Globethics Repository



O “ser-estar” no mundo do Direito Penal
[The "be-be" in the world of criminal law]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	Oliveira do Nascimento, Mariana
Publisher	UFJF - Universidade Federal de Juiz de Fora
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-11-15 21:07:45
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/234464

O *"ser-estar"* no mundo do Direito Penal [1]

Mariana Oliveira do Nascimento

Reflexões e discussões, em se tratando de trabalhos filosóficos e doutrinários na área penal, se constituíram na temática do *I Congresso de Direito Penal e Filosofia*, ocorrido nos dias 31 de agosto, 01 e 02 de setembro de 2010, no centro Cultural Pró-Música, promovido pelo Diretório Acadêmico Benjamin Colucci da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. O evento envolveu os congressistas e trouxe à tona uma incógnita presente em muitos ramos do Direito enquanto Ciência, quanto a seus defeitos e virtudes. Uma nova perspectiva para o Direito Penal e para as discussões e os questionamentos sobre o sistema penal atual, se nos impôs através das palestras e dos debates no fórum em questão. Contando com brilhantes profissionais, o evento nos outorgou um enfoque crítico do contexto, tornando possível uma reflexão profunda sobre a lógica do campo penal, sobre suas falhas e suas conquistas, comprovando a constante mutação condicionada pelo fator social, com vistas à certeza da necessidade de amadurecimento e de aperfeiçoamento.

O Congresso contou com a ilustre participação dos seguintes mentores: *Andityas Soares de Moura, Cláudio Brandão, Fernando Galvão, Rodrigo Iennaco Moraes, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Marcos Vinício Chein Feres, Fauzi Hassan Choukr e Cesar Roberto Bitencourt*. Os autores abordaram desde temas práticos, tais como os crimes de trânsito, até enfoques fundamentadores.

A primeira palestra, *"Punição, distopia e cinema: um enfoque jus filosófico",* ministrada por *Andityas Soares de Moura*[2], permeou os meandros do direito punitivo de forma provocativa, levantando à luz do pensamento de Cassirer, o conceito de Símbolo aplicado ao direito: a partir de um simbolismo específico, o Direito permite a convivência de seres intolerantes e anti-sociais. A necessidade do direito penal se

[1] I Congresso de Direito Penal e Filosofia, ocorrido entre os dias 31 de agosto e 02 de setembro de 2010, em Juiz de Fora, promovido pelo Diretório Acadêmico Benjamin Colucci da Universidade Federal de Juiz de Fora.

[2] Doutor em Direito e Justiça pela UFMG.

justifica pela falência da sociabilidade humana, tornando-se o símbolo desta realidade. A experiência social, há milênios dominante, corresponde a uma constante submissão à vontade do outro, gerando angústia para a compreensão da existência autônoma. Os centros de dominação incluem o Direito como um símbolo necessário executor da tradicional função dúplice de ocultar e mostrar a realidade. O mesmo Direito se impõe como sintetizador da unicidade de valores numa sociedade de múltiplas vontades e concepções. Embora atuando como forma de garantir expectativas, o Direito Penal traz em sua essência uma ultrapassada idéia de castigo, em que a pena é um fim em si mesmo (Kant e Hegel). Esta concepção é, contudo, conflitiva com a moralidade, enquanto respalda um ato sem teleologia. O crime é, dialeticamente, a negação do direito, e a pena, a negação da negação, afirmando, em nível de síntese, o próprio Direito. O Sistema Penal ocidental, de estrutura pseudo-racionalista, dependente de conceitos históricos, é portador de contradições insuperáveis. Em conseqüência, instaura a *"distopia"*, ou seja, uma versão negativa, desconstrutiva e deficiente da utopia.

Igualmente inquietante, o tema *"Legalidade e interpretação contemporânea do Direito Penal"* foi desenvolvido por *Cláudio Brandão*[3]. O congressista deu início à exposição com palavras de *Carnelutti*, ao defender que o direito penal é um dos ramos do Direito muito próximo à filosofia, pois busca a compreensão dos fatos do espírito, do âmago da alma humana; através da análise histórica da pena, chega-se à constituição de um impasse: a legalidade, ao mesmo tempo em que se mostra fundamental, é insuficiente. Diante de tal situação, mostra-se inevitável no Direito Penal a valorização da tópica, decomposta nas *causas supra-legais*, que se identificam como abertura para reduzir a ilegitimidade invasiva do Direito Penal.

Por outra linha de raciocínio, em *"Evolução da teoria do crime e imputação objetiva"*, *Fernando Galvão*[4] inicia sua exposição com a idéia de que " *não há razão de ser da teoria se não houver um alvo para sua aplicação*". Diante da leitura do Direito Penal pelo Estado Democrático de Direito, chega-se à mutabilidade do conceito de crime (como não sendo absoluto). A *racionalidade comunicativa*, característica do

[3] Doutor em Direito pela UFPE.

[4] Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museu Social Argentina.

Estado de Direito, comporta a idéia isonômico-posicional em que, em situação de horizontalização, no mesmo nível, juiz e réu são protagonistas. Em face de tal idéia, existem nítidas limitações do sistema vigente. A formulação do Direito depende de uma valoração intrínseca que vai além da literalidade da lei. Deste modo, a atribuição de requisitos objetivos do Direito Penal a alguém (imputação objetiva) implica algumas considerações: uma delas é quanto ao nexo de causalidade, jurídico e não naturalista (intrinsecamente valorado). O artigo 13 do Código Penal evidencia tal modificação: não basta a causalidade normativa fundamentada na racionalidade naturalista; a intervenção punitiva só se justifica se houver violação à norma, isto é, resultado jurídico. O crime, comportamento socialmente inadequado, implica na violação da norma. A previsão de normas de perigo abstrato é constitucional em razão da relevância jurídica do comportamento. Mais especificamente, quanto às situações de risco, existe a idéia de relativa tolerância social: a atividade arriscada limita o campo do permitido e sua ultrapassagem torna o comportamento inadequado. Quanto à culpabilidade, há discussões sobre falar-se apenas em inexigibilidade de conduta diversa, sem mencionar a possibilidade de uma *exigibilidade diminuída*, proporcional, nos casos particulares de semi-imputabilidade, embriaguez e erro vencível, o que evidencia a área ainda cinzenta a ser explorada.

Inaugurando o segundo dia de trabalhos, houve a *Sessão Extraordinária de Julgamento da Câmara Criminal do TJM-MG*, presidida pelo *Relator Sócrates dos Anjos*, processo nº 29790, com apresentação da razão de apelação pela Defesa do réu Fábio Sérgio dos Santos. No mesmo contexto se desenvolveram os trabalhos sobre *"Crimes de Trânsito e sociedade de risco"*, por *Rodrigo Iennaco de Moraes*[5]. Diante de *"instituições-zumbi"*, mortas-vivas do direito penal, e de avanços derivados do anseio humano, nos encontramos imersos em uma situação de risco em relação à própria existência. Tal fato levou a sociedade, de modo geral, a um estado reflexivo sobre o próprio desenvolvimento. Em face de inúmeros recursos tecnológicos, o Direito Penal e seu conteúdo defasado geram a necessidade de uma tutela preventiva para o perigo abstrato. Mais especificamente, a sociedade de risco é um convite para colocar à prova os elementos do direito penal mínimo. Neste âmbito, a questão da tutela preventiva

[5] Mestre em Ciências Penais pela UFMG.

entra em discussão. Existem inúmeras críticas ao sistema penal de trânsito, como se verifica em relação ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, ineficiente nos casos de recusa ao teste de alcoolemia. Esse teste, se compulsoriamente aplicado, seria inconstitucional por violar o principio da não incriminação. Todavia, ao colocar em pauta os direitos humanos e uma sistêmica reavaliação principiológica, pode-se respaldar sua obrigatoriedade, tanto na ceara administrativa, bem como na ceara criminal. O artigo 5º da Constituição Federal é fonte para argumentar e contra-argumentar quanto à obrigatoriedade da aplicação. Valendo-se da garantia de inviolabilidade do direito à vida e à segurança, se estabelece uma relação de ponderação de valores, sendo que a tutela preventiva do teste mostra-se como asseguradora de tais direitos. Por outro lado, a atividade de condução de veículo é restrita àqueles que estão aptos a exercê-la. E tal aptidão advém de constantes fiscalizações. Desta forma, o Estado se obriga a garantir um trânsito em condições seguras. Questiona-se, portanto, se a instituição de sanções (no caso de não se realizar o teste) seria uma saída para uma manutenção eficaz da ordem pública no trânsito. Assim como tal entrave mencionado, ocorrem outros de igual importância a serem debatidos, evidenciando a necessidade de se repensar o direito penal em razão de sua ineficiência para atingir suas finalidades.

De mesma necessidade vê-se o questionamento do ordenamento em face dos corruptos atuantes em todos os campos sociais atuais. Em sua palestra *"Corrupção e Estado de Direito", Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos*[6] explorou o cenário político e jurídico atual. Seria o ordenamento um tanto tolerante à corrupção? Tal alegação não se sustenta, pois a legislação penal e administrativa é suficiente. A ineficiência se encontra no Estado, que não possui musculatura subjetiva para contê-la. O mito da presunção de inocência enseja proibição às provas ilícitas, o que leva a um ponto de exacerbação dos princípios fundamentais com adoção de uma posição irracional. Os tribunais muitas vezes se perdem em produzir lições e não se focam no objetivo de buscar soluções e implementá-las, deixando crescer a banalização do *"acusar"* e do *"ser acusado"*. Há na atualidade insuficiência de símbolos no Estado que impressione mais o meio criminoso. Gramsci expressa a solução mais sensata: *"pessimista no intelecto, otimista na vontade"*. Compreender a realidade como é e, em

[6] Subprocurador-Geral da República.

seguida, modificá-la. O trabalho, a engenhosidade, a criatividade, a tecnologia, a determinação e o respeito aos postulados básicos são o ponto de partida para prevenir a corrupção e fazê-la uma exceção.

Sobre o *"Uso de drogas: criminalizar ou descriminalizar? Qual a solução?" Marcos Vinicio Chein Feres*[7] enfrentou os questionamentos em torno do dilema moral, da ausência de interatividade com a lei, da garantia da liberdade, e da política pública. Em linhas de princípio, a lógica do sistema atual exclui todo tipo de conduta desagradável e agressiva. O Estado, ao se eximir da responsabilidade social, criminaliza. Tanto no Direito quanto na Política existe a participação da consciência crítica (moral), que comporta um sentido polissêmico; esta, conforme emerge e se desenvolve, indaga o porquê da repressão ao uso de entorpecentes. Intrinsecamente relacionada está a presença da autonomia da vontade, bem como a neutralidade ética do Estado. Mais do que entender pela (des)criminalização, é preciso compreender o usuário de drogas. Neste ponto se evidencia o antigo duelo entre a esfera pública e a privada. A medida fundamental para se iniciar um raciocínio mais próximo da concretude é o questionamento, em relação à repercussão coletiva de uma decisão, inclusive no nível internacional. Em *Tebas*, no *Antígona*, de Sófocles, o dilema entre o público e o privado também se extrai, ao passo que se verifica na *Parábola do Bom Samaritano* a base para sua solução através da construção de um direito solidário. Em havendo a descriminalização, precisa-se pensar nas formas de controle para não gerar desequilíbrio. Fato é que a repressão criminal se mostra insuficiente para resolver o problema. Hoje a lei se restringe simplesmente à política de repressão em escala nacional e internacional. Mas a criminalização não significa a isenção da responsabilidade social? Não é este o caminho. Criminalizar o tráfico alimenta a insurgência dos valores em questão. A situação atual de gerência criminal do problema não é a solução adequada. Uma plausível política de educação, de orientação e de conscientização pode constituir o alicerce para o discernimento suficiente da sociedade em relação à questão, de forma responsável. Em resumo, este é um problema que só pode ser resolvido em rede (network).

[7] Doutor em Direito pela UFMG e Diretor da Faculdade de Direito da UFJF.

As questões em torno das *penas alternativas*, discutidas na *Mesa de Debates*, revelam dúvidas quanto ao sistema penal atual, que apresenta dificuldades em atingir as finalidades de ressocializar e de retribuir. A criminalidade corresponde a um problema social e não individual, idéia esta ignorada pela sociedade e pelo próprio Estado. A ineficiente gestão estatal gera a falta de credibilidade no sistema, bem como a desilusão social quanto à solução do problema. A ausência do Estado, na maioria das camadas sociais, legitima uma práxis criminosa. Através de uma nova visão acerca das *medidas alternativas* será possível romper com a idéia puramente retributiva, com a conseqüente mudança drástica no sistema atual. As *penas restritivas de direito* são uma tentativa de priorizar tal ressocialização, além de ser uma condicionante para o esvaziamento do cárcere. Reprogramar, apoiar, reconstituir, ressocializar são termos que devem maximamente integrar o sistema punitivo.

Em matéria de Processo Penal (*"A reforma do Código de Processo Penal"*), *Fauzi Hassan Choukr*[8] faz uma análise inquietante. A reforma é necessária porque o sistema punitivo atual apresenta uma estrutura violenta tanto *simbólica* quanto *factual* e, ao mesmo tempo, *ineficaz*. Todavia, eficiência não corresponde a encarceramento. A transição entre o sistema inquisitivo e o acusatório se traduz na atual timidez da literatura sobre a persecução penal. As reformas pontuais com promessas de modernização, colocando a ênfase na oralidade, esquecem o problema principal que é a recuperação da *pessoa*. O modelo acusatório poderia surtir maiores efeitos se não houvesse o ranço da herança inquisitória. Mesmo após 1988, a mudança no âmbito das violências institucionais apenas mostrou, formalmente, que a precária persecução penal brasileira continua, hipocritamente, deixada de lado. Reformas pontuais são insatisfatórias, bem como o deficiente domínio da técnica da construção de causas orais. Há muita resistência à mudança. Assim sendo, a reforma do processo penal só se mostrará eficiente se vier acompanhada de uma capacitação dos atuantes processuais e de uma contextualização principiológica.

[8] Doutor em Direito Processual Penal pela USP.

Quanto às *"Questões controversas sobre os crimes sexuais", Cezar Roberto Bitencourt*[9] afirma que a mudança, no contexto histórico, leva a novos entendimentos acerca das definições típicas. A proteção à liberdade sexual tornou-se ampla e isonômica. Regularmente, a ação dos crimes sexuais era de *iniciativa privada* em razão da exposição da vítima. A lei 12015/09 alterou a disposição sobre tais crimes, instituindo-os como de *ação penal pública condicionada à representação.* Porém, sem mencionar a equivocada supressão da ação privada, há problemas quanto ao artigo 225 do Código Penal: o *caput* prevê que os crimes dos Capítulos I e II, do Título VI, previstos no mesmo Código, possuem *ação pública condicionada à representação*; porém, determina o *parágrafo único* que os crimes contra *menores de 18 anos* e contra *pessoa vulnerável* (Capítulo II) possuem *ação pública incondicionada.* A previsão do *caput* deveria apresentar ressalva ao mencionar o Capítulo II, pois as duas previsões (*caput e parágrafo único*) geram conflito quanto à natureza da ação neste caso. Esta problemática trazida pela mencionada lei significa a tração entre uma norma liberal (*caput*), vantajosa para autor e vítima, por permitir a escolha entre representar ou não, e uma norma gravosa (*parágrafo único*) por retirar tal possibilidade de escolha.

Conclui-se que o estímulo à reflexão dentro do campo penal[10] se nos impõe como *conditio sine qua non*, especialmente diante de mudanças paralelas e destoantes entre a realidade legal e a social. O Direito enquanto instrumento social deve focar soluções para as questões apresentadas pelo contexto social. O Direito enquanto reflexo simbólico do real precisa sujeitar-se à sua "sub-ordenação", e deixar de lado vaidades, assim como desnecessários momentos em que se perde em si mesmo. A eficiência virá com o cumprimento à sua verdadeira finalidade, com o respeito e efetivação do objetivo de sua atuação na sociedade, esta, por sua vez, mostrando-se apta a desenvolvê-lo e a aplicá-lo de uma forma mais humana, sincronizada com os avanços da modernidade.

Parafraseando Guimarães Rosa em *"Grande sertão: Veredas"*, podemos afirmar peremptoriamente que nossos códigos são para nossa sobrevivência. Precisamos

[9] Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha.

[10] (este foi o grande paradigma do I Congresso de Direito Penal e Filosofia promovido pelo Diretório Acadêmico Benjamin Colucci da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, ocorrido entre os dias 31 de agosto e 02 de setembro em Juiz de Fora-MG).

compreender o *"ser-estar" no mundo* do Direito Penal, ao mesmo tempo em que este desconhecido *mundo-ciência* nos prende e nos desafia, apresentando um vasto sertão a ser desbravado: esse sertão *"é do tamanho do mundo"*.