

PROCESSO PENAL E REALIDADE SOCIAL: UMA CONJUNÇÃO NECESSÁRIA

Daiana Brandt ¹

A jaula ou as algemas, dizíamos, são um símbolo do direito, e por isso revelam a natureza e desventura do homem. O homem acorrentado, ou o homem na jaula é a verdade do homem; o direito não faz mais que revelá-la. Cada um de nós está fechado em uma jaula que não se vê. Não nos parecemos animais porque estamos na jaula, mas estamos na jaula porque nos parecemos com os animais. Ser homem não quer dizer não ser, mas poder não ser animal. Este poder é o poder de amar (Carnelutti, 1995, p. 24).

Resumo: O presente trabalho é uma resenha crítica realizada com base na obra “As misérias do processo penal”, de Francesco Carnelutti, cujo enfoque está centrado na função do Direito Penal, mediante a análise das diversas Escolas que surgiram, no decorrer dos tempos, com tal fim. Apresenta, outrossim, apontamentos acerca do modo de aplicação do Direito Penal, dando ênfase à questão da atuação dos operadores do direito frente à realidade social.

Palavras-chave: operadores do direito, processo penal, realidade social.

¹ Esta resenha crítica da obra “As misérias do processo penal”, de Francesco Carnelutti, editado pela Conan, em 1995, foi realizada na disciplina de Direito Processual Penal III, ministrada pela profa. Bianca Corbellini Bertani, no semestre A/2003, no Curso de Direito da Univates/Lajeado/RS. A sua elaboração teve como base as teorias trabalhadas em disciplinas relacionadas a temática da obra anteriormente mencionada. Trata-se de apontamentos revestidos de angústias pessoais, sem a pretensão de alcançar um rigor científico.

INTRODUÇÃO

Desde os séculos passados até os hodiernos tempos, tem-se enfrentado a questão do crime e o meios para detê-lo, sem, contudo, obter êxito na diminuição da criminalidade.

Assim, desde os tempos mais remotos há comprovação de que era organizado todo um sistema judiciário e coercitivo para punir aqueles que recebiam o rótulo de “criminosos”.

No decorrer dos tempos cada época passou a criar suas próprias leis penais (materiais e processuais), instituindo e utilizando os mais variados processos punitivos, que vão da terrível violência física (o suplício do corpo), ao uso dos institutos penitenciários modernos.

Na atualidade, o Direito Penal apresenta-se formalmente obediente ao princípio da efetivação da dignidade da pessoa humana, revelando, em tese, a sua preocupação em adotar um sentido humanístico. Contudo, não é isso que se verifica na prática.

É neste contexto que operam/laboram os operadores do direito, que devem estar cientes desse decurso histórico dos meios de punição.

O presente trabalho propõe-se fazer uma modesta análise da evolução das teorias do Direito Penal e de criticar a postura adotada pelos operadores do direito, apresentando o que poderia ser adotado para modificar a realidade que esta colocada: de desrespeito aos direitos humanos e de completa inefetividade do Sistema Penal.

Para tanto, imprescindível a obra “As misérias do processo penal”, do jurista italiano Francesco Carmelutti. Lembrado como um dos mais renomados advogados de seu tempo, deixou um legado que possibilita, sem dúvida, uma bela reflexão acerca do Direito. Com uma perspicácia notável, o autor aparenta estar em verdadeiros momentos de “inspiração divina” ao elaborar as suas “obras-primas”.

1 “AS MISÉRIAS DO PROCESSO PENAL”

Em *As misérias do processo penal*, Francesco Carnelutti retira-nos a venda que, muito provavelmente, mesmo que inconscientemente, possuímos defronte aos nossos olhos, com relação à nítida divisa que se estabelece entre os operadores do direito e os “cidadãos comuns”, bem como entre os próprios operadores do direitos.

Ensina que a toga é uma divisa, como aquela dos militares, com a diferença de que os magistrados e os advogados a usam somente em serviço, aliás em certos atos do serviço, particularmente solenes. Divisa, porque significaria exatamente dividir, distinguir; discernir os operadores do direito dos outros, civis. A divisa seria um *símbolo da autoridade*. Assim, na Corte da Justiça exercitar-se-ia, por excelência, autoridade, ou seja: “aqueles que a exercitam deveriam se distinguir daqueles sobre os quais é exercida” (Carnelutti, 1995, p. 18).

A divisa também poderia ser chamada de uniforme, isto é, a toga significaria verdadeiramente uma veste militar, “desune e une” (Carnelutti, 1995, p. 18); separaria magistrados e advogados dos leigos, para uni-los entre si. Os juízes entre eles, em primeiro lugar, especialmente quando reunidos em colegiados, onde seria nítida a conceituação de que a toga (divisa) não seria somente o símbolo da autoridade, mas também o da união, ou seja, do *vínculo* que os ligaria entre eles.

Do mesmo modo, ocorreria com os representantes do ministério público e os advogados. Mas esses últimos, que também seriam julgados, estariam do outro lado da trincheira. Assim, enquanto o juiz estaria lá para impor a paz, o ministério público e advogados estariam lá para realizarem a guerra. Essa fórmula poderia ter sabor de paradoxo, mas haveria um momento em que poderíamos saborear a *verdade*. A toga do acusador e do defensor significaria que aquilo que fazem é feito a serviço da autoridade; em aparência estariam divididos, mas na verdade, estariam unidos no esforço para *alcançar a justiça*.

Com missão tão importante, os magistrados deveriam ter a consciência de que o juízo que não falha estaria apenas nas mãos de Deus. E se os homens, no entanto, se encontrariam na necessidade de julgar, teriam de fazê-lo com a consciência de que fazem, quando julgam, as vezes de Deus.

Em razão disso, a toga deveria significar um convite ao recolhimento, igual às solenidades realizadas numa igreja, mas o que mais ocorreria, em verdade, seria a exposição da função judiciária aos perigos da indiferença ou do clamor: indiferença pelos processos pequenos, clamor pelos processos célebres. Naqueles, a toga pareceria um instrumento inútil; nestes se assemelharia a uma veste teatral. A publicidade do processo penal, a qual corresponderia não somente à idéia do controle popular sobre o modo de administrar a justiça, mas ainda, e mais profundamente, ao seu valor educativo, estaria degenerada em um motivo de desordem. Não tanto o público que enche os tribunais, mas, também, a invasão da imprensa perseguiria o processo com imprudente indiscrição e não de raro descaramento, aos quais ninguém ousaria reagir, destruindo qualquer possibilidade de juntar-se com aqueles aos quais incumbiria o dever de acusar, de defender, de julgar. Assim, as togas se perderiam na multidão; e sempre mais raros seriam os juízes que teriam a serenidade necessária para reprimir esta desordem.

À solenidade, para não dizer majestade, dos homens em toga se contraporiam o homem na jaula (o “criminoso”); este, algemado, a quem todos acreditariam ser uma fera. As algemas, portanto, também, seriam um símbolo do direito, até mais expressivo que a balança e a espada, pois seria necessário que o direito nos atasse as mãos. E numa brilhante narrativa, Francesco Carnelutti revela:

Justamente as algemas servem para descobrir o valor do homem, que é, segundo um grande filósofo italiano, a razão e a função do direito. [...] tudo o que está escondido vira a luz. Aquilo que estava escondido, na manhã na qual vi o homem lançar-se contra o outro, sob a aparência de fera, era o homem; tão logo ataram seus pulsos com a corrente, o homem reapareceu: o homem, como eu, com o seu mal e com o seu bem, com as suas sombras e com as suas luzes, com a sua incomparável riqueza e com a sua espantosa miséria. Então nasce, do horror, a compaixão (Carnelutti, 1995, p. 22).

Assinala o autor que não pode ser a pena considerada uma fórmula célebre, como um mal que se impõe ao delinqüente pelo mal que ele causou,

ignorando que não é com mal que se pode vencer o mal; o amor somente seria sempre vitorioso.

E, ainda mais, não se poderia fazer uma nítida divisão entre os homens “bons” e “maus”. Infelizmente a nossa curta visão não permitiria avistar um germe do mal naqueles que são chamados de bons, e um germe do bem naqueles que são chamados de maus. E esta curta visão dependeria de quanto o nosso intelecto estaria iluminado de amor. Bastaria tratar o delinqüente, antes que uma fera, como um homem, para descobrir nele a vaga chamazinha de pavio fumegante, que a pena ao invés de apagar, deveria reavivar.

Cada um de nós seria prisioneiro enquanto fechados em nós mesmos, na solicitude por nós, no amor apenas próprio. O delito não seria mais que uma explosão de egoísmo, na sua raiz. O outro não importaria. O que importaria, somente, seria o consigo. Somente abrindo-se para com outro homem poderíamos sair da prisão.

Assim, a jaula ou as algemas seriam um símbolo do direito, e por isso revelariam a natureza e a desventura do homem. O homem acorrentado, ou o homem na jaula, seria a verdade do homem; o direito não faria mais que revelá-la. Cada um de nós estaria fechado em uma jaula que não se vê. Não nos pareceríamos com os animais porque estaríamos na jaula, mas estaríamos na jaula porque nos parecemos com os animais. Ser homem não significaria dizer não ser, mas poder não ser animal. Este poder seria o poder de amar.

Francesco Carnelutti (1995) oportunamente lembra de um desenho do pintor Mentessi, que recebeu de um de seus discípulos, Carlo Majno, que representava as mãos de um encarcerado presas nas algemas: uma das mãos, a esquerda, tombada para baixo, inerte, em ato de desalento; a outra, sobreposta, volvendo a palma para o alto, como aquela do pobre que clama por caridade. Haveria toda a psicologia do encarcerado naquele pequeno quadro.

Este quadro retrataria que a mão do encarcerado pede amizade ao seu advogado, antes de qualquer coisa, antes mesmo da técnica por ele sabida, sendo que o próprio nome do advogado soaria como um grito de ajuda: *Advocatus, vocatus ad*, chamado para socorrer.

Do mesmo modo, a palavra cliente, a qual serviria para denominar aquele que pede ajuda, reforçaria essa interpretação: o cliente, na sociedade romana, pedia proteção ao patrono; nome que designa advogado. E a derivação de patrono, de *pater*, projetaria sobre a correlação a luz do amor, sendo que aquilo que remontaria ao cliente pedir ajuda seria justamente a inimizade. As causas civis e, sobretudo, as causas penais seriam fenômenos de inimizade². E como a forma elementar da ajuda, que se procura na guerra, seria a aliança, o conceito de aliança seria a raiz da advocacia.

O acusado, segundo Francesco Carnelutti (1995), sente a aversão de muita gente, por vezes lhe parecendo que está contra ele o mundo todo. Daí surgindo a sua pavorosa solidão e sua necessidade de companhia, e companheiro seria aquele que se coloca no mesmo plano daqueles ao quais faz companhia. A necessidade do cliente, especialmente do encarcerado, seria justamente esta, a de se sentar ao lado dele, sobre o *último degrau da escada*. Essa seria a dificuldade e a nobreza da advocacia: sentar-se sobre o último degrau da escada ao lado do acusado.

A experiência do advogado estaria sob o signo da humilhação, sendo que apesar de vestir a toga, de colaborar para a administração da justiça, o seu lugar seria embaixo, e não no alto, ao lado do juiz. O encarcerado dividiria com o advogado a necessidade de pedir e de ser julgado. O advogado estaria sujeito ao juiz, como o está o acusado.

Mas exatamente por isso que advocacia seria um exercício espiritualmente salutar, eis que aprender-se-ia a suplicar, o que estaria muitas vezes obstaculizado pela soberba que seria uma ilusão do poder. Não haveria nada melhor que a advocacia para sanar tal ilusão de potência, eis que o maior dos advogados seria sabedor de que não poderia nada frente ao menor dos juizes; entretanto, o menor dos juizes seria aquele que o humilharia mais.

Postular significaria *pedir aquilo que se tem direito de ter*. E isto é que agravaria a situação, eis que não se deveria ter a necessidade de pedir aquilo que se tem direito de ter.

² Segundo Carnelutti (1995), da inimizade surge a necessidade da amizade; eis que a dialética da vida seria assim.

Por essa razão, sentar-se ao lado do acusado no último degrau representaria um sacrifício, mas um sacrifício não viria sem um benefício, que surgiria quando se começasse a descobrir, na escuridão, a chamazinha do pavio fumegante, que não reacenderia somente o calor que aquece a lama do acusado, mas também do seu advogado/patrono. Francesco Carnelutti (1995) afirma que todo benefício que pôde fazer para algum dos seus clientes recebeu em troca destes também um benefício.

Por tudo isso, afirma o mesmo autor que o encarcerado apresenta-se como um sedento de amor, e o advogado deveria ter um conhecimento do acusado: não como o médico, um conhecimento físico, mas o conhecimento espiritual. E conhecer o espírito de um homem, significaria conhecer a sua história; e conhecer uma história significaria não somente conhecer a sucessão dos fatos, mas encontrar o fio que os liga, sendo a história uma reconstrução lógica, e não apenas uma exposição cronológica dos acontecimentos. E para tudo isso ser possível seria necessário o protagonista (o encarcerado) abrir pouco a pouco a sua alma. Contudo, o encarcerado, ao mesmo tempo em que solicitaria por amizade, oporia a desconfiança e a suspeição. Impregnados de ódio, veriam ódio também onde não haveria mais que amor (Carnelutti, 1995).

Francesco Carnelutti faz uma reflexão e pondera que a advocacia apresenta-se com um perfil poético, e confessa que a poesia do ministério da advocacia é coisa que um advogado sente em dois momentos da vida:

Quando veste pela primeira vez a toga ou quando, se mesmo não a depôs, está para depô-la: ao amanhecer ou ao entardecer. Ao Amanhecer, defender a inocência, fazer valer o direito, fazer triunfar a justiça: esta é a poesia. Depois, pouco a pouco caem as ilusões, como as folhas da árvore, depois do fulgor do verão. Mas, através do emaranhado dos ramos cada vez mais despídos, sorri o azul do céu (Carnelutti, 1995, p. 22).

Quanto ao exercício da magistratura, afirma o estudioso que no topo da escada estaria o juiz, que gozaria da mais “imponente dignidade”. Frente ao juiz estariam as partes denominadas dessa forma porque movidas por interesses. Todavia, o significado mais profundo de parte seria o de na parte convergir o ser e o não ser, cada parte seria em si mesma e não seria a outra parte, ou seja,

todos os homens seriam partes (assim como um rosa não é uma violeta, um homem não seria igual a outro homem, seria apenas uma parte).

Mas o fato de os juristas dizerem que as partes são julgadas pelo juiz significaria dizer que o juiz não é parte. Ele seria a supraparte, por isso ele estaria no alto, numa cátedra, e, o acusado, embaixo, numa jaula. O advogado também estaria embaixo, ao lado do acusado, e o ministério público, ao lado do juiz.

Entretanto, o juiz em sendo um homem, seria também uma parte (assim como o acusado, como o seu defensor e o ministério público), e o fato de ser ao mesmo tempo parte e não parte, seria a contradição na qual o conceito de juiz se agitaria. O fato de ser o juiz um homem, e de dever ser mais que um homem, é que constituiria o seu drama.

Francesco Carnelutti (1995) assinala que nenhum homem se pensasse no que ocorre para julgar um outro homem, aceitaria ser juiz. Uma reflexão que deveria estar, segundo ele, presente a todos, dos juízes aos julgados, e acrescenta que somente a consciência de sua indignidade é que poderia ajudar o juiz a ser menos indigno. Afirma que tentou a lei por meio de todos os expedientes possíveis garantir a dignidade do juiz, juntando-os, inclusive, em colegiados, todavia, uma dignidade não se obteria com a soma de mais indignidades.

O que deveria ser o objetivo do colegiado seria justamente a união dos juízes para formar um só juiz, que poderia ocorrer não tanto pela identidade de opiniões, mas, especialmente, pela paridade de tendências para a verdade.

Mas daí surgiria o problema, pois a justiça humana não poderia ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não poderia senão resolver-se na sua parcialidade.

A única tentativa para diminuir a parcialidade dos juízes seria a de sentirem a sua própria miséria: sentirem-se pequenos para serem grandes³.

³ Segundo Francesco Carnelutti (1995, p. 35): "Precisa forjar-se uma alma de criança para poder entrar no reino dos céus. Precisa a cada dia mais recuperar o Dom da maravilha. Precisa, cada manhã, assistir com a mais profunda emoção ao surgir do sol e, cada tarde, ao seu ocaso.

O que se cobraria dos juízes seria um estudo além do direito, englobando-se o estudo da sociologia, da antropologia e da psicologia. E teme Francesco Carnelutti (1995) que nem a universidade ou qualquer outro instituto possam passar este conhecimento, porque o homem não seria uma discussão para discutir em congressos de filosofia; mas, *o homem seria uma questão de fé no homem*. E para se ter fé no homem seria preciso amar o homem e conhecê-lo⁴.

Mas em sendo o juiz uma parte, conseguiria alcançar apenas um aspecto da verdade⁵. E o mesmo ocorreria com a razão: o juiz seria dono de apenas uma faceta da razão, e quanto mais razões viriam a ser expostas, tanto mais seria possível que, colocando-as juntas, poderíamos nos aproximar da verdade.

Neste contexto, acusador e defensor seriam dois raciocinadores: construiriam e exporiam as razões; e, o juiz decidir-se-ia por um dos caminhos construídos.

Raciocinar de forma imparcial seria colocar as premissas e tirar as conclusões. Mas como acusador e defensor não construiriam um raciocínio imparcial; ao contrário, colocariam premissas para chegar a respostas obrigatórias, tais atitudes ocasionariam uma escandalização às pessoas.

Contudo, escândalo haveria se, seguindo um raciocínio imparcial (colocadas as premissas para chegar-se às conclusões), o juiz concluísse que se o acusado confessou ter matado, matou, pois não poderíamos deixar de lembrar que há casos em que um homem confessa o delito que não cometeu.

Seria preciso exaurir todos os meios de prova para chegar-se a uma conclusão, e o advogado seria o auxiliar do juiz desta missão. Todavia, em

Precisa, cada noite, sentir-se humilhado ante a infinita beleza do céu estrelado. Precisa permanecer atônito ao perfuma de um jasmim ou ao cano de um rouxinol. Precisa cair de joelhos frente a cada manifestação desse indecifrável prodígio, que é a vida”.

⁴ Seria preciso também aos juízes conhecer muitos homens, e se fosse possível, sobretudo os santos e os canalhas, aqueles que estariam sobre o mais alto e o mais baixo degrau da escada. Distância esta, todavia, inexistente quando o canalha envergonhar-se-ia de ser canalha; ou o santo glorificar-se-ia de ser santo (Carnelutti, 1995).

⁵ A verdade seria como a luz ou como o silêncio, os quais compreenderiam todas as cores e todos os sons; mas a física tem demonstrado que a nossa vista não vê e os nossos ouvidos não ouvem mais que um breve segmento da gama das cores e dos sons; estão aquém e além da nossa capacidade sensorial as infra e ultracores, como os infra e ultra-sons (Carnelutti, 1995).

sendo o advogado parcial teria que se ter uma parcialidade em sentido contrário, o que seria realizado pelo ministério público, que em sua essência não teria essa função (seria um raciocinador imparcial), mas que nove em dez vezes acabaria por desempenhar papel de antagonista do defensor. Desenvolver-se-ia sob este prisma o contraditório, que representaria um duelo para que o juiz pudesse superar a dúvida. As armas que serviriam nesse duelo aos combatentes (acusador e defensor), seriam as razões⁶.

A repugnância à parcialidade converter-se-ia para o juiz na necessidade de superá-la, ou seja, de superar-se; estaria nessa necessidade a salvação do juízo.

Neste contexto, a tarefa do processo penal estaria no saber se o acusado é inocente ou culpado. E isso significaria dizer, antes de tudo, se aconteceu ou não um determinado fato. Para tanto, necessário seria saber o que significa a palavra fato. Fato para Francesco Carnelutti (1995), significaria um pedaço de história; e a história seria a estrada que percorrem, do nascimento à morte, os homens e a humanidade. Seria voltar atrás.

E quem percorre esta estrada e acabaria por cometer um crime faria de tudo para destruir os rastros, pois as provas deixadas pelo caminho serviriam exatamente, para voltar e reconstruir a história. O risco que se correria seria, justamente, o de errar o caminho.

Como se não bastasse a difícil tarefa de conseguir reconstruir o caminho da forma mais condizente com a sua efetiva ocorrência, ainda a descoberta de um delito, de dolorosa necessidade social, teria tornado-se uma espécie de esporte. Com os policiais, magistrados, o ministério público, os advogados e as testemunhas sendo perseguidos e muitas vezes recebendo sugestões de como conduzirem o seu trabalho. Esta degeneração do processo penal seria um dos sintomas mais graves da *civilização em crise*, eis que diante de tal situação de constante frenesi, o respeito devido ao acusado acabaria por ser esquecido. O que viria a afrontar princípio básico da nossa Constituição Federal, qual seja, o

⁶ “Defensor e acusador são dois esgrimistas, os quais não raramente fazem uma má esgrima, mas talvez ofereçam aos apreciadores um espetáculo excelente” (Carnelutti, 1995. p. 40).

de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, segundo a CF⁷.

Assim, o processo em si teria transformado-se numa tortura, e o acusado estaria sujeito a ser jogado às feras. A fera indomável e insaciável seria a multidão⁸.

O artigo que garantiria a incolumidade do acusado seria inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Eis que logo que surgisse um suspeito, este e também a sua família seriam retalhados e investigados na presença de todos. O indivíduo, assim, seria feito em pedaços, justamente este que seria o único valor da civilização que deveria ser protegido.

Outro componente importante no processo penal seria a testemunha, que não poderia ser considerada apenas como prova. A testemunha representaria um homem com suas tentações, seus interesses, sua lembranças, seus esquecimentos, que cercado de fotógrafos e jornalistas, bem como, da pressão da multidão, não poderia, por óbvio, apresentar uma versão sem nenhuma influência, e, portanto, deveria ser tratada com respeito devido ao homem, ao homem que tem como inerente a sua natureza de falibilidade.

Quanto à função do juiz, Francesco Carnelutti (1995) afirma que seria justamente a de historiador da caminhada do indivíduo que agora postar-se-ia no banco dos acusados, sendo que, ainda que se tivesse certeza de que o acusado matou um homem com um tiro, dever-se-ia saber tudo quanto for preciso saber para poder condená-lo; o homicídio, não seria somente ter matado, mas ter querido matar. Isso significaria que o juiz não pode deter-se exclusivamente ao que é exterior, às correlações do corpo do homem com resto do mundo, mas também deveria fazer indagações quanto à alma do acusado. Mas, adverte Francesco Carnelutti (1995), que se deve ir com cautela a este terreno, eis que o perigo maior que correria seria o de atribuir ao outro a nossa alma, ou seja, de julgar aquilo que ele sentiu, compreendeu, quis; segundo aquilo que nós sentimos, compreendemos, queremos.

⁷ Artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

⁸ Sugere-se a leitura do conto “O artista da fome”, de Franz Kafka (*in*: **A Colônia Penal e outros Contos**. Tradução de Torrieri Guimarães. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986. p. 26-38).

E aquilo que o homem quis não se poderia conhecer senão através daquilo que o homem é; e aquilo que o homem é se conheceria somente por toda a sua história, pois que o ego de cada um de nós seria um centro, para o qual se dirigem e no qual se unificam todos os nossos atos. Cada um de nossos atos se reportaria a este princípio, sendo que fisicamente o ato poderia ser considerado em si; todavia, psicologicamente não.

Isso significaria que quando o juiz tem reconstruído o fato não teria percorrido senão a primeira etapa de um caminho; de lá desta etapa o caminho deveria prosseguir, porque lhe restaria conhecer a vida inteira do acusado.

Este proceder encontra fundamento nas leis penais modernas, havendo, inclusive, preceituação que obriga o juiz a ter em conta “a conduta e vida do réu, antecedentes ao delito; a conduta contemporânea e subsequente ao delito; as condições de vida individual, familiar e social do réu”, que corresponde ao artigo 59 do Código Penal.

Portanto, seria necessário conhecer a história do acusado formada pelo seu passado, mas também pelo seu futuro⁹.

Deveria o juiz, para ser “justo”, ter em conta não somente o mal que alguém fez, mas também o bem que fará; não só a capacidade para delinquir, mas também a sua capacidade para se redimir.

Mas os juristas teriam constatado que os meios dos quais o juiz dispõe para conhecer o homem são inadequados, propagando-se, até mesmo, a ajuda de um experto em psicologia. Todavia, para conhecer a história do acusado, ultrapassando-se a sua desconfiança não seria o caminho da psicologia o mais indicado; o caminho para chegar-se ao coração de um homem seria o caminho da amizade, caminho este proibido de ser percorrido pelo juiz.

O processo penal, por tudo isso, seria, em si, uma pobre coisa, à qual seria destinada uma tarefa muito alta a ser cumprida. Não se poderia, contudo, desacreditar o processo penal além dos limites, pois a sua imperfeição poderia ser eliminada com um pouco mais de atenção e boa vontade: o acusado deveria

⁹ “O presente é síntese do passado e do futuro” (Carnelutti, 1995. p. 52).

ser considerado com o mesmo respeito que se considera o doente nas mãos do médico ou do cirurgião.

Segundo Francesco Carnelutti (1995), o que foi, foi, e agora o que resta é oferecer ao acusado todo o respeito devido para que outra injustiça não ocorra.

O delito seria uma desordem e o processo seria um meio para restaurar a ordem: o verdadeiro remédio para o passado estaria no futuro. Não haveria outro modo para resolver o problema do futuro do homem, que não seja o de voltar ao passado. *E uma das características da crise que enfrenta o processo penal seria justamente o desinteresse com o futuro.* Não haveria outra razão para atingir o delito senão aquela de impor-lhe a pena. O delito estaria no passado, a pena, no futuro. O juiz teria a responsabilidade de saber aquilo que o acusado foi e estabelecer aquilo que ele será: foi um delinqüente, será um encarcerado; fez sofrer, sofrerá; não soube usar sua liberdade, será recluso. O juiz teria nas mãos a balança; e a justiça cobraria dele que pesasse o delito, bem como a sua pena.

Neste contexto, surge outro problema, eis que se deveria não apenas punir os delitos mas também, e sobretudo, preveni-los. O cidadão deveria saber antes quais as conseqüências de seus atos para poder regular-se. Assim, realizar-se o peso antes que, por exemplo, o ladrão roube, a fim de que se abstenha de roubar. A balança passaria das mãos do juiz para as do legislador, que faria o peso não sobre o fato mas sobre o tipo; e o tipo por sua vez seria apenas um conceito, não um fato; uma abstração, não uma realidade; alguma coisa de previsão, não alguma coisa de acontecimento, pois prever seria a um tempo, mais ou menos ver: mais do que ver, porque acrescentar-se-ia ao ver; menos, porque não se veria tudo aquilo que se verá quando terá acontecido. Seria um ver indistintivo; distinguem-se as grandes linhas; mas o acontecimento reservaria, sempre, também quando seja conforme a previsão, alguma coisa de novo.

O Direito Penal debater-se-ia, então, neste dilema: colocar a balança nas mãos do juiz e, então, se o juiz fosse justo, o peso seria justo, mas o direito não serviria, ou serviria pouco à função preventiva; ou reservar a balança ao legislador, e então, agir a prevenção no sentido de que o cidadão saiba antes à

qual conseqüência se expõe desobedecendo à lei, mas o peso poderia não ser justo, porque o que se colocaria sobre um dos pratos seria o tipo, não o fato; e o tipo, seria uma abstração, não uma realidade. Entre os dois lados do dilema, a solução não poderia ser mais do que um *compromisso*.

Por isso, a técnica penal recorria à multiplicação dos tipos. Ter-se-ia uma espécie de mostruário sempre mais numeroso, que se colocaria à disposição do juiz a fim de que ele estivesse em condições de encontrar o tipo que se assemelha mais ao fato na sua concretização. E uma vez que a vida social com essa delinqüência complica-se sempre mais, também o Código Penal, junto com as leis penais esparsas, teria acabado por tornar-se uma espécie de labirinto. E o juiz deveria estar preparado para mover-se neste labirinto. Para tanto, teria que ser um jurista, isto não seria sem perigo, tanto que os tribunais do júri seriam compostos em parte, na menor por juristas, e o restante por leigos do direito. O perigo estaria precisamente nisso: em que, acostumados ao tipo, os juízes esquecesse o homem que vive, em suma, em um mundo abstrato em vez do mundo concreto.

Tal posição do juiz levaria por ocasionar uma ruptura entre o povo e a justiça, ou melhor, entre a administração da justiça, que seria certamente nociva à civilização. E não haveria nada a fazer para restabelecer a confiança senão observar que a justiça que se pode obter com o trabalho do juiz no processo é aquele pouco de justiça, que a nós pobres, limitados e acabados como somos, seria consentida; não haveria nada mais perigoso que cultivar as ilusões em torno desse ponto fundamental do problema da civilização.

Mas o juiz estaria limitado na sua função quanto ao peso para a aplicação da pena, tendo em vista que a lei ao invés de uma pena fixa, estabeleceria quando muito um mínimo ou um máximo, que sinalizariam os limites da liberdade do juiz: uma espécie de liberdade vigiada; em qualquer caso uma medida, que não conseguiria nem resolver, nem esconder a contradição entre o um e o múltiplo, entre a qual se agitaria a vida do homem. Dessa contradição, que o homem não seria capaz de solver, seria viciado, também, o direito e, sobretudo, o processo, eis que o juiz ao reconstruir o passado, devendo a esse adequar o futuro, teria as suas mãos atadas, constringendo-o a julgar de modo a aplicar ainda uma pena, após todo o processo penal, caracterizado por uma

série de sofrimentos, aflições e vergonhas. Se o juiz fosse livre, acrescenta Francesco Carnelutti (1995), poderia, ao invés de conduzir o processo e o seu prolongamento com a condenação e execução dessa (que seria nada mais que uma desgraça importuna para o indivíduo e para a sociedade), dizer como o fez Jesus: “vá e não peque mais”.

Todavia, pondera Francesco Carnelutti (1995) que não seria necessário protestar contra a lei, eis que não se poderia protestar contra a necessidade, mas não se poderia esconder que o direito e o processo são uma pobre coisa e seria a consciência dessa afirmação, verdadeiramente, que seria necessária para fazer avançar a civilização.

Assim, aplicada a lei, o juiz acabaria por absolver ou condenar, escolheria entre o não do defensor e o sim do Ministério Público.

O processo serviria para tirar uma dúvida após a análise das provas (e tirada a dúvida, absolver ou condenar). Mas caso interessante verificar-se-ia na hipótese de o juiz absolver por insuficiência de provas, não revendo nada, portanto: as coisas permaneceriam como antes. A absolvição por não ter cometido o fato ou porque o fato não constitui delito anularia a imputação; com a solução da absolvição por insuficiência de provas, a imputação permaneceria. O processo, assim, não terminaria nunca. O que viria a demonstrar a completa impotência da justiça. A declaração da sua inocência seria a única maneira para reparar o dano que injustamente lhe foi ocasionado. Se, na verdade, ele não cometera o delito, dever-se-ia dizer não somente que deve ser absolvido, como também que não deveria ter sido acusado; assim, a sentença da absolvição por não ter cometido o fato ou por inexistência de delito conteria não somente a certeza da inocência do acusado mas, junto, a confissão do erro cometido por aqueles que o arrastaram para o processo. Ainda, em geral, todas as sentenças de absolvição, excluídas aquelas por insuficiência de provas, implicariam a existência de um erro judiciário.

Não se poderia confundir, contudo, a culpa com o erro profissional, este viria não em decorrência da negligência, imprudência ou imperícia, mas da insuperável limitação do homem. Tal característica seria outro ponto

desmerecedor do processo penal; que levaria por expor o acusado e sua família a toda a opinião pública.

Neste ínterim, a hipótese da absolvição traria à tona as misérias do processo penal, que, em tal caso, teria somente o mérito da confissão do erro. Um erro do qual as pessoas não se aperceberiam, e não somente os homens comuns, mas, por fim, até os expertos do direito. Deste modo, ou por negligência, ou por falso pudor, esconder-se-iam aquelas miséria do processo penal, que deveriam, ao invés, ser conhecidas e toleradas, a fim de que se pudesse fazer a avaliação que se deveria fazer da justiça humana.

E na hipótese de o juiz estar convicto da culpa do acusado, então condenar, e posteriormente descobrir-se que ele se equivocou, haveria a possibilidade de recorrer a instâncias superiores. Todavia, o juízo dos juízes superiores estaria sujeito como o do dos juízes inferiores ao perigo do erro, tanto mais que, se de uma parte eles se encontrariam, em relação aqueles, em uma posição vantajosa, da outra, especialmente quanto ao juiz historiador, os meios dos quais disporiam seriam ainda mais imperfeitos; bastasse pensar que no processo de apelação, via de regra, não são reexaminados os testemunhos e o juízo se forma sobre aqueles processos verbais, os quais não dão e não podem dar aos testemunhos senão uma representação mutilada, por vezes deformada e até incompreensível.

Todavia, a preocupação de Francesco Carnelutti (1995) é a de que o processo penal não pode durar eternamente. Teria um fim por exaurimento, mas não por atingir a finalidade, os juristas defenderiam a coisa julgada e que não se poderia ir além, contudo, a coisa julgada seria um substituo da verdade: não seria a verdade, mas considerar-se-ia como *a verdade*.

Dever-se-ia fazer com que os juristas e, também, os outros não se iludam que depois de todo o aparato solene da cátedra, da toga, da jaula, do penacho dos guardas atrás do presidente, do ministério público, dos advogados e do público que assiste tenso e apaixonado, a sentença que é proferida pelo juiz, signifique a verdade. Podendo até se configurar como verdade, mas nunca poder-se-ia ter certeza disso.

Continua Francesco Carnelutti fazendo mais que perfeita comparação entre a morte e a condenação:

Acontece para as pessoas, incluindo também os juristas, quando da condenação, alguma coisa de análogo que ocorre quando um homem morre: o pronunciamento da condenação, com o aparato que todos conhecem, mais ou menos, é uma espécie de funeral; terminada a cerimônia, depois que o acusado sai das jaulas e o recebem em custódia os policiais, recomeça para cada um de nós a vida cotidiana e, pouco a pouco, não se pensa mais no morto. Sob um certo aspecto, pode-se assemelhar a penitenciária a um cemitério; mas se esquece de que o condenado é um sepultado vivo (Carnelutti, 1995, p. 68).

Como bem coloca o autor, ao invés de ser um cemitério deveria ser um hospital. Eis aí a constatação de que com a sentença o processo não está terminado. A sentença seria, assim, como uma diagnose realizada por um médico. Mas não se deveria esquecer que com a diagnose o médico prescreve a *cura* que também deveria ser realizada na sentença pelo juiz. Assim, também a cura passaria a ser obra da justiça.

A penitenciária abrigaria enfermos de espírito ao invés de enfermos do corpo. Outra diferença seria quanto à mudança de diagnóstico pelo médico quando esse verifica que se equivocou, o que não poderia ser feito numa penitenciária, *eis que a diagnose do juiz seria imposta com autoridade em função da coisa julgada; a prova do progresso da doença não importaria*. O juiz aplicaria pena de dez, vinte, trinta anos e dez, vinte, trinta anos deveriam ser, ainda que a prova demonstrasse ser muito ou pouco, ou ainda se antes do período estabelecido, o doente recuperou a saúde, ou também, ao contrário, quando o período transcorreu inutilmente.

O acima narrado serviria para legitimar a outra função da pena, qual seja, a de servir, além de redenção do culpado (prevenção específica) também de alerta aos outros que poderiam ser tentados a delinquir (prevenção geral). Concluindo-se, desse modo, que o condenado que se acha redimido antes do término fixado pela condenação, permanece na prisão porque deve servir de exemplo aos outros, sendo submetido a um sacrifício por *interesse dos outros*, e na mesma situação estaria o inocente, sujeito à condenação por um daqueles erros judiciários, que nenhum esforço humano conseguirá eliminar.

Quanto à esta inflexibilidade e culto à lei, o autor afirma:

Bastaria para não assumir em comparação com a massa dos condenados aquele ar de superioridade que infelizmente, mais ou menos, o orgulho, assim, profundamente enraizado no recesso da nossa alma, inspira a cada um de nós; ninguém verdadeiramente sabe, em meio a eles, quem seja ou não culpado e quem continua ou não continua a ser tal (Carnelutti, 1995, p. 69).

A aplicação da pena, do castigo para aquele que pratica algum delito não poderia ser incompatível com o amor, e o amor ao mesmo tempo não poderia excluir a serenidade da pena. Sob este aspecto, não seriam contraditórios os institutos da pena; mas somente uma batalha para lutar em nome da civilidade.

Já a batalha não seria para a reforma da lei, que teria feito o que pôde pelo condenado, mas pela reforma do costume, o que, segundo o autor, deveria ser realizado pela sociedade.

Cada um de nós teríamos comprometimento pessoal na redenção do culpado, e, portanto, seríamos responsáveis. Durante o processo seria suficiente o respeito ao acusado, todavia, após a condenação caberia a cada um de nós perceber que o condenado é um necessitado e angustiado por amor. Precisaríamos deixar de considerá-lo como inferior para compreender o bem que pode levar à ele um sorriso, uma palavra, um carinho, salientando, inclusive, Francesco Carnelutti (1995), que com a sua experiência descobriu que o nosso comportamento frente aos condenados é a indicação mais segura da nossa civilidade.

A liberdade do encarcerado, verdadeiramente, chegaria quando o processo termina. Mas esta libertação só poderia chegar se o condenado a procurasse.

Já quanto à libertação física, esta também poderia não chegar devido à eventualidade da morte no cárcere, que seria o risco mais grave do encarceramento. E não porque uma interpretação benévola da disciplina carcerária não permitisse ao moribundo a extrema despedida dos seus queridos, mas porque o morrer lhe truncaria a esperança do retorno ao convívio humano. Essa seria a razão da vida do encarcerado; sendo que, o encarcerado perpétuo não teria nem o conforto de contar os dias, perdendo, portanto, a sua razão de vida.

Com a saída do cárcere terminaria o processo, mas não a pena: o sofrimento e o castigo continuariam, pois permaneceriam as dificuldades ocasionadas ao libertado do cárcere pelas mudanças dos hábitos, pelas relações interrompidas, pelos ambientes mudados; tudo isto não poderia deixar de determinar uma crise, que poderia também, chamar-se crise do renascer.

O encarcerado, saído do cárcere, acreditaria não mais ser encarcerado; mas as pessoas não. Assim, a saída do cárcere seria o princípio, ao invés do fim, de um calvário. E com um lento acúmulo de desgosto e ilusões, o encarcerado passaria a acreditar que a prisão, esta sim, era enfim a sua casa, o seu lar.

E para que a sociedade passasse a pensar de outra forma não seria suficiente agir com a razão, mas também com caridade, que seria essencialmente, insensatez¹⁰.

Conclui, Francesco Carnelutti, quanto ao calvário enfrentado pelo libertado fora do cárcere, que:

As pessoas crêem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas crêem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas crêem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena senão mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está, é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não (Carnelutti, 1995, p. 77).

Em considerações finais, afirma que a civilização, a humanidade, a unidade são uma coisa só: tratar-se-iam da possibilidade alcançada pelos homens de viverem em paz. Equivocadamente, existiria a ilusão de que os delinqüentes seriam aqueles que perturbam a paz; e que a perturbação poderia ser eliminada separando-os dos outros; assim, o mundo dividir-se-ia em dois setores: o dos civilizados e o dos incivilizados, uma espécie de solução cirúrgica do problema da civilização.

O problema que surgiria de tal interpretação seria justamente a de distinguir os incivilizados dos civilizados na medida do frágil juízo humano. Mas a primeira coisa que ensinaria a experiência penal seria que a penitenciária não seria de fato diferente do resto do mundo, tanto, no sentido que também a

penitenciária seria um mundo, como no sentido que também de que o resto do mundo seria uma grande casa de pena. E a idéia de que dentro estariam apenas canalhas e fora os homens honestos não passaria de ilusão; aliás passaria de ilusão imaginar que um homem pudesse ser de todo canalha ou de todo honesto.

Contudo, Francesco Carnelutti (1995) não nega a necessidade de separar os “bons” dos “maus”; afirma que apesar de falhos, sem o processo, o tribunal, a penitenciária, os homens seriam ainda piores do que são. O prejuízo ou até mesmo a superstição que quis combater, é a de que o direito é suficiente.

O que se verificaria atualmente seria justamente uma adoração ao direito, mas que não haveria nada como a experiência penal para destruir esta idolatria. *As misérias do processo penal seriam aspectos da miséria fundamental do direito.* E, afirma Francesco Carnelutti (1995) que deteve-se a descobri-las não com a intenção de desacreditar uma instituição, mas de alertar contra sua apreciação exagerada. Diz que bastaria desenganar o homem comum sobre o seguinte ponto: que bastaria ter boas leis e bons juízes para alcançar a civilidade, fazendo com que homens se respeitassem uns aos outros, porque tudo isso somente seria possível se o direito fosse melhor construído e manobrado.

Mas restaria ainda eliminar a divisão entre “incivilizados” e “civilizados”, que não ocorreria senão com o respeito; além desse seria necessário pensar no bem-estar da civilização, que seria possível somente com o amor, somente este seria capaz de unir.

Dos ensinamentos de Cristo, Francesco Carnelutti (1995) busca legitimação para defender que é preciso saber amar para construir uma sociedade mais civilizada; sendo que, o enfermo, o faminto, o sedento, o encarcerado seriam enviados de Deus para nos ensinar a amar, sendo a compreensão o seu prelúdio.

¹⁰ “Se São Francisco tivesse raciocinado, nunca teria beijado o leproso, com risco de se contagiar”

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, houve a necessidade do estabelecimento de normas garantidoras dos direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para tanto, os países inseriram em suas Constituições, regras de cunho garantista, que impuseram ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais. Além disso, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo.

A nossa Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, contempla, em seu artigo 5.º, um rol de regras destinadas a assegurar os direitos individuais e coletivos. Sendo que, no plano processual, esse garantismo é reflexo da necessária relação que liga processo e Estado.

Ocorreu a instituição dessas garantias justamente porque o direito penal sempre foi marcado pela dura punição aos que cometiam as condutas desvaloradas pela “sociedade” (por quem ditava as leis e fazia parecer ser vontade de toda a sociedade). Como bem descreve Michel Foucault (2002), em seu livro “Vigiar e Punir: histórias da violência nas prisões”, as sanções aplicadas ofendiam a integridade física e afrontavam a dignidade da pessoa humana, fazendo do *suplício* a forma de punição: esquartejando, amputando, marcando simbolicamente no rosto ou no ombro, expondo vivo ou morto o corpo do infrator, dado como espetáculo.

Com o decorrer dos tempos as formas de punição foram se tornando menos bárbaras, mas há que se salientar que, em verdade, o suplício continua, mas de forma mais velada (Foucault, 2002).

Constata-se que não é fácil encontrar formas de acabar com a “criminalidade”, que continua existindo, independentemente da forma de pena aplicada à quem praticou fato delituoso - assim definido em lei.

O direito penal tem, sob a melhor das perspectivas, como seu principal objetivo fixar critérios mínimos de comportamento social, ao definir crimes e fixar penas, exercendo um papel político e pedagógico às avessas: diz para os membros da sociedade quais as condutas negativas que devem ser evitadas, bem como, hierarquiza valores sociais, privilegiando os valores que devem ser tidos como os fundamentos pelo “todo” (a sociedade).

Contudo, na hora de efetivar tal concepção, deparamo-nos com a sua dificuldade de aplicabilidade, justamente porque o homem, que apesar de estabelecer uma *dívida* entre os que julgam (operam o direito) e os que são julgados (os “criminosos”), é falível e carrega consigo uma gama de impressões, experiências e preconceitos.

Como se não bastasse, o indivíduo taxado de “criminoso” ainda sofre a indiferença da sociedade, como era de se esperar, cidadãos comuns, assim como os juízes, todos são movidos por interesses, por frustrações, por preconceitos. Como perfeitamente descreve Carnelutti (1995): a sociedade sente com relação ao acusado de algum delito, verdadeira aversão; aversão que se estende àquele a quem é atribuída a difícil tarefa de defendê-lo. O princípio segundo o qual ninguém é considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal) fica fadado a permanecer apenas no “papel”.

2.1 Teorias do Direito Penal

Várias teorias surgiram para explicar a evolução do Direito Penal, citaremos algumas: a teoria do Direito Penal Tradicional; a teoria do Garantismo Penal, a teoria do Minimalismo, a teoria do Abolicionismo, a teoria da Imputação Objetiva do Direito Penal e teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows*).

A primeira, a teoria do Direito Penal Tradicional, trabalha com a idéia de combate ao crime, o Estado deve punir o crime através de medidas estabelecidas na lei: a lei deve ser obedecida (Zaffaroni, 2002).

O Garantismo Penal é caracterizado pela procura de efetivação da garantia aos cidadãos de que seus direitos fundamentais serão obedecidos. O Direito Penal serviria para garantir que o cidadão tenha o seu direito (à liberdade) assegurado. Seria uma garantia para o indivíduo, o sendo também para a sociedade. O Direito Penal somente deveria ser utilizado quando fosse estritamente necessário; seria a última *ratio*, buscando-se a sua aplicação, essencialmente, mediante os preceitos constitucionais (Ferrajoli, 2002).

Lênio Streck defende o que denominou de *garantismo negativo* e *garantismo positivo*:

[...] é preciso ampliar a visão do direito penal da Constituição na perspectiva de uma política integral de proteção dos direitos, o que significa entender o garantismo não somente no sentido negativo como limite do sistema punitivo (proteção contra o Estado), mas, sim, também como garantismo positivo, o que, no dizer de Baratta, aponta para a resposta às necessidades de assegurar a todos os direitos, inclusive os de prestação por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais), e não apenas aqueles que podem ser denominados de direitos de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas (2003, p. 279).

Seria, enfim, a busca da efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, tanto aos ditos “criminosos”, quanto à sociedade em geral.

Já o Abolicionismo é caracterizado por defender ser o crime uma ficção, criação que não existe, desenvolver-se-ia a idéia da pena em comparação ao pecado (Hulsman, 1993).

A pena privativa de liberdade seria uma das mais perversas invenções do homem: produziria, somente, degradação e aniquilamento humano, não tendo nenhuma eficácia na prevenção e diminuição da criminalidade. A criminalidade não sofreria alteração com a extinção da pena de prisão. Entretanto, a idéia de

culpa e de punição teria se entranhado na consciência social, produzida pelo modo como se organiza a vida na sociedade capitalista (Hulsman, 1993).

Segundo Louk Hulsman (1993)¹¹, um dos defensores do abolicionismo, numa sociedade em que o valor fundamental seja o homem e sua liberdade, e não a propriedade privada dos meios de produção e o lucro, não haveria lugar para essa violência pública institucionalizada que seria a pena privativa de liberdade, ou qualquer outra forma de controle social. Isto não se confundiria com o individualismo irresponsável. Ao contrário, seria a possibilidade, numa relação coletiva e solidária, de optar cada um pelo jeito mais prazeroso de viver, respeitando-se as diversidades subjetivas.

Negar o sistema penal significaria pensar em outro modelo de vida, generoso e amoroso, e agir na grande luta, através da prática social de cada um, para a transformação humana, em busca de uma sociedade humanamente viável e verdadeiramente igualitária, em que o poder seria a organização da comunidade, autogerindo-se a autocontrolando-se, de modo a tornar desnecessária existência do Sistema Penal, pois não haveria então culpa nem culpados (Hulsman, 1993).

Dizer não à prisão e ao sistema penal significaria dizer sim à liberdade da vida, na construção plena da humanidade (Hulsman, 1993).

O Minimalismo seria uma teoria intermediária entre o Garantismo e o Abolicionismo, ou seja, defende que em alguns casos dever-se-ia continuar aplicando o Direito Penal; não se poderia abolir as regras e as sanções penais completamente (Baratta, 2002).

Outra teoria é a da Imputação Objetiva do Direito Penal, segundo a qual, a sociedade deve conhecer e respeitar as leis, sendo que, se uma conduta não fosse desvalorada pela sociedade esta regra deveria ser revogada, pois a

¹¹ “Se afastar do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça” (Hulsman, 1993, p. 02).

sociedade é que faria o direito, ele brotaria da sociedade. E em sendo assim, a sociedade é que estabeleceria quais as condutas que devem ser punidas (Jakobs, 2003).

Diante do estudo de tais teorias, possível perceber que a tendência na evolução teórica é o discurso no sentido do abrandamento das penas, revelando a preocupação com a pessoa que cometeu o delito, revelando a percepção, como bem observa Francesco Carnelutti (1995), de que o que foi, foi, devemos empreender esforços do crime para adiante, para tentar não cometer injustiças ainda maiores.

Todavia, como o direito é fruto de um contexto histórico, social, político, econômico e cultural, verificam-se tendências tanto para abrandar ou até mesmo abolir a pena, quanto para a aplicação do direito penal repressor, como a denominada teoria das Janelas Quebradas desenvolvida em 1982, pelo cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, ambos americanos, que defendem que se estabelece uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade, pregando-se “tolerância zero”, acreditando que punindo pequenas infrações, como inclusive a vadiagem, será possível combater crimes mais graves; pois pequenos delitos não punidos poderiam ocasionar a ocorrência de crimes mais graves (foi aplicada em Nova Iorque – contudo, não há estudos científicos que comprovem a diminuição da criminalidade). Tal Teoria defende um policiamento comunitário, toda a sociedade empenhada no combate ao crime, excluindo da sociedade dos “bons” os “maus” sujeitos (Freitas, 2002).

Mas, de modo geral, é possível verificar que a tendência entre os estudiosos do direito é a busca pela diminuição da severidade das sanções penais, quando o clamor da sociedade se direciona no sentido contrário.

Casos tais que vem a gerar leis como a dos Crimes Hediondos¹², que representa um retrocesso e vai contra os princípios basilares da individualização da pena e da progressão de regime. Reportando nos à Francesco Carnelutti (1995), poderíamos fazer comparação com o que ele defende que tira a razão da

vida do encarcerado, que seria a instituição de pena de caráter perpétuo, porque a sua vida seria contar os dias para sair do cárcere, seria um estímulo saber que, existindo um prazo, ao final deste poderá novamente se reintegrar à sociedade. Ora, uma vez recebendo uma pena sem possibilidade de progressão regime, ficará o apenado desestimulado a buscar a “ressocialização”, ou mais acertadamente, será impossível empregar meios para a sua “ressocialização”, mantendo-o “enjaulado”.

Neste contexto, cabe mencionar outra bela colocação feita por Francesco Carnelutti (1995) quanto ao caráter preventivo que teriam as regras penais, ou seja: são criados tipos para desvalorar condutas e dar ciência aos potenciais infratores das conseqüências geradas pela prática de um desses tipos (crimes positivados), cabendo ao juiz interpretar a lei e aplicá-la de forma a garantir a mais justa punição. O que desponta de tal concepção é justamente a dificuldade de se partir de uma hipótese e aplicá-la ao fato (a realidade) ou vice-versa. Não se pode seguir a lei sem se fazer uma interpretação conjunta com os demais fatores que influenciam a vida do indivíduo. Tampouco o juiz pode ficar adstrito ao que a lei diz, realizando a dosimetria da pena, sem investigar se não caberia outro modo mais eficaz de punição, aplicando, inclusive, pena abaixo do limite legal se as circunstâncias assim o permitirem, o que é fartamente viabilizado pelo princípio da individualização da pena, já aqui citado.

Existe uma corrente iniciada aqui no Sul do país, por juízes gaúchos (que colocaram em prática) e catarinenses (que desenvolveram a teoria) no sentido de buscar formas alternativas de decidir. A nossa análise conclui que a expressão talvez gere certa confusão, pois não seria exatamente uma forma *alternativa à lei*, mas estaria fundada na Constituição Federal de 1988, que oferece larga margem para interpretação com vistas à realidade social. Mas, de todo modo, representa uma luta contra o formalismo exacerbado que tomou conta do nosso ordenamento jurídico e que não consegue dar respostas à realidade social. Defendem os adeptos do “Direito Alternativo” que na hipótese de a justiça e a lei se confrontarem, optam pela primeira (Carvalho, 1998).

¹² Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990.

É importante que se perceba que todas as garantias para possibilitar ao acusado um julgamento justo estão na Constituição Federal, basta haver uma interpretação voltada para a realidade, o que, se diga de passagem, não é realizado pelos nossos operadores na maior parte dos casos, pois presos em seus mundos não conhecem a realidade de quem está sentado diante deles *sob o último degrau da escada*, esperando ser “enjaulado” e estigmatizado pela sociedade.

A nossa Constituição Federal oferece meios para aplicação de princípios (que estão implícita ou explicitamente previstos no seu corpo), que permitem adotar e oferecer um tratamento mais humano aquele que, muitas vezes influenciado pelo seu meio¹³, vem a ser compelido a cometer as “tais condutas desvaloradas pela sociedade”. E neste contexto há que se ponderar que em se tratando de influências sociais, toda a sociedade tem responsabilidade - e entenda-se sociedade como *eu e você*¹⁴ - pelo não oferecimento de condições para que a pessoa leve vida “regrada” e se enquadre nos “padrões” que são impostos pela sociedade.

Padrões! Segundo Pierre Bourdieu (2003), somos vitimados pelo que denomina de violência simbólica; existiria uma coerção psíquica que o dominado sofre do dominador. Tal relação de dominação estaria incorporada pelo dominado. A violência simbólica seria aquela que não percebemos, mas que ocorre. A sociedade acabaria por moldar o indivíduo, estabelecendo, para tanto, uma série de padrões a serem inquestionavelmente seguidos.

Nesta linha de pensamento poder-se-ia afirmar que no caso da edição das leis, há uma legitimação fundada na crença de que elas são elaboradas pelo “legislador” como vontade geral da sociedade, o que acabaria por ocasionar a sua

¹³ Fatores sociais, culturais, religiosos, econômicos. Toda a bagagem que ao longo da sua caminhada o indivíduo vem agregando, e com ela, formando a sua concepção de vida, de valores a serem preservados, de expectativas, de esperanças.

¹⁴ Existe uma grande dificuldade de nos situarmos diante de um problema que não nos afeta diretamente. Neste caso, costumamos utilizar o discurso de que cabe à sociedade ser mais solidária, lutando pela igual distribuição de renda, por exemplo; sem, contudo, compreender que para que isso se efetive eu e você precisamos também nos mobilizar, porquanto componentes dessa sociedade.

aceitação, embora evidentemente contrária aos direitos humanos, como por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, que veda a progressão de regime.

Reconhece-se, entretanto, que o homem é um ser social, que não consegue viver isoladamente, e que para alcançar a harmonia com os seus iguais é forçado a estabelecer regras de conduta a serem seguidas; que, quando infringidas, receberão as suas devidas sanções. Vivemos num Estado Democrático e de Direito, portanto, tudo deverá ser de acordo com o que “dita a maioria”, com fundamento na “legalidade”.

Há que se observar, contudo, que o Direito Penal não consegue conter a criminalidade¹⁵ impondo regras e prescrevendo sanções no caso destas serem infringidas; por isso, tem surgido tantas teorias que buscam melhorar a forma de conter o crime. O que não se pode aceitar é que pessoas sejam torturadas ou que recebam qualquer outro tipo de punições desumanas. É decepcionante apresenta-se a constatação de que sabemos que o sistema de contenção do crime não funciona e que, contudo, continuamos aceitando-o. Conclui-se, pois, que incorporamos a violência, uma violência simbólica; violência esta psíquica, que nos induz a aceitação do que nos é imposto como “legal” e “justo”, fazendo com nos enquadremos nos “moldes ditados”.

3 O PROCESSO PENAL

Após a explanação acima realizada acerca das teorias do Direito Penal, passamos para análise do procedimento atualmente adotado para a sua efetivação.

O Direito Penal brasileiro é caracterizado pela teoria tradicional de combate ao crime por meio da pena que teria função de prevenção específica (ressocialização

¹⁵ Ademais, estudos comprovam que é possível verificar a diferença entre o número total de crimes cometidos em um determinado período e a criminalidade oficialmente detectada através das estatísticas policiais e judiciais. Existiria uma *cifra negra* de crimes que sequer ingressariam no sistema penal, como por exemplo, os adultérios, estelionatos, crimes contra a ordem financeira,

do infrator) e geral (repressão, como exemplo aos outros), com uma extensa gama de possibilidades de garantir os direitos dos cidadãos, que no entanto, na maioria dos casos padecem de efetivação.

O que se verifica é que, como bem observa Francesco Carnelutti (1995), os meios empregados para verificar se alguém é inocente ou culpado são falhos, porque não asseguram os direitos de quem se vê sentado no último degrau da escada diante de pessoa dita como “imparcial”, que busca decidir com base na “verdade real”, que advogados e o ministério público vão trazer aos autos.

O processo penal passa a ser mais uma tormenta ao acusado, que mesmo em sendo condenado sente-se mais aliviado do que se estivesse ainda litigando para poder provar a sua inocência. É o que coloca Francesco Carnelutti (1995), referentemente à hipótese de ser o acusado absolvido por insuficiência de provas, ocasião em que a imputação permaneceria, não se teria sequer esta certeza atribuída por uma sentença, ainda que condenatória.

Mas, deve-se, também, registrar, que o “rótulo” de encarcerado jamais é afastado do acusado, que está fadado a permanecer com ele até o resto de seus dias. Então, uma vez suspeito de um delito carregará consigo esta “marca”.

3.1 Os operadores do direito

O direito moderno seria o direito positivado, que vem posto com base em decisões e que só poderiam ser alteradas com base em outras decisões, cuja produção seria regulada por procedimentos de natureza jurídica. Nestes procedimentos, não raras vezes, desconhecer-se-ia a percepção da população em geral sobre o direito. Em sendo o direito fruto de decisão, seria preciso saber em que bases estas decisões são tomadas, ou seja, o quanto os operadores do

estupros, furtos, seqüestros, apostas no jogo do bicho, e outros, que aconteceriam diariamente no país (Rudnicki. 2001).

direito ao decidirem, conhecem e se relacionam com o mundo no qual decidem, e, portanto, com o mundo e/ou mundos que são modificados pelas suas decisões¹⁶.

Neste ínterim, o caráter específico da normatividade jurídica derivaria da positivação do direito, daquele processo de produção do direito que estabilizaria de modo contingente as expectativas normativas. A normatividade do direito conjugaria de modo particular a estabilidade e variabilidade, segurança e incerteza. A normatividade não se referiria à ação como sua motivação, mas ao tratamento da desilusão, assim com a incerteza seria referida à forma de seletividade do direito, valeria dizer, à possibilidade de sua transformação¹⁷.

Os operadores do direito, especialmente o juiz, no momento de decidir devem estar cientes do que acontece à sua volta, sair do seu “Monastério dos Sábios” (Warat, 1995, p. 58), e pisar no chão que pisa o potencial encarcerado. Somente é possível decidir sobre o que se conhece.

O juiz deve analisar, como formidavelmente saliente Francesco Carnelutti (1995), todas as possíveis causas do cometimento do crime. Deve buscar conhecer o passado do infrator da lei penal, investigar quais foram as suas experiências de vida, quais as suas frustrações, quais os seus medos... O leitor já deve estar acreditando que a visão de quem vos escreve é excessivamente romântica ou até mesmo, utópica. Sei que a sociedade moderna, complexa e contingente que é, como já referido, não permite que o juiz se dedique tanto tempo à um caso, mas ao menos haveria ter este, então, uma visão *interdisciplinar do direito*, estando ciente de que o direito está ligado (e é influenciado por) à outros subsistemas que formam a sociedade. Analisando sob o ponto de vista sociológico, cultural, econômico, o fenômeno crime.

Os operadores do direito não podem ficar adstritos aos textos de lei, passando uma falsa noção de certeza quando ao final existe uma decisão

¹⁶ Tais conceitos foram abordados no Grupo de Estudos intitulado de “Direito e Justiça: definições e redefinições a partir de um estudo de caso. Uma investigação teórico-empírica a partir das vivências dos moradores do Bairro Santo Antônio – Lajeado/RS”, ocorrido no período de março a dezembro de 2003, do Curso de Direito, da Univates, coordenado pela professora Sandra Regina Martini Vial.

¹⁷ Anotações feitas no Grupo de Estudos referido anteriormente.

condenatória da qual não caiba mais recurso, colocando-a como representação da “verdade real”. Ora, como bem coloca Francesco Carnelutti (1995), nunca vamos ter certeza de que esta foi a melhor decisão. Acreditar que basta fazer a adequação da lei ao fato, e, posteriormente, analisar as circunstâncias do crime e a conduta social do agente, é pouco, muito pouco! É preciso buscar entender o fenômeno social: investigar de onde surgiu, e tentar modificar o *status quo*.

O jurista teria que ser um *artesão*, e, agora referimo-me a todos os operadores do direito: advogados, promotores, juízes, delegados...

Nas palavras de João Baptista Herkenhoff (2001), o operador do direito deveria ter ouvidos para os clamores de Justiça do povo; ter alma e sensibilidade para ler as leis que o povo pressente como justas e quer escrever; optar por um projeto de mundo fundado na igualdade, que abomine os privilégios e todas as formas de exploração do ser humano; entrar em relação de comunhão com as classes populares, no rito de um sacerdócio ungido na opção pelos deserdados da lei, pelos órfãos do direito; colocar o seu saber a serviço desta causa; desenvolver uma múltipla ação criadora; agir criativamente em busca de novas leis, de novos institutos jurídicos que contemplem os que sempre estiveram à margem dos direitos; agir criativamente, peticionando pelos direitos reconhecidos, buscando novas sendas, atalhos que socorram o grito dos que estão famintos de direito; recusar as cômodas abdições; exercer o papel de co-participante ativo na formação de uma direção política do Estado; explorar as contradições do sistema legal, um veio tão rico para alcançar conquistas populares.

E continua o mesmo autor dizendo:

Abaixo a hipócrita neutralidade de advogados, procuradores, juízes, desembargadores, ministros! Essa neutralidade sempre protegeu escolhas de conservação das estruturas e de manutenção do *status quo*. Sejamos verdadeiros. Façamos opções públicas e honestas. Decidamos por qual mundo lutaremos, que interesses consideramos legítimos e merecedores da tutela de nossas valorações” (Herkenhoff 2001, p. 77).

É preciso que os juristas entendam que devem trabalhar compromissados com a realidade social. Como assevera Herkenhoff (2001), o produto dos juristas

deve estar direcionado para aumentar a justiça social, não para tão somente satisfazer os seus desejos de auto-afirmação intelectual. Ora, uma teoria jurídica responsável e uma classe de operadores jurídicos comprometidas com a sociedade a quem servem não pode dar-se por satisfeitas com a tarefa formal de dizer o Direito que é. É preciso fazer o Direito ser. A atitude dos juristas ante uma Constituição Federal que projeta uma sociedade fraterna e igualitária, que centra a arquitetura social na garantia de direitos destinados a promover a justiça social não pode ser de renúncia ou de resignação; deve ser a de construir instrumentos culturais capazes de intervir positivamente na afirmação do plano constitucional, o que pressupõe uma mudança da concepção política e jurídica da função social.

4 É NECESSÁRIO PUNIR?

Diante de todo o exposto, cabe perguntar se realmente é necessário punir. Ora, se o Sistema Penal tal como está estruturado não oferece e nunca ofereceu condições de acabar com a criminalidade, vale a pena submeter as pessoa a condições tão desumanas tais quais ocorrem atualmente?

O crime já foi concebido como inerente à sociedade, e se o é, por que puni-lo? Uma vez sendo natural e inerente à sociedade pressupõe-se que enquanto houver sociedade haverá crime...

Francesco Carnelutti (1995), com propriedade, descreve os sofrimentos pelos quais passa o encarcerado, as marcas que carregará para resto de sua vida, enfim, elenca as *misérias do processo penal*.

Há que se ponderar que resposta para tal questão é verdadeiramente complexa, envolve uma contextualização tal qual a que deve ser exigida do juiz quando vai decidir se o acusado é ou não culpado: deve-se ter conhecimento de toda a história que envolve o agente.

Qualquer opinião radical, descrente, ou pessimista poderia ser mal interpretada. Acreditamos, contudo, que o Sistema Penal tal qual está posto, com a tipificação dos delitos não podendo sair de hipóteses fechadas, não serve de garantia para proteger a liberdade dos cidadãos, tampouco as penas (que a sociedade reclama devam ser cada vez mais elevadas) servem de prevenção, fazendo com os potenciais infratores sintam-se amedrontados na hora de cometer um delito. Em meio às influências externas que se convertem em experiência internas, pessoas são levadas a cometer crimes, e elas sequer têm conhecimento a que pena vão ser condenadas, ou até o sabem, porque ouviram dizer, mas não lhes causa pavor o seu conhecimento, nem lhes parece “anti-social”. Aqui, interessante, quem sabe, a adoção da teoria da Imputação Objetiva do Direito Penal, fazer com que o direito seja pautado por regras que realmente estejam em vigor na sociedade, e, conseqüentemente, fazer com que a sociedade respeite as regras, pois positivadas e reconhecidas aquelas que ela considera como sendo justas. Mas como não se verificou a aplicabilidade destas razões e como na teoria imaginamos que os fatos ocorrem de determinada forma, mas muitas vezes na hora de pôr em prática ocorrer de forma completamente contrária a verificada na teoria, é arriscado não estabelecer um projeto seguro de efetivação de tal teoria.

É, do mesmo modo, na nossa opinião, precipitado pregar num primeiro momento a abolição do Direito Penal e das penas. Acreditamos que o Direito Penal deve voltar mais o seu intento ao que está pregado na Constituição Federal, ou seja, de garantia dos direitos: garantir àquele que cometeu um crime que possa voltar a se integrar à sociedade. Francesco Carnelutti (1995), quanto à esta questão, diz que as algemas que atam as mãos do homem “criminoso” (da fera) vem a revelar a verdadeira natureza e desventura do homem. Cada um de nós estaria fechado numa jaula que não se vê. Comenta, ainda, que não podemos incorrer no erro de acreditar ingenuamente que atrás das grades estão os maus e fora delas os bons. Justamente porque todos nós, carentes de amor, cada vez mais desprovidos de sentimentos nobres como a solidariedade, a fraternidade, a amizade, a compreensão, estaríamos presos a uma jaula.

Apesar de ser contrária ao formalismo, ainda acredito em lei que, mediante a hermenêutica constitucional, venha a efetivar (colocar em prática) os direitos humanos. Possuímos boas leis, o que falta é aplicá-las e, principalmente, interpretá-las tendo em vista os fatores sociais.

A função de prevenção específica da pena que prega a ressocialização padece de completa ineficácia e, no entanto, temos legislação boa para tentar pô-la em prática. Sem esquecer da violência simbólica (ou seja, que a sociedade, e, especialmente, quem “dita as regras”, acaba por nos moldar), acredito em meios vinculados aos direitos humanos para obter a pretendida ressocialização. Não é mais aceitável que pessoas sofram penalidades contrárias a sua condição inerente de pessoa humana.

CONCLUSÃO

Em derradeiras considerações sobre o tema, neste momento histórico, pautada por influências culturais, sociais, além de experiência e impressões pessoais, acredito que com a eficácia dos preceitos e, principalmente, dos princípios fundadores do Constituição Federal (da cidadania; da dignidade da pessoa humana) é possível não conter o crime, mas tentar fazer com que seja possível estabelecer formas no sentido de obter eventual ressocialização, sem esquecer dos direitos humanos.

Quanto à questão bem colocada por Francesco Carnelutti referentemente à marca que seguirá com ex-encarcerado, acredito que deve ocorrer a conscientização de toda a sociedade, pois o caráter de reeducação pregado pela ressocialização deve ser incorporado não somente pelo encarcerado, mas, fundamentalmente, pela sociedade. Que deve proporcionar a “reintegração” dos que ela “excluiu”. A “reintegração” não deixa de ser a aceitação das normas sociais por parte do condenado, mas também deve propiciar-lhe a compreensão de que todos os serviços e benefícios oferecidos pela sociedade lhe são de direito, uma vez que ele é parte integrante desta, para que seja possível viabilizar o resgate do seu valor como cidadão.

Acredito na força da formação acadêmica, acredito na possibilidade de lutar e ver ao menos um pouco do que foi perseguido e sonhado tornar-se realidade. Acredito que devemos ser utópicos, mas a nossa utopia deve ser entendida como uma força renovadora que busca a efetividade do direito e da justiça. Afinal para se ter a concretização do almejado, antes é preciso sonhar.

Acredito que os novos juristas e operadores do direito se pautados pelo que preceitua a nossa Constituição Federal podem fazer com que as leis sejam aplicadas tendo em vista a realidade social e não representem apenas decisões completamente descontextualizadas, que servem apenas para formar belos discursos proferidos por aqueles que, presos no “Monastério dos Sábios” não conhecem, tampouco querem conhecer a realidade da “fera” à solta, que deve ser imprescindivelmente presa. Esquecendo que todos nós a possuímos e que a prisão (esta do presídios) está reservada apenas a poucas feras, que por vezes são as mais inofensivas.

Tendo a certeza de que a leitura da obra de Francesco Carnelutti me fez mudar, rever e reavaliar concepções e posturas, procuro seguir acreditando na instauração de uma sociedade um pouco mais igualitária e justa, apesar das mazelas e das dificuldades para efetivá-la, pois acredito na luta por algo melhor.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 254 p.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. 322 p.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Rio de Janeiro: Conan, 1995. 83 p.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Teoria e prática do direito alternativo**. Porto Alegre: Síntese, 1998. 201p.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 337 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 813 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: a história da violência nas prisões**. 26. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. 262 p.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. **Espaço urbano e criminalidade: lições da Escola de Chicago**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari e Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 144 p.

HERKENOFF, João Baptista. **Para onde vai o direito?** Reflexões sobre o papel do direito e do jurista. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 168 p.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói, RJ: LUAM, 1993. 180 p.

MOLINA, García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 683 p.

RUDNICKI, Dani. Acesso à justiça penal: cifra oculta da criminalidade e defesa efetiva do acusado. In: **Revista Síntese de Direito penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese. Abr./maio, ano n.º 7, 2001.

SOUTO, Cláudio; Falcão, Joaquim. **Sociologia e Direito**. São Paulo: Pioneira, 1980. 215 p.

_____. SOUTO, Solange. **Sociologia e Direito: uma visão substantiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. 265 p.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra

normas penais inconstitucionais. In **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 2, 2003. p. 279.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1998. 281 p.

_____. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 890 p.

WARAT, Luis Alberto. O monastério dos sábios, o sentido comum teórico dos juristas. In: _____. **Introdução Geral ao Direito II**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. vol. 2, p. 57 e ss.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. 403 p.