ao contrário do grupo das pessoas autóctones da comunidade, no qual os "idênticos" ao juiz; ao jurado; ao promotor de justiça; ao advogado; às autoridades em geral e, enfim, todos os entes socialmente "bem-sucedidos". No plenário do Júri, muitos dos casos circunscrevem-se exclusivamente à disputa em torno das categorias do acusado, em oposição às da vítima.

Em função da assimetria constitutiva entre a lei e muitos dos conceitos sociais, cabe ao juiz o dever de corrigir tais deformações estruturais quando da aplicação do direito, porque, como afirma Urbano Zilles, "numa cultura viva as categorias exigem permanente revisão crítica"[24].

Os estranhos à comunidade, socialmente desiguais, têm o direito ao

24 **Teoria do Conhecimento e Teoria da Ciência**, p. 122.

cuidado que lhes permita a igualdade com os membros já inseridos na comunidade. E isto também se aplica à Ciência Penal. Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil "erradicar a pobreza e a marginalização" (art. 3º, inc. III, CF-88), mas, de fato, são os pobres e marginais – e não a pobreza e a marginalização – que estão sendo erradicados pelo processo penal meramente procedimental[25]. O sistema penal não deve voltar-se ao objetivo prático de controle da criminalidade individual dos estranhos à comunidade, mesmo que, para tanto, ignore a teoria dos bens jurídicos.

A tradição jurídica autoritária é implacável com os delitos patrimoniais individuais, embora a jurisprudência abrigue uma grande quantidade de casos indubitavelmente sujeitos ao princípio da insignificância[26], como o furto de um pedaço de queijo[27] ou de uma única folha de cheque[28] – crimes próprios dos estranhos à comunidade. Em oposição, delitos de maior interesse público, tipo sonegação de contribuição previdenciária ou a apropriação indébita previdenciária (arts. 168-A e 337-A, CP), não recebem o mesmo tratamento punitivo exemplar da lei, que assegura a suspensão da pretensão punitiva do Estado, "durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento", extinguindo-se a punibilidade no instante em que se efetuar o "pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições so-

25 No sistema penal, convém exemplificar o caso das acomodações dos condenados, aos quais se asseguram alojamento individual com área mínima de seis metros quadrados e condições de salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana (Lei n. 7.210/84, art. 88). Com relação aos presos provisórios especiais, tais como advogados, magistrados, ministros, admite-se o alojamento coletivo, mas desde que obedecidos os mesmos requisitos de salubridade garantidos aos condenados definitivos, com a única diferença que o recolhimento será em local distinto da prisão comum (art. 295, CPP). O Supremo Tribunal Federal reconhece o direito público subjetivo desses agentes públicos à cela especial, a ponto de não admitir a "negativa do Estado, sob pena de deferimento de prisão domiciliar" (STF, HC n. 81.632-SP, DJ de 21.03.2003, informativo n. 301/03), mas a negativa dos mesmos direitos aos presos comuns definitivos não tem causado nos tribunais interpretação semelhante à que se confere aos presos especiais.

26 O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já chegou a afastar a aplicação do princípio da insignificância no seguinte julgado: "FURTO - Pretendida absolvição em face do valor irrisório da res furtiva - Inadmissibilidade - Restrição do alcance do princípio da insignificância - Condenação mantida. - O fato de as coisas furtadas terem valor irrisório não significa que o fato seja tão insignificante para permanecer no limbo da criminalidade, visto que no Direito brasileiro o princípio da insignificância ainda não adquiriu foros de cidadania, de molde a excluir tal evento de moldura da tipicidade penal" (Ap. n. 603.945/5, Julgado em 07/05/1990, 12ª Câmara, Rel. Emeric Levai, RJDTACRIM 6/88).

27 Cf.: Ap. n. 818.507/4, Julgado em 19/04/1.994, 14ª Câmara, Rel. Carlos Bonchristiano, RJDTACRIM 22/107.

28 Cf.: Ap. n. 686.111/8, Julgado em 02/05/1.994, 11ª Câmara, Rel. Fernandes de Oliveira, RJDTACRIM 22/238.

ciais, inclusive acessórios" (Lei n. 10.684/03, art. 9º)[29]. A lei precisa molda-se aos valores constitucionais em proveito de todos.

O devido processo legal assenta sobre a base da dignidade da pessoa humana, sendo a audiência da parte o resultado do reconhecimento dessa pessoa. A função precípua do processo penal é assegurar o cumprimento das garantias penais, que não se restringe formalmente (estritamente) ao ato do interrogatório ou a uma reação precedente, mas significa, em um sentido substancial (amplo), a capacidade de efetivamente poder interferir no resultado do processo, por meio de produção de provas; ciência e acompanhamento dos atos processuais etc, mas a jurisprudência do dia-a-dia, fundada em preconceitos e categorias sociais, não assegura esse imperativo.

O Estado Democrático de Direito irrompe a igualdade formal (matemática) das pessoas, idealmente pertencente a um único gênero humano. A vida em sociedade nos torna diferentes, da mesma forma que o Direito Penal e o Processual Penal precisam responder distintamente às diferenças sociais de cada um. Especificamente no âmbito da defesa penal, urge abolir qualquer forma de categorização social ou de discriminação de gênero.

Quando a classificação da pessoa se origina das diferenças sociais em relação ao sexo ou à orientação sexual dela, incide a discriminação de gênero, cujo reconhecimento integra a amplitude do direito de defesa. No universo do sistema penitenciário, cabe admitir que condenados homossexuais ou soropositivos, por exemplo, sofrem tais discriminações. Na produção da prova, a infundada benevolência para com a valorização de depoimentos de vítimas ou testemunhas pudicas, em oposição ao descrédito dado às ditas "degeneradas", viola os preceitos constitucionais fundamentais. Muitas vezes, o acusado simplesmente não recorre a meios probatórios "respeitáveis" por impossibilidade das circunstâncias fáticas. Sobre o assunto, o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro exarou importante julgado, cuja reprodução se impõe:

29 A sonegação de tributos estaduais tem recebido, acertadamente, o tratamento penal isonômico no âmbito de alguns tribunais: "RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. Já que pago o débito fiscal, assiste aos recorridos o direito da extinção da punibilidade, nos termos do artigo 9º, § 2º, da Lei nº. 10.684/03. Outrossim, conforme posicionamento deste órgão fracionário, é estendido à sonegação de tributos estaduais o benefício da extinção da punibilidade em caso de pagamento do débito tributário" (Recurso em Sentido Estrito n. 70011076379, 4ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator José Eugênio Tedesco, julgado em 19/05/2005).

> PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL - A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica"[30].

Afinal, somente pertencemos ao gênero humano quando considerados fora da sociedade. Como lembra Ralf Dahrendorf, "uma 'imagem moderna'do homem deve escapar ao 'sujeito abstrato' do 'indivíduo isolado'e levar em conta a 'sociabilidade'do homem, o fato de que ele sempre age 'como alguém', assim como, por exemplo, um pobre, um carente, um negro, um pivete, etc."[31]. É a sociedade, portanto, que cria esses tipos impregnados de carga axiológica, verdadeiras variações sociais do homem, e o próprio jurista, reservadamente, também as reconhece quando as ignora, muitas vezes sob a desfaçatez de que todos são iguais perante a lei. A variabilidade dos valores socioculturais reclama, por tudo, a "discussão da questão de gênero pelo direito penal e processual penal", dando "oportunidade aos que lidam com a Justiça de se depararem com as especificidades e contradições inerentes ao fenômeno social"[32].

Especificamente nos casos dos delitos de estupro ou atentado violento ao

30 STJ, REsp. n. 154857/DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, sexta turma, data do julgamento: 26/05/1998, DJ de 26.10.1998, p. 169, JSTJ 3/407; LEXSTJ 115/343; REVFOR 346/380; RT 763/537.

31 **A Lei e a Ordem**. Tradução de Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997. p. 45.

32 ALMEIDA, Angélica de Maria Mello de. Da Reprodução da Discriminação de Gênero. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, n.131, p. 1-6, out. 2003.

pudor, a jurisprudência inclina-se propiciamente ao predomínio da palavra da ofendida, mas não hesita sem mitigar-lhe o depoimento, quando ela se ajusta a algum padrão discriminatório, como acontece em relação às mulheres prostitutas ou apontadas como desregradas. O princípio da isonomia não permite que decisões judiciais, assentadas sobre doutrinas antiquadas, fundamentem juízos carregados de discriminações de gênero, transferindo para o processo a investigação em torno da tentativa de se (des)classificar a vítima, o acusado ou as testemunhas. Neste caso, específico ou em qualquer outra infração, a orientação sexual não pode determinar a irrelevância de um depoimento, tampouco poderá motivar o reconhecimento da desfavorabilidade da conduta social do acusado, para fins de aumento da pena-base (art. 58, CP).

4 A IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO DA PENA PELA REPROVAÇÃO DA CONDUTA SOCIAL

Uma última questão, diretamente relacionada à classificação social do homem, diz respeito ao julgamento de sua conduta social, para fins de fixação da pena-base. José Antonio Paganella Boschi endossa ser "inviável a proposta de exclusão da conduta social do elenco das circunstâncias judiciais do art. 59 porque é, precisamente, a partir da identificação do réu na comunidade, da compreensão da sua sociabilidade, da sua cultura, etc., que o juiz pode aferir o grau de consciência que o mesmo possuia acerca da ilicitude, sem o que não há falar-se em graduação da reprovação"[33]. No entanto, entendemos que sentenças penais condenatórias não formam o conteúdo jurídico da conduta social para fins de aplicação da pena, cabendo apenas serem analisadas em sede de reincidência ou antecedentes, conforme o caso.

Embora majoritariamente aceito pela doutrina e jurisprudência, na escala garantista não se faz razoável recepcionar a conduta social como um critério determinante na elevação da pena, não obstante os argumentos de Boschi, acima já reproduzidos. Crimes que não mais gerem maus antecedentes permitem o reconhecimento de conduta reprovável? Ingestão de bebida alcoólica pode ensejar o aumento da pena-base pela reprovação dessa circunstância judicial?

33 BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 210.

Enfim, o que pode ser considerado como conduta social reprovável?

Crimes que não mais gerem maus antecedentes não permitem o reconhecimento de conduta reprovável. Nenhuma situação ou condição pesssoal poderá, eternamente, produzir resultados contrários ao agente que a suporta; a ordem constitucional proibe a pena perpétua e igualmente qualquer forma de apenamento inacabável (art. 5º., inc. XLVII, CF/88). Como visto, depois de cinco anos, as condenações deixam de gerar reincidência e passam a originar maus antecedentes; entretanto, apenas por mais cinco anos, após o que deve ocorrer a expiração definitiva dos efeitos penais resultantes da decisão condenatória, à luz do princípio constitucional da temporariedade dos efeitos da condenação (art. 5º., XLVII, CF/88).

Ingestão de bebida alcoólica também não pode ensejar o aumento da pena-base pela reprovação dessa circunstância judicial, porquanto "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º., inc. II, CF/88). Não existe violação de norma na ingestão de bebida alcoólica; essa prática não encontra resistência social, mas, ao contrário, encontramos o seu estímulo nos mais diversos extratos sociais[34]. Uma pessoa socialmente bem-sucedida difícilmente teria a pena aumentada por ingerir bebida alcoólica rotineiramente. Em oposição, um Direito Penal do autor encontra campo fértil para reprovar essa mesma conduta, quando se trata de um estranho à comunidade, à margem da sociedade onde habita o julgador.

Se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, torna-se impossível encontrar algum comportamento que abone a verificação de conduta social reprovável. As condutas sociais penalmente censuráveis são os delitos, e estes já motivam maus antecedentes e reincidência, estando impedidos de originar conduta social reprovável, porque a Constituição veda o apenamento perpétuo ou a reprovação de comportamento não proíbido por lei. As condutas sociais reprováveis que se equiparam

34 Assim decidiu o TJMG: "[...] O simples fato de o acusado ter agido com dolo direto de homicídio não é circunstância que indique uma maior culpabilidade do réu, até porque a presença do dolo é elemento constitutivo do tipo penal. O acusado é tecnicamente primário. Sua conduta social não pode ser considerada desfavorável pelo simples fato de o réu ser 'pessoa dada às bebedeiras'. É bom frisar que vivemos sob a égide do Estado Democrático de Direito no qual 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (art. 5º, II, da Constituição Federal) e a ingestão de bebidas alcoólicas não é proibida em nosso ordenamento" (TJMG, Ap. n. 1.0024.98.105725-0/001, 3ª C. Crim., rel. des. Erony da Silva, j. 28.10.03, v.u).

aos crimes, como o racismo, igualmente não poderiam motivar a elevação da pena-base, sob efeito de violar-se o princípio da presunção de inocência. Descabe, ao julgador, elevar a pena com base em um comportamento, em tese, típico e que sequer chegou a ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Por isso, divergimos da doutrina majoritária que reconhece a legitimação da conduta social para estabelecer a elevação da pena[35], à medida que somente as condutas sociais não reprováveis possam influir positivamente na aplicação da pena. Neste contexto, decidiu acertadamente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que as circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade só devem ser consideradas para beneficiar o acusado, e não para lhe agravar a pena[36]. Votando à apelação criminal, o Des. Amilton Bueno de Carvalho fundamentou que "a personalidade não pode vir contra o apelante porque o cidadão não pode sofrer sancionamento por ela - cada um a tem como entende"[37].

5 CONCLUSÃO

Os índices crescentes de criminalidade indicam abertura em direção ao avanço do medo social causado pelo acréscimo de vítimas de delitos.

O medo contemporâneo descende do autoritarismo engendrado desde o Estado Novo e, ininterruptamente, reproduzido durante a ditadura militar de 1964.

O sistema constitucional de garantias, não obstante não funcionar abstratamente, atravanca não somente diante das práticas legislativas infraconstitucionais, mas, como não devia suceder, também pela conduta de um juiz que acata a lei acriticamente.

O medo que se instala convida a práticas autoritárias de classificação humana.

No caso específico dos acusados, percebe-se que, culturalmente, a sociedade não os inclui na mesma classe onde estariam dos inocentes. Quando se envolvem em processos penais, os reconhecidos como estranhos à

35 Defendendo a importância da conduta social, inclusive para fins de aumento da pena-base, cf.: NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 200-5.

36 TJRS, Ap. n. 70.000.907.659, 6ª Câmara Criminal, Rel. Des. Sylvio Baptista, j. em 15.6.2000.

37 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Crime n. 70.005.127.295 - 5ª Câmara Criminal – Taquari. Revista De Jurisprudência n. 225, dez. 2003, ano XXXVIII.

comunidade (o pobre; o ameaçador; o diferente etc.) são pe rigosamente aproximados dos culpados.

Em função da assimetria constitutiva entre a lei e muitos dos conceitos sociais, cabe-lhe, ao juiz, o dever de corrigir tais deformações estruturais quando da aplicação do direito. O Direito Penal e o Processual Penal precisam responder distintamente às diferenças sociais de cada um.

Na produção da prova, a infundada benevolência para com a valorização de depoimentos de vítimas ou testemunhas pudicas, em oposição ao descrédito dado às ditas "degeneradas", viola os preceitos constitucionais fundamentais.

Nos casos dos delitos de estupro ou atentado violento ao pudor, não cabe desvalorizar-se, por si só, o depoimento da ofendida, por se ajustar ela a algum padrão discriminatório, como acontece em relação às mulheres prostitutas ou apontadas como desregradas.

O princípio da isonomia não permite que decisões penais fundamentem juízos carregados de discriminações de gênero, transferindo para o processo a investigação em torno da tentativa de se (des)classificar a vítima, o acusado ou as testemunhas.

É ilegitimo o julgamento da conduta social do acusado para estabelecer a elevação da pena-base.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Angélica de Maria Mello de. Da Reprodução da Discriminação de Gênero. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.131, p. 1-6, out. 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CONDE, Francisco Muñoz. **Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo**: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. 4. ed. Tradução de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DAHRENDORF, Ralf. **A Lei e a Ordem**. Tradução de Tamara D. Barile. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.

IHERING, Rudolf von. **A Finalidade do Direito**. Tradução de José Antônio Faria Correia. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 2.

LESSA, Pedro. **Estudos de Filosofia do Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Ed. Fac-similar, Senado Federal, Conselho Editorial, 2006. v.1.

_____. **A Teoria Finalista no Direito Penal**. Campinas: LZN Editora, 2003.

MACEDO, Sílvio de. **História do Pensamento Jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PARREIRA, Mariana Barros. O Discurso Feminista da Lei n. 11.106/05. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, n.150, p. 1-6, maio. 2005.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**: Reflexões sobre Violência Criminal, Controle Social e Cidadania no Brasil. São Paulo: Método, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Caloustre Gulbenkian, 1967.

ZILLES, Urbano. **Teoria do Conhecimento e Teoria da Ciência**. São Paulo: Paulus, 2005.