

SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 32/2009

ANÁLISE DAS
JUSTICATIVAS PARA
A PRODUÇÃO DE
NORMAS PENAIS



SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 32/2010 – versão publicação

Análise das justificativas para a produção de normas penais
Convocação 01/2009

Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas
DIREITO GV

Equipe

Maíra Rocha Machado
Álvaro Penna Pires
Colette Parent
Fernanda Emy Matsuda
Carolina Cutrupi Ferreira
Yuri Luz

Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL)

Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Edifício Sede – 4º andar, sala 434
CEP: 70064-900 – Brasília – DF
www.mj.gov.br/sal
e-mail: sal@mj.gov.br



Secretaria
de Assuntos Legislativos

Ministério
da Justiça



CARTA DE APRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL

Quatro anos após o lançamento do projeto Pensando o Direito, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) traz a público oito novas pesquisas para que toda a sociedade conheça mais sobre aspectos diretamente ligados às leis e normas vigentes no Brasil. Esta publicação consolida os resultados das pesquisas realizadas pelas instituições selecionadas na Convocação 001/2010 do Projeto Pensando o Direito

A cada lançamento de novas pesquisas, a SAL renova sua aposta no sucesso do projeto Pensando o Direito, lançado em 2007 com o objetivo de qualificar e democratizar o processo de elaboração legislativa. Com essa iniciativa, a SAL inovou sua política legislativa ao abrir espaços para a sociedade participar do processo de discussão e aprimoramento do ordenamento normativo do país. Isso tem sido feito pelo fortalecimento do diálogo, principalmente, com a academia jurídica, a partir da formação de grupos multidisciplinares que desenvolvem pesquisas de escopo empírico, como estas aqui apresentadas.

A inclusão do conhecimento jurídico de ponta na agenda legislativa tem estimulado tanto a academia a produzir e conhecer mais sobre o processo legislativo, quanto qualificado o trabalho da SAL e de seus parceiros. Essa forma de conduzir o debate sobre as leis contribui para o fortalecimento de uma política legislativa democrática e permite levantar argumentos mais fundamentados e convincentes para apresentá-los ao Congresso Nacional, ao governo e à opinião pública.

O Pensado o Direito consolidou, desse modo, um novo modelo de participação social para a Administração Pública. Por essa razão, em abril de 2011, o projeto foi premiado pela 15ª edição do Concurso de Inovação da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP).

No contexto da democratização do processo de elaboração legislativa, os resultados das pesquisas do Pensando o Direito fazem parte de uma série de publicações. A série, que leva o mesmo nome do projeto, é lançada ao final das pesquisas como compromisso de transparência e de disseminação das informações produzidas.

O presente caderno faz parte do conjunto de publicações em versões resumidas que reúnem os volumes 32 a 40 da Série Pensando o Direito. A versão integral de cada uma das 40 pesquisas já realizadas até o momento pode ser acessada no sítio eletrônico da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em www.mj.gov.br/sal.

Brasília, novembro de 2011.

Marivaldo de Castro Pereira

Secretario de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

APRESENTAÇÃO DA PESQUISA

O objetivo desta pesquisa é realizar um estudo sistemático das proposições legislativas em matéria penal que tramitaram na Câmara dos Deputados entre 1987 e 2006. Nosso objeto de análise é composto tanto pelo conteúdo das normas propostas quanto pelas justificativas apresentadas nos projetos de lei e nas propostas de emenda constitucional. Ao focalizar as proposições legislativas, e não a legislação em vigor, o estudo adota uma perspectiva pouco usual: nesta pesquisa, as condições objetivas para a aprovação ou não das leis em matéria criminal cedem espaço para retratos dos jogos de forças e, sobretudo, de idéias que participam da dinâmica do processo legislativo.

Com esta preocupação em mente, o desenvolvimento desta pesquisa colocou a equipe diante de dois grandes desafios.

O primeiro deles foi conceber e estruturar instrumentos metodológicos para coleta e análise dos documentos legislativos que dessem conta da peculiaridade e diversidade do material a ser analisado. Como identificar e tratar os argumentos presentes nas justificativas? Como sistematizar e valorar o conteúdo de propostas versando sobre uma variedade enorme de temas, ainda que todos eles gravitem em torno da matéria criminal? Como produzir informação sistemática sobre as propostas de criação e modificação de crimes, penas, normas processuais e de execução? À elaboração e ao teste dos formulários de coleta – que integram os documentos anexados à versão digital deste relatório – a equipe dedicou boa parte do período destinado a esta pesquisa.

Vencida a etapa de extração e organização dos dados, teve então início o segundo grande desafio desta pesquisa. Trata-se da interpretação dos resultados obtidos e da elaboração teórica a ser realizada a partir deste material empírico. O primeiro passo nesse sentido foi dado em agosto de 2010 [vide nota 1], quando a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, o Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Direito GV e o Laboratório da Cátedra de Pesquisa do Canadá em Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal da Universidade de Ottawa realizaram um colóquio para debater os resultados obtidos e, assim, extrair e discutir as principais implicações da pesquisa. Nesta ocasião, nossa equipe beneficiou-se das formulações teóricas e dos comentários

críticos dos professores Margarida Garcia e Richard Dube (Universidade de Ottawa), Marta Machado, Davi Tangerino, Luciana Boiteux, Luiz Guilherme Mendes de Paiva e Fabiana Costa Oliveira Barreto e, também, dos colegas do Ministério da Justiça que, de diferentes formas e em diferentes etapas da pesquisa, foram fundamentais ao seu desenvolvimento: Carolina Haber, Pedro Abramovay, Maria Gabriela Viana Peixoto e Felipe de Paula. Um agradecimento especial, enfim, aos estudantes e profissionais do direito que participaram conosco do colóquio.

Maíra Rocha Machado

Álvaro Penna Pires

Colette Parent

Fernanda Emy Matsuda

Carolina Cutrupi Ferreira

Yuri Luz

Fundação Getulio Vargas

Escola de Direito de São Paulo

DIREITO GV

SÉRIE PENSANDO O DIREITO

**ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSTÁCULOS À INOVAÇÃO EM MATÉRIA PENAL
NO BRASIL**

Relatório de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/ PNUD, no projeto "Pensando o
Direito", Referência PRODOC BRA 07/004

SÃO PAULO

SETEMBRO DE 2010

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.... 11

2. DESENVOLVIMENTO.... 17

A. Normas penais e suas justificativas: estudo quantitativo....23

(a) Normas de comportamento....25

(b) Normas de sanção....26

(c) Normas de processo....29

(d) Normas de alocação e outras normas....30

B. Valoração global do conteúdo das justificativas....32

(a) Tamanho das Justificativas....32

(b) Menção a referências externas....32

(c) “Gramática” de motivos: teorias da pena e demais argumentos....34

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS....37

A. Três noções-chave e alguns obstáculos à inovação em matéria penal....37

(a) Bem jurídico....38

(a.1) Menção explícita à idéia de bem jurídico....40

(a.2) Menção implícita à idéia de bem jurídico....41

(a.3) A idéia de bem jurídico e o conteúdo do projeto ou proposta....	46
(b) Proporcionalidade....	48
(b.1) Proporcionalidade-escala....	49
(b.2) Proporcionalidade-espelho....	51
(c) Impunidade....	56
B. Síntese dos resultados obtidos....	64

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DOCUMENTAIS....67

1. INTRODUÇÃO

Este relatório apresenta parte dos resultados obtidos no decorrer de pesquisa realizada no âmbito do Projeto Pensando o Direito, na Área Temática “Análise das Justificativas para a Produção das Leis Penais”¹.

Ao escolher esse tema a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça parte de diagnóstico que aponta, entre outros fatores, um número crescente de proposições legislativas caracterizadas pelo recrudescimento da intervenção penal. As propostas relativas ao aumento de pena e à criação de novos tipos penais seriam indicativas desse fenômeno.

O ponto de partida foi, portanto, o reconhecimento da *monotonia da intervenção jurídica* sobre determinados problemas. Para os mais diversos tipos de situações, é possível observar legisladores, membros da sociedade civil e formuladores de políticas públicas propondo a criação de crimes e penas ou a agravamento das penas já existentes. Da “adulteração de combustíveis” ao “recrutamento de crianças para a guerra” – passando pela “revelação de identidade de profissional da inteligência” – as propostas de gestão das mais diferentes situações problemáticas baseiam-se quase exclusivamente no par conceitual que caracteriza o direito penal moderno desde a sua formação, no final do século XVIII: “crime - pena (sobretudo de prisão)”. Esta monotonia pode ser percebida atualmente em inúmeros países ocidentais. No Brasil, a sistematização da legislação penal em vigor permite afirmá-la com elevado grau de precisão².

¹ Registramos nossos agradecimentos a todos os participantes do Colóquio de Direito Criminal realizado em Brasília pelo Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Direito GV, pelo Laboratório da Cátedra de Pesquisa do Canadá em Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal da Universidade de Ottawa e pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, nos dias 22 e 23 de agosto de 2010. Agradecemos também aos participantes do Workshop de Pesquisa realizado em 16 de junho de 2010 na Direito GV e à equipe do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB, que gentilmente apresentaram seus comentários ao relatório em sua versão preliminar. Manifestamos ainda nosso agradecimento ao Professor Ronald Melchers, (Universidade de Ottawa), pelo seu apoio no plano metodológico. Finalmente, gostaríamos de agradecer às entrevistadas que contribuíram imensamente para os estudos de caso realizados nesta pesquisa: Ministra Nilcéa Freire, Maria Amélia Teles, Paulina Duarte e Ana Paula Schweime Gonçalves.

² De acordo com o SISPENAS, dos 1.688 tipos penais que compõem a legislação penal brasileira em vigor atualmente, 97% prevêem sanções prisionais. O SISPENAS constitui um sistema de consulta sobre as normas de comportamento e sanção da legislação criminal em vigor. O software e o banco de dados foram desenvolvidos pelo Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Direito GV com financiamento do PNUD no âmbito do projeto Pensando o Direito (SAL/MJ). Sobre o procedimento de construção do banco, ver Machado, Machado e

Com base neste diagnóstico preliminar do campo, os trabalhos foram orientados pela hipótese inicial de que as proposições legislativas têm alto índice de homogeneidade no que diz respeito a alguns elementos característicos da *racionalidade penal moderna* (PIRES). Nos limites deste relatório, indicaremos, especialmente, dois deles. De um lado, o acoplamento que se opera entre norma de comportamento (crimes) e norma de sanção (penas) e, entre essas, a utilização quase exclusiva da pena de prisão. E, de outro, a mobilização das teorias (modernas) da pena – retribuição, dissuasão e reabilitação carcerária – para fundamentar as alterações propostas à legislação. Para os objetivos desta pesquisa, estes dois aspectos sintetizam grandes obstáculos à inovação em matéria penal³.

Partiu-se, aqui, da idéia de racionalidade penal moderna desenvolvida pelo Professor Alvaro Pires⁴. Nos limites deste relatório de pesquisa, não será possível apresentá-la de modo sistemático⁵. Para nossos propósitos aqui é suficiente dizer que, de acordo com esse conceito, o direito penal moderno encontra-se enclausurado por um sistema de idéias que tornam extremamente difícil a emergência e a estabilização de soluções alternativas. Isto é, é muito difícil que idéias novas apareçam e, quando aparecem, que elas venham para ficar. Este sistema de pensamento representa, portanto, uma forte limitação à criatividade de todos nós, juristas, sociólogos etc., quando nos dedicamos a pensar sobre outras formas de conceber e lidar com a extraordinária diversidade de conflitos e problemas normalmente atribuídos ao direito penal.

De modo muito breve, podemos dizer que este sistema de pensamento é formado pelas teorias modernas da pena, especificamente a retribuição, dissuasão, reabilitação prisional e denúncia. Como se sabe, essas teorias parecem haver se construído em oposição umas às outras, ao menos no que concerne ao modo de justificar a punição. Mas para compreender este sistema de pensamento importa-nos observar o que

Andrade (2009a), especialmente páginas 15 a 17.

³ Diante dos limites deste relatório de pesquisa, não é possível apresentar e discutir o tema da inovação em matéria penal. Limitamo-nos a remeter o leitor ao trabalho de Dube (2008), que desenvolve a questão de maneira altamente sofisticada.

⁴ Para uma aproximação à idéia de racionalidade penal moderna, ver Pires (1998, 1999, 2001, 2002a, 2002b, 2004a, 2004b, 2006, 2007, 2008); Pires e Acosta (1994); Pires e Cauchie (2007); Pires e Garcia, (2007). Especificamente sobre os obstáculos cognitivos que a racionalidade penal moderna impõe à determinação da pena, ver relatório do Projeto Pensando o Direito sobre a questão das Penas Mínimas (Machado, 2009b).

⁵ Para uma bela síntese, em língua portuguesa, da idéia de racionalidade penal moderna, ver Xavier (2010).

conjuntamente construíram, apesar de suas diferenças. Há várias formas de caracterizar esse sistema de pensamento como uma resultante de forças. Esta pesquisa debruça-se sobre uma delas: o acoplamento que se opera entre as normas de comportamento (os crimes) e as normas de sanção (as penas) e, entre estas, a utilização quase exclusiva da pena de prisão⁶. A exclusão das alternativas e a intensa valorização da sanção prisional estão intimamente ligadas a duas outras características da racionalidade penal moderna: uma forma muito particular de definir a punição como “infligir sofrimento” e de definir a atuação do Estado diante de um conjunto de problemas como uma “obrigação de punir” e não uma autorização para fazê-lo em determinadas circunstâncias (XAVIER, 2010).

Na elaboração do desenho da pesquisa buscou-se observar esse fenômeno a partir de um novo prisma. O estudo pretende obter um retrato da atividade legislativa em matéria penal e resgatar as justificativas que são mobilizadas pelos legisladores quando submetem à apreciação pública não apenas suas propostas de alteração legal, mas, sobretudo, suas visões de mundo.

O desenho da pesquisa esteve, por conseguinte, permeado pela convicção de que o conjunto de proposições legislativas corresponde ao registro de uma série de demandas difusas no corpo social, ou seja, atine em alguma medida à cristalização de processos sociais e dos interesses de diversos atores. Além disso, as proposições e as justificativas consolidam o repertório cultivado por aqueles que se incumbem da elaboração de normas penais, permitindo conhecer e problematizar os mais variados conceitos que estruturam as idéias de crime e de pena e, principalmente, de que maneira são mobilizados no trabalho de produção legislativa.

Este relatório de pesquisa vem apresentar o caminho percorrido pela equipe na construção do material empírico, bem como descrever e analisar o conjunto de dados obtidos mediante metodologias de caráter quantitativo e qualitativo⁷.

O estudo das proposições legislativas e das justificativas para a elaboração das normas penais foi realizado com base em uma amostra sorteada a partir do universo

⁶ Para descrições mais amplas e detalhadas das características comuns das teorias da pena que integram a idéia de “racionalidade penal moderna”, ver Dube, (2008) Garcia (2009) e Xavier (2010).

⁷ A versão digital deste relatório vem acompanhada de anexos que não foram incluídos na presente publicação e pode ser encontrada no site do Ministério da Justiça.

de proposições apresentadas no período entre 1987 e 2006⁸. Em relação às justificativas, era interesse da pesquisa identificar os argumentos mais recorrentes, bem como as teorias da pena mobilizadas. As propostas legais, por seu turno, foram estudadas com o intuito de observar a direção das propostas de alteração da legislação penal vigente, especialmente no que diz respeito às normas de comportamento (crimes) e às normas de sanção (penas).

A pesquisa oferece elementos importantes para pensar as dificuldades de inovação na produção de normas penais, especialmente em relação ao apelo rotineiro ao aumento de penas, ao uso reiterado da prisão e à criminalização de comportamentos.

A pesquisa compreendeu também dois estudos de caso elaborados sobre o processo legislativo que resultou na aprovação da lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e da lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). A opção por essas leis justifica-se pela riqueza da discussão suscitada e, sobretudo, pela diversidade de atores que participaram do processo legislativo. Os estudos de caso permitem observar o alto grau de densidade das justificativas e dos debates que emergiram no decorrer da elaboração de ambas as leis, característica incomum entre as demais proposições analisadas no estudo quantitativo. Além disso, ambos os casos permitem a clara visualização da participação do Poder Executivo não apenas no processo de elaboração, mas também de aprovação das leis, seja por meio do veto (Lei de Drogas), ou por meio da incorporação de demandas sociais em um projeto de iniciativa própria (Lei Maria da Penha)⁹.

Além do estudo das justificativas, das proposições legislativas e dos estudos de caso, a pesquisa se voltou ao exame mais minucioso das Propostas de Emenda à Constituição (PECs) que foram identificadas ao longo do levantamento geral das proposições legislativas em matéria penal¹⁰.

8 A metodologia da pesquisa pode ser encontrada no anexo 1 da versão digital deste relatório – Notas metodológicas sobre a produção dos dados. Aqui vale destacar que, embora o levantamento inicial tenha abrangido todas as proposições em matéria criminal até o ano de 2009, optou-se por um recorte no universo, elegendo-se como marco temporal a legislatura já encerrada. Informações mais gerais sobre o material empírico estão reunidas no anexo 2 da versão digital deste relatório – Quadro geral dos dados produzidos.

9 Para reduzir a extensão do relatório, extraímos os estudos de caso da presente versão. A íntegra desses estudos encontra-se nos anexos 3 – Estudo de caso sobre a Lei Maria da Penha e 4 – Estudo de caso sobre a Lei de Drogas da versão digital do presente relatório. De todo modo, os principais resultados obtidos no decorrer dos estudos foram incorporados às Considerações Finais (item III).

10 Os resultados dessa análise encontram-se no anexo 5 – Estudo qualitativo das Propostas de Emenda à Constituição da versão digital deste relatório.

Com o intuito de avançar um pouco mais na compreensão dos obstáculos à inovação em matéria penal, a presente pesquisa discute, a partir dos resultados empíricos obtidos no estudo das proposições legislativas, o papel desempenhado pelas idéias de *impunidade*, *proporcionalidade* e *bem jurídico* nas justificativas para a produção de leis penais no Brasil.

Enfim, a presente pesquisa tem o propósito de oferecer uma reflexão teórica e empírica sobre a produção de normas e a atividade legislativa em matéria penal no Brasil contemporâneo. Desvendar, ainda que parcialmente, a dinâmica de funcionamento do processo de elaboração normativa por meio da reconstituição dos principais argumentos mobilizados nas proposições legais e da qualificação das mudanças propostas no ordenamento brasileiro, aferindo, eventualmente, seus impactos no cenário jurídico-político, é o objetivo geral da pesquisa.

2. DESENVOLVIMENTO

Nesta segunda parte, são apresentados os resultados obtidos a partir do estudo dos Projetos de Lei. Antes, contudo, buscar-se-á explicitar o esquema de observação das normas penais adotado nesta pesquisa.

A elaboração do formulário de análise das normas contidas nos Projetos de Lei e de Emenda Constitucional partiu de tipologia proposta por Pires (2001) no quadro do programa de pesquisa sobre a história social do Código Criminal Canadense entre 1892 e 1954. Desde então, esta tipologia tem sido revista e aprimorada por pesquisadores vinculados ao programa e pelo próprio autor.

No âmbito da presente pesquisa, esta forma de observar e classificar as normas penais pode ser vista como uma ferramenta analítica de fundamental importância. Como se verá adiante, esta tipologia nos convida a observar a estrutura normativa do direito criminal *independentemente da localização* dessas normas nos diferentes diplomas normativos. Em outras palavras, não é a presença da norma no Código Penal ou no Código de Processo Penal que nos dirá sobre o papel desempenhado por aquela norma no conjunto do sistema jurídico. Portanto, a utilização desta tipologia, além de favorecer a percepção do caráter contingente da localização das normas, permite que lancemos um novo olhar sobre as normas penais que integram a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal, por exemplo. Independentemente de onde tenham sido alocadas, essas normas descrevem comportamentos ou estabelecem regras sobre as sanções, sobre o processo, sobre a organização judiciária etc. Além de aprimorar nossa observação sobre a estrutura normativa do direito criminal, esta tipologia pode ser considerada também um mecanismo privilegiado para estudar a atividade legislativa brasileira em matéria penal. E isto se deve à ampla utilização da “legislação especial”, uma técnica de produção normativa que se exime de alocar um dado conjunto de normas nos diplomas com os quais guarda afinidade funcional ou temática.

A Tabela 1 sintetiza as modalidades de “lei de destino” que compõem a nossa amostra de proposições. Como se pode observar, a maioria das proposições não se dirige às codificações, mas, sim, às leis especiais (criadas no próprio projeto ou já existentes).

Tabela 1 – Total de proposições sorteadas: distribuição por lei de destino

Lei de destino	Número de proposições
Código Penal	27
Código Penal e legislação especial	4
Código de Processo Penal	7
Lei de Execução Penal	2
Legislação especial	23
Lei nova ¹¹	37
Total de proposições	100

Fonte: Direito GV.

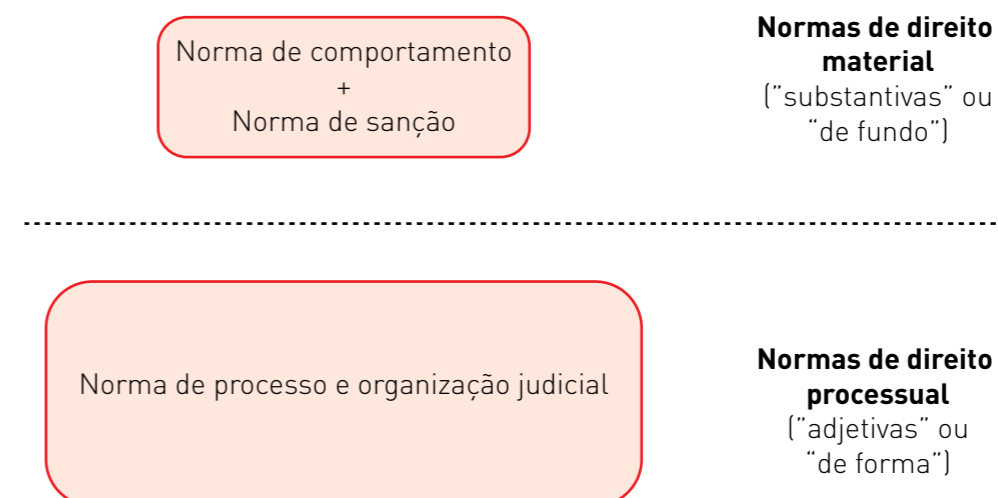
Ao lado desses fatores, a utilização desta tipologia contribui para desnaturalizar “a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal” (PIRES, 2004b, p. 40). De acordo com esta representação, a “norma penal” – ou, de acordo com certa tradição jurídica, o “tipo penal” – caracteriza-se pela justaposição entre uma norma de comportamento e uma norma de sanção. A descrição da “norma penal” como um amálgama entre estes dois tipos distintos de normas favorece um conjunto de idéias que pretende apresentá-las como se fossem indissociáveis, do seguinte modo: “a uma norma de comportamento corresponde sempre e necessariamente uma norma de sanção”.

Adotando-se esta estrutura, favorece-se a completa desconsideração de outras conseqüências jurídicas igualmente possíveis como a reparação do dano, a conciliação e até mesmo o perdão da vítima. Em outras palavras, reforça-se a obrigação de punir no sentido estrito do termo. Este ponto será retomado mais adiante no debate sobre os obstáculos à inovação em matéria penal. É suficiente dizer, por ora, que a naturalização desta estrutura normativa justaposta (norma penal = norma de comportamento + norma de sanção) constitui um dos efeitos desta “maneira de pensar o sistema penal” denominada por Pires *racionalidade penal moderna* (2004b, p. 41)¹².

¹¹ Para os fins desta pesquisa, convencionou-se chamar “lei nova” toda lei a ser virtualmente criada a partir da proposição legislativa.

¹² É interessante notar que esta estrutura normativa justaposta também é reproduzida fora do campo especificamente penal. Apenas a título de ilustração, os exemplos formulados por um teórico no âmbito da teoria do direito para caracterizar as “normas fechadas” e distingui-las das “normas abertas”: “normas abertas contêm termos vagos e propositalmente imprecisos (v.g. “boa-fé”); normas fechadas procuram descrever fatos ou situações jurídicas que se verificam na realidade (v.g. “Matar alguém. Pena de x a y anos” [...] com a maior precisão possível” (RODRIGUEZ, 2009, p. 136).

Figura 1 – Estrutura normativa naturalizada



É possível dizer também que esta pretensa “unidade normativa” entre as normas que definem crimes e as que estipulam penas, de certa forma, favorece uma tendência a separar as normas em dois grandes grupos: as normas substantivas (ou de fundo) e as normas processuais (ou de forma). Ainda que não seja possível desenvolver esta questão aqui, é importante para os propósitos desta pesquisa registrar que esta forma de separar as normas introduz um elemento de hierarquização entre os dois grupos. De acordo com essa perspectiva, apenas as normas substantivas dirigem-se aos cidadãos, criam direitos e obrigações e expressam a forma pela qual o legislador regulamenta um problema específico. As normas processuais, diferentemente, dirigem-se às autoridades e dizem respeito às “formalidades” do procedimento. Como aponta Garcia (2002, p. 18), “esta tendência a separar as normas de acordo com seus destinatários explica-se provavelmente pelo fato de que as normas que criam crimes e estipulam penas são vistas como desempenhando um papel fundamental no controle dos comportamentos, enquanto as normas de processo são vistas – não sem razão – como sendo particularmente importantes para as autoridades que aplicam a lei”.

Enfim, esta forma de conceber a separação entre normas substantivas e processuais tende a apresentar estas últimas como regras “neutras” e, conseqüentemente, a minimizar o papel que desempenham na “construção do conflito” (GARCIA, 2002, p. 18) submetido ao juiz penal.

A tipologia adotada nesta pesquisa apresenta-se de modo completamente diferente. O ponto de partida da estrutura normativa do direito criminal proposta aqui é a distinção de Hart (1961) entre dois níveis de normas¹³.

No primeiro nível, estão as normas que podem ser observadas como independentes de outras ou como *inteligíveis por elas mesmas* sem referências a outras normas (HART, 1961, p. 105). Este primeiro nível corresponde às normas de comportamento que podem ser lingüisticamente formuladas de várias maneiras, como, por exemplo, a norma prevista no PL-6930/2006, que compôs a amostra:

Art. 10. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, praticar:

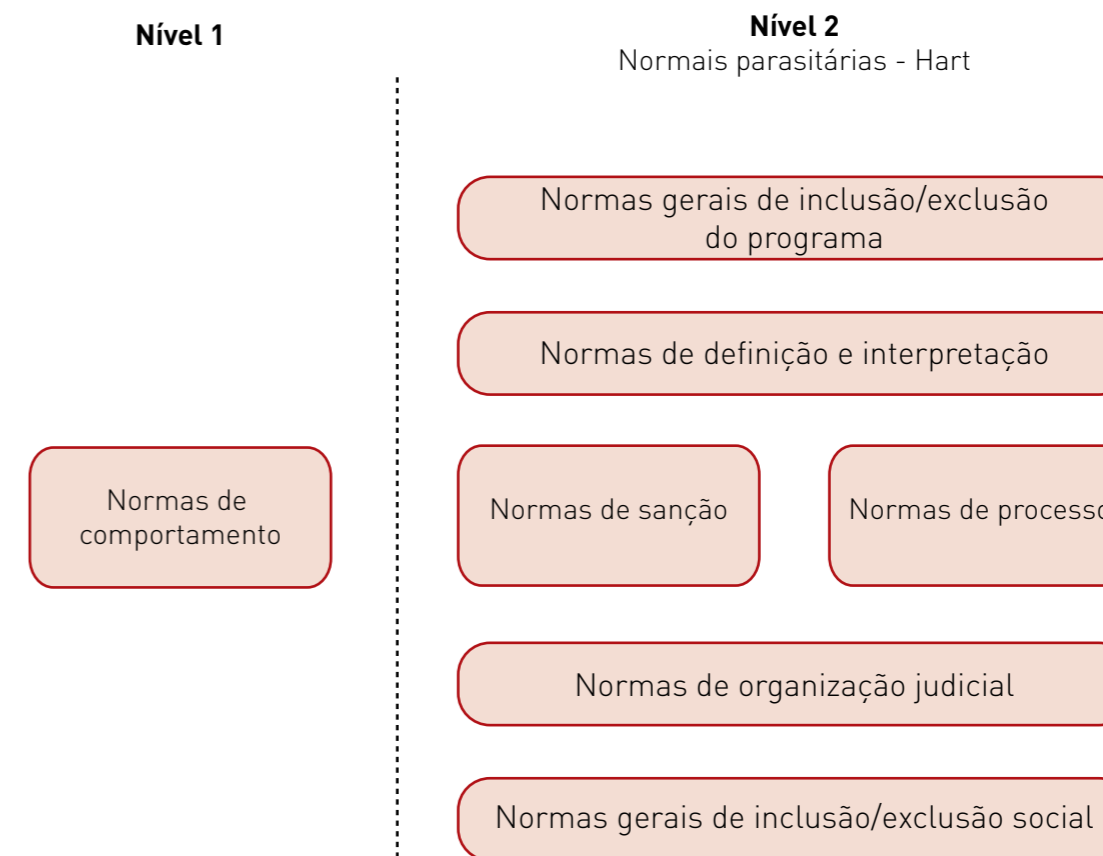
- a) homicídio de membros do grupo;
- b) ofensa à integridade física grave de membros do grupo;
- c) sujeição do grupo a condições de existência ou a tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, suscetíveis de virem a provocar a sua destruição, total ou parcial;
- d) transferência forçada de crianças;
- e) imposição de medidas destinadas a impedir a procriação ou os nascimentos no grupo.

As normas do segundo nível, ao contrário, dizem respeito às normas que são *relativas a outras normas* ou que são *estritamente dependentes* de outras normas para serem compreendidas (HART, 1961, p. 105). As normas de segundo nível coincidem, portanto, com as normas de sanção e de processo, entre várias outras apresentadas a seguir.

Como diz Hart, as normas do primeiro nível “dizem respeito às ações que os indivíduos devem ou não devem fazer” (grifo nosso). Por sua vez, as normas do segundo nível referem-se sempre “às próprias regras primárias [normas do primeiro nível]” (1961, p. 119; 1986, p. 104). E por essa razão são designadas por Hart como “normas parasitárias” em relação às normas situadas no primeiro nível. Em suma, as normas do segundo nível “dizem *quem, quando e como fazer* quando as normas do primeiro nível não são respeitadas” (GARCIA, 2002, p. 19).

¹³ Para uma breve reconstrução sobre as modificações terminológicas desta distinção desde a formulação inicial de Hart (1961 e 1986) ver Machado (2009b). Este relatório utiliza livremente as passagens elaboradas sobre esta questão no relatório de pesquisa citado.

Figura 2 – Uma nova estrutura normativa



Nesta perspectiva, *as normas de sanção* dizem respeito a todas as normas que regulam o “processo sancionatório”. Com esta expressão, faz-se referência à seqüência de acontecimentos que se inicia com a indicação de uma pena na sentença condenatória e se conclui com a extinção da pena e de todos os seus efeitos. As normas de sanção podem, portanto, estar dirigidas tanto à decisão inicial sobre a sanção aplicável a uma situação concreta (sentença condenatória) como às sucessivas decisões que são tomadas pelo juiz ou outra autoridade ao longo do período de cumprimento da sanção.

De acordo com esta definição, as normas de sanção expressam (i) qualidade (prisão, multa, prestação de serviços à comunidade etc.), (ii) quantidade (tempo ou valor) e (iii) formas de cumprimento (regimes prisionais, modalidades de pagamento das sanções pecuniárias, formas de execução da pena de morte etc.). Isto é, as normas de sanção fornecem informações sobre *qual, quanto e como* será a pena.

Além disso, são também *normas de sanção* as normas que indicam (iv) as condições que permitem modificar a pena prevista junto à norma de comportamento (como a

substituição da privação de liberdade por outra pena)¹⁴ ou a pena inicialmente pronunciada na sentença (comutação); e (v) as situações nas quais uma pena poderá deixar de ser pronunciada pelo juiz (perdão judicial, prescrição etc.).

As *normas de processo* estabelecem os mecanismos que permitem equacionar, conduzir e decidir sobre um conflito que possa ser objeto de intervenção penal. Além disso, essas normas “estabelecem a conduta dos atores (promotores, juízes, polícia, acusados, vítimas etc.) no quadro do próprio litígio. Ao mesmo tempo, elas traçam os direitos, os poderes e os deveres” desses atores (GARCIA, 2002, p. 22). Dessa forma, as normas de processo “desenham as fronteiras entre os poderes discricionários atribuídos aos representantes do Estado”, de um lado, e as chamadas “garantias jurídicas” de outro¹⁵.

Além das três categorias de normas que compõem o banco de dados desta pesquisa – comportamento, sanção e processo – uma boa descrição da estrutura normativa do direito criminal compreende várias outras categorias de normas, todas elas normas do segundo nível. Ao lado das *normas de organização judiciária e das normas de conexão e articulação* entre dois ou mais procedimentos legais, ambas fortemente vinculadas às *normas de processo*, a figura 2 apresenta três outras categorias de normas.

As *normas gerais de enquadramento no programa (penal)* dizem respeito às normas que estabelecem as condições gerais para que um determinado conflito possa ser assumido pelo direito criminal. Nesta categoria estão as normas sobre o limite de idade e demais condições psíquicas para figurar na posição de autor (imputabilidade penal), o princípio da territorialidade e da legalidade, entre várias outras.

As *normas de definição, interpretação ou esclarecimento* se limitam a aportar esclarecimentos às demais normas. Em várias situações, essas normas apresentam uma definição específica para o direito criminal de um conceito jurídico ou não jurídico qualquer.

As *normas de exclusão/inclusão social* estabelecem efeitos da intervenção penal que extrapolam a própria sanção e invadem outras esferas sociais do indivíduo. Esta categoria

14 Um exemplo pode ser encontrado no PL-1719/1999, que trata do crime de descumprimento de decisão judicial transitada em julgado. A pena prevista para o crime é de reclusão de seis meses a dois anos, podendo ser substituída pela inabilitação para o desempenho do cargo ou da função pública de cinco a dez anos na hipótese de ser o agente funcionário público.

15 Sobre o caráter procedimental de grande parte das “garantias jurídicas”, ver Pires (2004a).

abrange, por exemplo, as normas que restringem o direito ao voto e que impedem o exercício de determinadas atividades profissionais após o cumprimento integral da sentença.

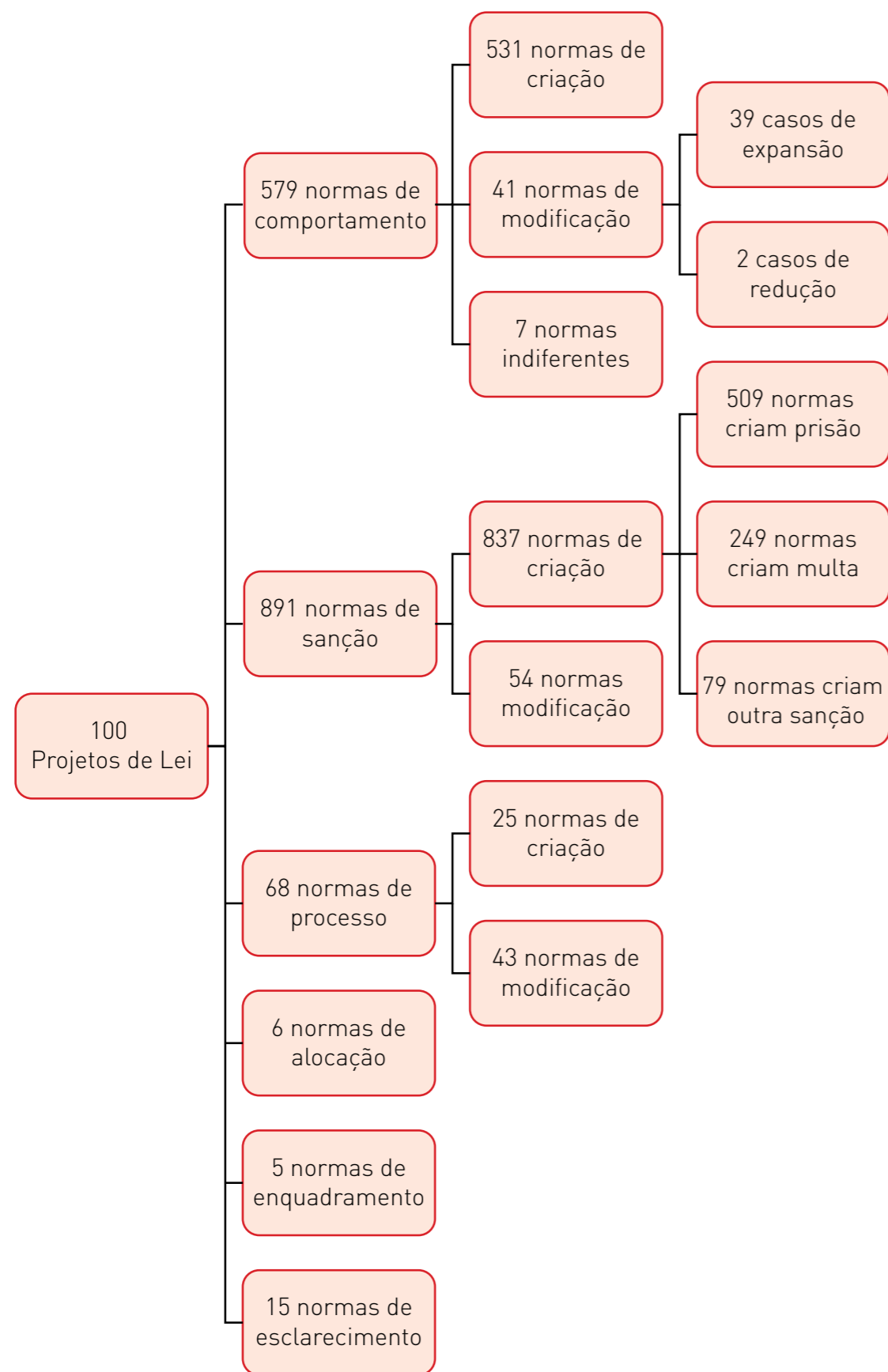
Por fim, é importante registrar que algumas normas de segundo nível podem ser descritas como híbridas ou bivalentes. Na próxima seção, será possível visualizar as possibilidades de hibridação encontradas nesta pesquisa, sobretudo entre as normas de sanção e de processo. Será possível visualizar também um tipo de norma que, até o momento, parece escapar à tipologia que se acaba de apresentar. Estas normas serão provisoriamente denominadas *normas de alocação*. Como se trata de um *modelo descritivo* da estrutura normativa do direito criminal, as categorias que o integram servem justamente para serem testadas no decorrer de pesquisas empíricas. E serão, conseqüentemente, ajustadas ou modificadas em face da “descoberta” de uma norma que não pode ser descrita de maneira satisfatória com a tipologia que se dispunha até então¹⁶.

A. NORMAS PENAIS E SUAS JUSTIFICATIVAS: ESTUDO QUANTITATIVO

O objetivo desta seção é apresentar os resultados quantitativos obtidos no estudo dos 100 Projetos de Lei que compõem a amostra. Na primeira parte, apresentaremos os dados relativos aos diferentes tipos de normas que compõem a estrutura normativa do direito criminal. E, em seguida, abordaremos as diversas justificativas veiculadas nos Projetos de Lei, organizando-as em três grupos, a saber: valorização global, referências externas e gramática de motivos.

Figura 3 – Quadro geral das normas

16 Essa interação constante entre o material empírico e os ajustes no arcabouço teórico está documentada nas sucessivas versões deste modelo descritivo nos trabalhos de Garcia (2002) e Pires (2006).



Considerando o modelo de análise anteriormente descrito, a pesquisa alcançou, a partir de 100 Projetos de Lei, 1.564 normas, distribuídas entre as diferentes categorias.

(a) Normas de comportamento

Dentre as 579 normas de comportamento, foram identificadas 531 que correspondiam à criação de norma de comportamento e 41, à modificação de norma de comportamento já existente. Em se tratando de modificação, 39 diziam respeito à expansão e duas, à redução. Sete normas foram classificadas como indiferentes, isto é, não apresentavam nenhuma alteração substancial em relação a uma norma já presente no ordenamento (mudança de estilo ou acréscimo de sinônimos).

É importante registrar que não encontramos uma única norma direcionada à descriminalização de comportamentos, isto é, à extinção de norma de comportamento existente no ordenamento.

Tabela 2 – Normas de comportamento: distribuição por lei de destino

Lei de destino	Normas de comportamento	
	Criação	Extinção
Código Penal	32	0
Legislação especial	121	0
Lei nova	378	0
Total	531	0

Fonte: Direito GV.

Tabela 3 – Modificação de normas de comportamento: distribuição por lei de destino

Lei de destino	Modificação de normas de comportamento	
	Expansão	Redução
Código Penal	20	0
Legislação especial	19	2
Lei nova	-	0
Total	39	2

Fonte: Direito GV.

Para os propósitos da pesquisa entendeu-se por *criação* de norma de comportamento o fenômeno em que o legislador propunha a inserção de uma nova norma de comportamento, não existente no sistema legal. O PL-1336/2003 traz um exemplo de criação de norma de comportamento ao propor a inserção no ordenamento então vigente do crime de adulteração de combustíveis. O PL-3180/2004 também o faz, ao propor a criação do crime de obstrução. Já a *modificação* de norma de comportamento pressupõe a existência de regulação de uma determinada conduta cuja expansão ou redução é objeto da proposição legislativa. Assim, a modificação tinha como parâmetro o texto original da lei a ser alterada pelo Projeto de Lei, tomando-se o cuidado de ter como referência o texto legal em vigor no momento da proposição.

Um exemplo de redução de norma de comportamento está presente no PL-430/1995, que pretendia modificar a lei 5.197/1967, que dispõe sobre a proteção à fauna:

Lei 5.197/1967

Art. 3º. É proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha.

PL-430/1995

Art. 3º. É proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre brasileira e de quaisquer produtos resultantes da caça.

Um exemplo de expansão de norma de comportamento existente pode ser verificado no PL-6530/2006, que propunha a alteração do artigo 151 do Código Penal:

Código Penal

Art. 151. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem.

PL-6530/2006

Art. 151. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência real ou eletrônica fechada, dirigida a outrem.

(b) Normas de sanção

As normas de sanção totalizaram 891, sendo a grande maioria (837) referente à criação e o restante (54), à modificação. Entre as normas de criação de sanção, a pena de prisão foi a mais comumente identificada, de acordo com a seguinte distribuição: 199 na forma de detenção, 309 na forma de reclusão e um caso de “prisão celular”. Das 249 normas que criam sanção na forma de multa, em 139 casos a relação entre essa pena e as demais previstas era alternativa, em 103 casos, cumulativa e em outros sete, autônoma. Também se registrou, em número menor, um conjunto de normas que criam sanção

em forma diversa da prisão e da multa: 56 dizem respeito à perda do cargo, função ou emprego ou inabilitação para exercício de função, 12 à suspensão do funcionamento ou interdição do estabelecimento, seis à perda da função pública e duas à perda de registro de candidato, duas à perda do diploma de eleito, uma à apreensão da publicação ou interdição da página na *internet*.

Entre as normas de sanção estão incluídas também aquelas que dizem respeito à gestão da pena, como a obrigatoriedade do cumprimento da pena em determinado regime, a concessão de benefícios ao longo do cumprimento da pena e a colocação em regime diferenciado. O formato apresentado por essa modalidade de norma de sanção é peculiar, não se enquadrando nos demais (tipo de base, tipo derivado qualificador, tipo derivado privilegiador, tipo derivado com causa de aumento e tipo derivado com causa de diminuição). Por essa razão, o formato específico das normas de sanção que tratam da gestão da pena recebeu a classificação *outro* na Tabela 5.

Tabela 4 – Normas de sanção: distribuição por lei de destino

Lei de destino	Total de normas de sanção	
	Criação	Modificação
Código Penal	62	25
Lei de Execuções Penais	0	2
Legislação especial	222	27
Lei nova	553	0
Total	837	54

Fonte: Direito GV.

Tabela 5 – Normas de sanção: distribuição por formato da norma

Formato da norma	Total de normas de sanção	
	Criação	Modificação
Tipo de base	515	44
Tipo derivado qualificador	6	3
Tipo derivado privilegiador	0	0
Tipo derivado com causa de aumento	302	1
Tipo derivado com causa de diminuição	1	0
Outro	13	6
Total	837	54

Fonte: Direito GV.

Tabela 6 – Criação de normas de sanção: distribuição por quantidade de aumento

Quantidade de aumento		Total de unidades “tipo derivado com casa de aumento”
Aumento fixo	Pena em dobro	3
	2/3	48
	1/2	46
	1/3	118
Aumento em faixa	De 1/3 a 2/3	25
	De 1/3 a 1/2	58
	Até 1/3	1
	De 1/6 a 1/2	2
Não informa	1	1
Total		302

Fonte: Direito GV.

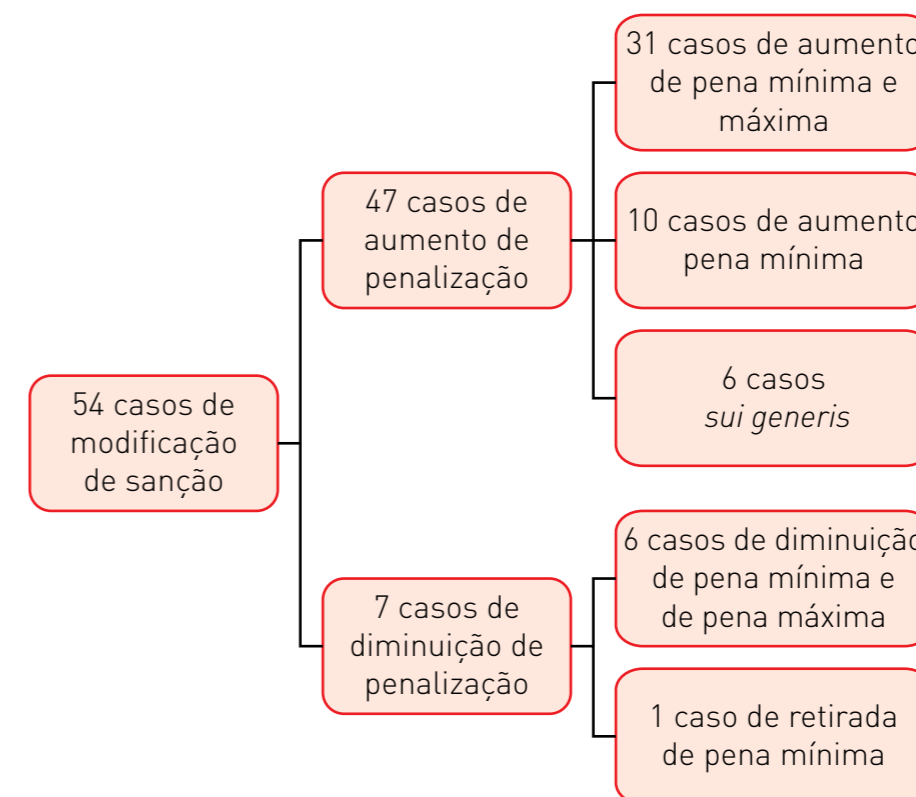
Os dados a respeito das quantidades de aumento previstas revelam uma tendência do legislador em lançar mão de um aumento fixo (215 casos) a partir da pena aplicada, em detrimento da utilização de faixas que permitem maior margem de atuação do juiz que se encontra diante do caso concreto (86 casos).

Dentre todas as normas de sanção analisadas, somente quatro não previam pena mínima de prisão. A primeira está contida no PL-3790/1989, que prevê no artigo 3º que “é dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão do tráfico ilícito ou do uso indevido de entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica, sob pena de prisão celular por *até dois anos*”. A segunda está disposta no PL-1921/1989, que trata do descumprimento das condições de elegibilidade, crime este punível com “pena de reclusão *até 5 anos* e pagamento de 3 a 10 dias-multa”. A terceira e a quarta normas de sanção sem pena mínima são previstas pelo PL-1983/1991, que altera dispositivos do Código Eleitoral¹⁷, consignando pena de “detenção de *até um ano* ou pagamento de 60 a 120 dias-multa” para aquele que divulgar informação inverídica sobre partido ou candidato e pena de “detenção *até seis meses* e cassação do registro de candidato” para aquele que favorece candidato em pesquisa eleitoral.

17 Vale lembrar que o Código Eleitoral (Lei 4.737/65) tem pena mínima genérica: “Art. 284. Sempre que este Código não indicar o grau mínimo, entende-se que será ele de quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão”.

Em relação à modificação das normas de sanção, a figura a seguir sintetiza as mudanças registradas a partir do exame dos casos que compuseram a amostra.

Figura 4 – Quadro sobre modificação das normas de sanção¹⁸



(c) Normas de processo

As 68 normas de processo identificadas tratavam tanto da criação (25) quanto da modificação (43) de regras processuais. O tratamento dado pelo estudo a essa espécie de norma foi diverso daquele dispensado às demais, porque enquanto as normas de comportamento e de sanção representam unidades de análise que foram extraídas de um enunciado legal mais amplo, as normas de processo não passaram por essa “dissecação”, ou seja, foram consideradas tais como foram apresentadas no Projeto de Lei examinado. Embora não fosse a intenção quando se optou por essa metodologia de trabalho, ela possibilitou testar a consistência do banco de dados construído para o estudo,

18 Os casos *sui generis* dizem respeito a dois casos de supressão de causa de extinção da punibilidade e quatro casos de recrudescimento na fase de gestão da pena.

para confirmar que o estudo abrangia efetivamente todas as proposições concernentes à matéria processual penal no período delimitado¹⁹.

Tabela 7 – Normas de processo: distribuição por espécie e lei de destino

Lei de destino	Total de normas de processo	
	Criação	Modificação
Código de Processo Penal	5	20
Código Penal	1	5
Legislação especial	5	16
Lei nova	14	2
Total	25	43

Fonte: Direito GV.

(d) Normas de alocação e outras normas

As seis normas de alocação que foram observadas pela pesquisa dizem respeito ao programa estabelecido pela lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), ou seja, foram criadas para rotular de hediondas determinadas condutas e, assim, fazer incidir o tratamento específico que a lei propugna aos crimes assim tachados.

Outras 15 normas pretendiam esclarecer ou impor uma interpretação a determinados fatos. São exemplos desse fenômeno:

PL-4475/1989:

Art. 467. [...]

Parágrafo único. A retenção de salários pelo empregador é punida como apropriação indébita na forma do inciso III, do art. 186 do Código Penal [...].

PL-2274/1999:

¹⁹ Logo após a extração dos resultados e a identificação do número bastante reduzido de normas processuais em nossa amostra, buscou-se confirmar que nosso procedimento de busca pela palavra-chave “crime” contemplava também as proposições legislativas que tratavam exclusiva ou majoritariamente de questões processuais. Para realizar esta verificação, utilizamos uma lista de Projetos de Lei sobre medidas assecuratórias, uma temática processual por excelência, preparada pela equipe do Projeto Pensando o Direito que se dedicou ao tema (AMARAL, 2010). Todos os Projetos de Lei relacionados às medidas assecuratórias em matéria criminal integravam o grupo de 2.088 proposições de onde extraímos a amostra estudada na presente pesquisa.

Art. 2º [...]

Parágrafo único. Desde que não caracterizada conduta prevista nos incisos dos arts. 1º e 2º desta lei, o não pagamento, no prazo legal, da obrigação tributária própria do contribuinte, devidamente escriturada ou declarada, não constitui, por si só, crime contra a ordem tributária.

Outro exemplo é o contido no PL-149/1995, que dispõe sobre doações e presentes recebidos por servidores públicos e destaca que “para os fins desta lei, consideram-se doações os serviços profissionais ou obras executadas gratuitamente”.

As demais normas (5) tratavam da questão do enquadramento no programa penal (ver figura 3 supra). A norma do PL-784/1988 é bastante ilustrativa no que tange à inclusão:

Art. 1º. Os maiores de 16 (dezesesseis) anos de idade são responsáveis penalmente pelos crimes de assalto, estupro, homicídio e roubo.

Em relação à exclusão, tem-se o seguinte exemplo, que consta do PL-2462/1991:

Art. 7º [...] Parágrafo único. A pena deixará de ser aplicada quando os armamentos ou material bélico forem voluntariamente entregues ou postos à disposição da autoridade.

As normas de esclarecimento identificadas na amostra (15) são aquelas que não criam nova norma de comportamento, mas apenas buscam orientar o juiz na interpretação de determinado fato ou conduta. Exemplos dessa espécie de norma estão contidos no PL985/1988, que afirma ser crime de apropriação indébita a retenção de negativos por fotógrafos profissionais, e no PL-6387/2005, que afirma ser crime de denúncia caluniosa a representação falsa por ato de improbidade administrativa.

B. VALORAÇÃO GLOBAL DO CONTEÚDO DAS JUSTIFICATIVAS

Como indicado anteriormente, o conjunto de justificativas previstas no formulário de coleta de dados pode ser organizado em três grandes grupos. No decorrer dessa seção, apresentam-se os resultados quantitativos obtidos no tocante (i) ao tamanho das Justificativas; (ii) à referência a elementos externos, como convenções internacionais e decisão judiciais e, enfim (iii) à “gramática de motivos” para punir (GARCIA, 2009). Com esta expressão, refere-se tanto às teorias da pena quanto aos demais argumentos identificados como recorrentes no campo da justificação de produção de normas penais.

(a) Tamanho das Justificativas

Tendo em vista a heterogeneidade e a aridez do material analisado, considerou-se relevante explicitar o tamanho do texto da Justificativa dedicado a uma valoração sobre sua densidade e consistência. Como se vê na Tabela 8, a maioria das Justificativas analisadas aqui (69%) tem menos de uma página.

Tabela 8 - Tamanho da justificativa **Total de proposições**

Até meia página	38
Entre meia e uma página	31
Entre uma e duas páginas	18
Mais de duas páginas	13

Fonte: Direito GV.

(b) Menção a referências externas

Tabela 9 - Referências externas **Sim** **Não**

Episódio concreto	15	85
Dados empíricos	12	88
Decisão judicial ou jurisprudência	11	89
Cenário internacional	20	80
Total	100	

Fonte: Direito GV.

Em relação aos episódios concretos mencionados, vale destacar sua diversidade, que reflete a própria variedade de temas tratados pelas proposições legislativas. Tem-se, por exemplo, a menção a uma fraude cometida por vestibulandos da Universidade Federal do Piauí (PL-3032/2004), aos resultados do referendo do desarmamento (PL-6107/2005) e a episódios de grande repercussão, como o massacre de presos do Carandiru, a chacina da Candelária e a morte de trabalhadores sem-terra em Eldorado dos Carajás (PL-6491/2006).

Em alguns casos identificou-se a utilização de dados empíricos para fortalecer a defesa da mudança proposta. Nesses casos, buscou-se, quando possível, conhecer a fonte dos dados mencionados, que foi bastante variada: trabalhos da CPI da pirataria (PL-2279/2003), estudos publicados pela UNESCO (PL-857/2003 e PL-3191/2004), informações divulgadas pelo Ministério da Saúde (PL-1290/1999).

As decisões judiciais também foram lembradas para subsidiar as propostas de alteração legal, fato que pode auxiliar no esclarecimento da questão da divisão de tarefas entre o legislador e o juiz (ver discussão a seguir). Interessante é o exemplo do PL-7013/2006, que submete à apreciação mudança na regra para a prisão em flagrante, sustentando sua desnecessidade em casos de conduta de pequeno potencial ofensivo. Para proporcionar a real dimensão do problema, o deputado federal Fernando Coruja (PPS/SC) expõe o que sucedeu com uma empregada doméstica de 18 anos que ficou pelo menos quatro meses presa provisoriamente pelo furto de um pote de margarina e que teve por quatro vezes negado o pedido de *habeas corpus*. Outro exemplo está contido no PL-1230/1999, proposto por Luiz Antonio Fleury (PTB/SP), que justifica sua proposta de ampliação de prazo para procedimento judicial relativo ao crime de tráfico de drogas pela adequação da previsão legal a uma situação já sedimentada pela jurisprudência.

As alusões ao cenário internacional foram observadas por intermédio de expressões como “o projeto [...] serviu-se dos subsídios da legislação estrangeira mais avançada” (PL-5332/2001, sobre interceptação e sigilo telefônicos) e “o que mais difere a justiça criminal no Brasil da dos demais países, especialmente os países mais avançados, é que aqui o juiz e o promotor, no geral, ficam distantes da investigação” (PL-6238/2002, sobre a criação dos juizados de instrução criminal).

Além da referência a legislações de outros países, verificou-se a adesão a protocolos internacionais (PL-1206/2003, que trata dos crimes contra a propriedade industrial): “[...] a imagem do País resta seriamente comprometida no mercado internacional, vindo a sofrer diversas censuras e sanções até mesmo pela OMC – Organização Mundial do Comércio. Com este quadro, o Brasil é enfraquecido para postular frente aos organismos internacionais a defesa de seus direitos e interesses [...]”.

Também foi notado o recurso, ainda que infreqüente, a obras específicas sobre os temas abordados – como, por exemplo, o PL-4557/1994, sobre narcotráfico – e à doutrina jurídica – como o PL-5058/2005, sobre aborto, eutanásia e interrupção involuntária da gravidez.

Enfim, o estudo das Justificativas permitiu que essa pesquisa identificasse três componentes em uma argumentação que pretende, como o próprio nome indica, *justificar* a produção de leis penais. Trata-se (i) da situação-problema sobre a qual versa a proposição legislativa, (ii) das eventuais fontes jurídicas ou experiências legislativas que inspiraram a proposição e, enfim, (iii) a adequação da intervenção jurídico-penal para solucionar ou tratar o problema. O grau de explicitação de cada um desses componentes variou imensamente no conjunto de documentos analisado. Em relação ao primeiro ponto, foi possível identificar na pesquisa algumas situações nas quais se buscou explicitar os efeitos e implicações do comportamento criminalizado. No tocante ao segundo ponto, as proposições analisadas indicaram resoluções internacionais, legislações estrangeiras, decisões judiciais e, até mesmo, a “imagem do país” em fóruns internacionais. Em relação ao terceiro ponto, encontramos algumas raras Justificativas que buscavam indicar a inadequação da esfera civil ou administrativa para lidar com o problema e todo o restante constitui reprodução ou reelaboração das teorias (modernas) da pena, como se verá na próxima seção.

(c) “Gramática de motivos”: teorias da pena e demais argumentos

O emprego no nível discursivo das teorias da pena também foi objeto de análise. Assim, a pesquisa procurou reconhecer as referências às teorias da pena, atentando especificamente à veiculação das seguintes “idéias” sobre a punição: “pagar o mal pelo mal”, “fazer sofrer”, punição como “preço” e “tarifa” etc. (*retribuição*); punição como “exemplo”, “forma de intimidação”, “prevenção” etc. (*dissuasão*); “educação”,

“tratamento”, “reforma”, “reinserção”, “ressocialização” etc. (*reabilitação dentro ou fora do cárcere, conforme a implicação da instituição prisional*), “isolamento”, “afastamento”, “retirada da sociedade” etc. (*neutralização*) e, por fim, “prevenção geral positiva”, “reforço dos valores da sociedade”, “comunicar o valor da norma” etc. (*denúnciação*).

Tabela 10 – Total de justificativas: distribuição por teorias da pena

Teorias da pena	Total de proposições	
Sim	Retribuição	10
	Dissuasão	14
	Reabilitação dentro do cárcere	3
	Reabilitação fora do cárcere	0
	Neutralização	0
	Denúnciação	2
	Retribuição e dissuasão	2
	Dissuasão e denúnciação	4
	Não	65
Total	100	

Como se pode observar na Tabela 10, foi possível identificar em 35 Justificativas essas idéias sobre punição explicitamente veiculadas pelas teorias da pena. Entre elas, as idéias relacionadas à dissuasão foram de longe as mais freqüentes, encontradas de forma isolada em 14 Justificativas e em outras seis de forma combinada com a retribuição e a denúnciação.

Importante notar também que a teoria da reabilitação aparece muito timidamente e somente vinculada à instituição prisional.

Ao lado das idéias sobre punição estreitamente vinculadas a teorias da pena específicas, a pesquisa buscou identificar o recurso a outros argumentos²⁰.

Ao observarmos o conjunto de argumentos encontrados nas Justificativas, é possível perceber

²⁰ Para maiores detalhes sobre o conteúdo de cada um dos argumentos indicados no formulário de pesquisa e a freqüência com que foram encontrados, de forma explícita ou implícita, nas Justificativas analisadas aqui, ver Anexo 2 – Quadro geral dos dados produzidos – da versão digital deste relatório.

que o argumento “impunidade” aparece de modo explícito com maior frequência, em 14 casos, seguido da menção à “vítima”, que aparece em 11 situações. Os argumentos relacionados à “insegurança” social, à “periculosidade” dos acusados e à repercussão social ou midiática do problema vêm logo em seguida, presentes em quatro, três e duas Justificativas respectivamente.

Como veremos nas considerações finais deste relatório, o argumento relacionado ao “bem jurídico” aparece com frequência, mas de forma implícita. Isto é, são raros os casos (somente três) em que encontramos o emprego da expressão “bem jurídico”. O mais comum (40 casos) é encontrarmos menção a um algum objeto específico de proteção penal. Um fenômeno semelhante foi identificado com o argumento da proporcionalidade que foi identificado tão somente de modo implícito em 19 das Justificativas analisadas.

Os argumentos relativos a impunidade, proporcionalidade e bem jurídico serão discutidos em detalhe na terceira e última parte deste relatório.

Ao longo da coleta de dados, percebeu-se a recorrência do argumento *adequação à Constituição Federal*, que não havia sido previsto pelo instrumento de pesquisa previamente concebido. Após uma leitura global dos PLs constatou-se que em 25 casos, dentre os 100 estudados, esse argumento apareceu, justificando a necessidade da proposição. É interessante notar que a nova ordem democrática consagrada na Constituição Federal é mobilizada, nos PLs examinados, para punir de forma mais contundente determinados comportamentos que atentam contra bens ou valores tutelados de forma especial pelo texto constitucional de 1988. Ilustram esse fenômeno o PL-6830/2006 (que cria crimes de genocídio, de guerra e contra a humanidade) e o PL-2196/1996, que cria medidas de proteção ao idoso.

Curiosamente, em seis casos do total de PLs examinados²¹ nenhum argumento que servisse à justificação da proposição apresentada pôde ser apreendido dentro das categorias anteriormente elencadas. Em alguns casos, a Justificativa não tratava das questões penais contidas no Projeto de Lei, embora apresentassem argumentos relativos às demais questões abordadas. Em outros casos, a Justificativa é meramente descritiva, isto é, reproduz o texto do Projeto de Lei. Houve, ainda, casos em que de fato não houve o desenvolvimento de uma linha argumentativa que servisse de apoio ao PL.

21 PLs 3215/2004, 4481/2004, 7615/2006, 3082/1997, 450/1999e 697/1988.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terceira parte deste relatório dedica-se a sistematizar e discutir algumas das principais questões que emergiram ao longo da pesquisa. Tendo em vista que o término da coleta e processamento de dados é bastante recente, esta seção pode ser lida como uma primeira reflexão da equipe sobre o conjunto do material empírico produzido no decorrer da pesquisa. Trata-se, enfim, de enunciar conclusões preliminares formuladas ainda no “calor” do processamento dos dados.

Para facilitar a exposição, esta seção encontra-se dividida em três partes. Em cada uma delas busca-se explorar as “três noções-chave” na produção de normas penais – bem jurídico, proporcionalidade e impunidade – e, ao mesmo tempo, alinhar os principais obstáculos à inovação em matéria penal identificados no decorrer da pesquisa

A. TRÊS NOÇÕES-CHAVE E ALGUNS OBSTÁCULOS À INOVAÇÃO EM MATÉRIA PENAL

As idéias de bem jurídico, proporcionalidade e impunidade integram o campo semântico das justificativas para a produção de leis penais há muito tempo. Se partirmos da primeira codificação da modernidade penal – o Código Penal Francês de 1791 – já é possível encontrar na exposição de motivos a veiculação dessas três idéias. Obviamente, a noção de *bem jurídico* não aparece literalmente, já que a expressão foi criada na Alemanha, algumas décadas mais tarde²². No entanto, é possível dizer que esta operação de inclusão de certos comportamentos no âmbito do direito penal, e a exclusão de outros, já se encontra explicitamente presente naquele documento²³.

No decorrer da pesquisa foi possível observar uma característica comum a essas três noções: não há como identificar um conteúdo ou significação específica ao qual estariam associadas. Ao contrário, cada uma delas parece assumir formas bastante diferentes no

22 Esta expressão é comumente atribuída a uma obra do jurista alemão Johann Michael Birnbaum publicada em 1834 (BIRNBAUM, 1984).

23 Rapport sur le Projet du Code Pénal [1791]. Fait au nom des Comités de Constitution et de Législation Criminelle par Michel Lepeletier de Saint-Fargeau, à l'Assemblée Constituante (séances des 22 e 23 de mai 1791). Documento reproduzido em Lascoumes et alii (1989).

material empírico analisado. No âmbito desta pesquisa, essas três noções são tomadas como “envelopes vazios”. Esta metáfora busca chamar atenção para a inexistência de um “conteúdo fixo, ontologizado: a forma que ela toma depende do conteúdo que se lhe associe” (XAVIER, 2010)²⁴.

Mas não é apenas a possibilidade de variar o que se tem colocado dentro de cada um desses envelopes que interessa aos objetivos desta pesquisa. Como se buscará indicar a seguir, o que se pretende identificar é quais são as formas que estão sendo reiteradamente utilizadas (ou atualizadas) nas justificativas para a produção de normas penais, atualmente, no Brasil.

(a) Bem jurídico

Além de poder ser observada como um “envelope vazio”, a expressão *bem jurídico* apresenta uma dificuldade adicional: é utilizada comumente para fazer referência tanto aos possíveis (i) *objetos* de tutela penal (vida, patrimônio, meio ambiente) quanto a um (ii) *argumento formal* que, mesmo sem nomear qualquer objeto de proteção específico, vem sendo utilizado no debate jurídico contemporâneo para indicar o que deve e o que não deve ser objeto de proteção do direito penal. Trata-se, enfim, de uma expressão que se refere, ao mesmo tempo, a cada uma das frutas que compõem uma determinada cesta, bem como a um critério de escolha do que deve integrar essa cesta e o que não.

É nesse último sentido que a idéia de bem jurídico vem sendo uma das discussões mais acaloradas da dogmática penal dos últimos dois séculos. Em suas mais diversas formulações²⁵, o conceito de bem jurídico penal teve ao longo das suas sucessivas definições contornos ora mais amplos²⁶ e ora mais estritos²⁷; definições ora mais vagas e ora mais precisas.

24 Neste trecho, o autor está se referindo à expressão “direito de punir”. Para a elaboração desta idéia, Xavier parte do conceito de forma e meio desenvolvido por Luhmann (1998). Nos limites deste relatório, não será possível discutir todos os aspectos que a utilização deste conceito suporia. De todo modo, a referência ao “envelope vazio” já serve ao propósito de estimular a “desnaturalização” das três noções discutidas aqui e marca, portanto, a postura dos pesquisadores em relação a cada uma delas.

25 Para uma breve reconstrução do desenvolvimento histórico deste conceito, ver Machado (2007, p. 133-150). Detalhadamente, ver Amelung (1972).

26 Admitindo a grande amplitude do conceito de bem jurídico, de forma a abarcar também objetos de proteção coletivos e difusos, ver Binding (1922, p. 339). Atualmente, ver Schünemann (1995); também Hefendehl (2002).

27 Sustentando que o conceito de bem jurídico apenas comporta a proteção de interesses individuais, ver, por exemplo, Liszt (1888). Atualmente, fundamentais são Marx (1972) e Hassemer (2003).

É possível dizer que, para um grande número de autores, a idéia de bem jurídico é concebida como um forte argumento contra criminalização de condutas, isto é, como forma de limitação do *ius puniendi* estatal²⁸. Na base desta formulação de bem jurídico – fortemente compartilhada pela doutrina nacional²⁹ – encontra-se um posicionamento normativo destinado a distinguir *o que deve e o que não deve ser um bem jurídico* (no sentido de objeto de tutela). Os autores podem variar no critério de distinção entre estes dois grupos, mas coincidem na forma de lidar com a questão: a expressão *bem jurídico* cumpre uma função argumentativa no debate sobre os limites da atuação do direito penal. A atribuição de um conteúdo fixo à idéia de bem jurídico penal faz emergir, conseqüentemente, um conjunto de objetos que *não são* ou *não devem ser* dignos de tutela penal. É por funcionar como ferramenta conceitual destinada a selecionar os objetos que devem e que não devem ser incluídos na esfera que muitos autores atribuem à idéia de bem jurídico um papel limitador do direito de punir do Estado.

Ao observarmos nosso material empírico a partir dessas duas significações da expressão bem jurídico, foi possível identificar uma única situação na qual a utilização desta expressão no decorrer da Justificativa parecia funcionar como *ferramenta normativa*, explicitando esta operação de seleção do que deve e o que não deve fazer parte da esfera de proteção do Direito Penal. Em todas as demais situações em que se identificou menção à idéia de bem jurídico, explícita ou implicitamente, a expressão referia-se a um ou vários *objetos de proteção*.

Para apresentar os principais resultados obtidos até o presente momento ao redor deste tema, estruturamos este item em três partes. A primeira dedica-se a ilustrar as pontuais hipóteses em que a expressão *bem jurídico* aparece explicitamente nas Justificativas de dois PLs e uma PEC. Neste grupo de Justificativas foi possível encontrar exemplos de utilização desta expressão nos dois sentidos supra mencionados: ferramenta normativa e objeto(s) de proteção.

28 Incisivos neste ponto são Schünemann (2007, p. 10) e, mais recentemente, Hassemer (2003, p. 57 e ss).

29 A título de exemplo, sustenta Régis Prado que “a idéia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permitem a crítica do Direito positivo” (REGIS PRADO, 2003, p. 21). Nesta mesma linha, Fabio Roberto D’Ávila afirma que a noção de bem jurídico “corretamente compreendida, oferece não só contributo inestimável, mas sim verdadeiramente insubstituível para a inteligência do que lhe há de mais próprio, a partir de limites legislativos de indiscutível força vinculante”. Esta mesma forma de entender o conceito de bem jurídico como categoria crítica pode ser vista ainda em Tavares (2002, p. 197-200); Gomes (2002, p. 28 e ss.) Batista (1999, p. 93-96), Bechara (2007); Bitencourt (2007, p. 80-81 e 260-261).

Em seguida, serão apresentadas as Justificativas em que a idéia de bem jurídico aparece *implicitamente*. Trata-se aqui da análise de 40 dos 100 Projetos de Lei e uma das 23 Propostas de Emenda à Constituição. Para os propósitos desta pesquisa, considerou-se menção *implícita* à idéia de bem jurídico quando havia duas situações. Como se verá a seguir, em algumas situações as Justificativas analisadas mencionam diretamente um ou mais objetos de proteção (vida, honra, saúde pública etc.), em outros, a menção ao objeto é precedida de sinônimos da expressão *bem jurídico* como “valor”, “objeto protegido” etc.³⁰ Tendo em vista que, em todas essas situações, a expressão refere-se a objetos de proteção, este item está organizado em função dos principais objetos mencionados no decorrer das Justificativas.

Por fim, a terceira parte dedica-se a apresentar o conteúdo das propostas e projetos nos quais se veicula, implicitamente, a noção de bem jurídico na Justificativa. O objetivo aqui é identificar a quais propósitos têm servido a menção a objeto(s) de proteção nas justificativas para produção de normas penais.

(a.1) Menção explícita à idéia de bem jurídico

Nos pouquíssimos casos em que a noção de *bem jurídico* foi mencionada explicitamente na Justificativa, foi possível observar a utilização dessa expressão nos dois sentidos supraindicados: para indicar um *argumento formal* de seleção dos comportamentos criminalizáveis e para indicar um ou mais *objetos de proteção penal*.

Este primeiro sentido pode ser ilustrado pela PEC-524/2006 que, buscando positivar o chamado “princípio da insignificância”, sustentou, em primeiro lugar, que “o Direito Penal não deve se preocupar com toda e qualquer conduta, mas sim somente com aquelas que atinjam os bens jurídicos da maior importância”, e, em segundo lugar, que “o Direito Penal somente deve agir até onde seja necessário para a proteção de um *bem jurídico*”.

Este trecho torna bastante visível este caráter instrumental e vazio da idéia de

30 A título de exemplo, o PL-784/1988, ainda que não cite expressamente o termo bem jurídico, o prevê implicitamente, quando pretende estender a imputabilidade penal aos maiores de 16 que cometem crimes violentos, “visando a proteger a *honra da mulher*, a *incolumidade* e a *propriedade de todos*” (grifou-se). E ainda o PL-1107/1991, que, ao pretender criminalizar toda e qualquer forma de aborto, justifica-se fazendo referência ao bem jurídico *vida* mediante a seguinte formulação “a criança que está sendo gerada no ventre materno tem um direito *inalienável à vida*, que se afigura como inviolável e como tal deve ser preservado” (grifou-se).

bem jurídico: dependendo do conteúdo atribuído a esta noção a *mensagem* altera-se substancialmente. Diante dessa Justificativa, não há como afirmar que a noção de bem jurídico servirá ao propósito de limitar as hipóteses de criminalização. A utilização dessa expressão desloca-se para a discussão sobre quais elementos devem ou não fazer parte desta cesta.

Nas demais situações em que a expressão *bem jurídico* aparece explicitamente em nosso material empírico, é o sentido de *objeto de proteção* que prevalece. Na Justificativa do PL-5282/2005, por exemplo, que torna crime as condutas que violam direitos e prerrogativas do advogado, argumenta-se que “a violação dos bens jurídicos tutelados pelos mencionados dispositivos [direitos dos advogados] compromete os direitos e liberdades individuais”. No mesmo sentido, a Justificativa ao PL-723/1999, destinado à criminalização da prática de trote escolar argumenta que estaríamos vivendo um “momento crucial, em que se vê patente, a cada semestre, a ameaça a *bens jurídicos* fundamentais de pessoas em plena juventude”. Nestas duas situações, a utilização da noção de bem jurídico parece indicar tão somente *um conjunto de objetos de proteção*.

(a.2) Menção implícita à idéia de bem jurídico

Para nortear a observação dos *objetos de proteção* que apareceram no decorrer da pesquisa, retomou-se a idéia de bem jurídico como ferramenta conceitual com o intuito de selecionar uma formulação doutrinária que permitisse a mais rica descrição do material empírico.

Vários foram os critérios construídos pela dogmática penal ao longo do tempo para distinguir os “objetos de proteção” do Direito Penal³¹. Em face dos objetivos dessa pesquisa, optou-se pela proposta de Hassemer (1973) que separa objetos de proteção “individuais” de objetos de proteção “coletivos ou supra-individuais” (HASSEMER, 1973, p. 68 e ss.)³². De acordo com essa distinção, *individuais* são os objetos de titularidade atribuível a apenas uma pessoa, e tidos como essenciais a uma vida digna, fazendo parte do rol de proteção do Direito Penal de praticamente todos os sistemas jurídicos

31 A título de exemplo, distinguiu-se entre objetos “concretos” e objetos “abstratos”. Cf. Müssig (1994, p. 7 e ss). Diferenciou-se, ainda, bens “clássicos” e bens “modernos”, cf. Sgubbi (1998).

32 Partindo desta distinção, ver também Wohlers (2000); Hefendehl (2002). No Brasil, segue esta divisão Silveira (2003).

ocidentais (ANASTASOPOULOU, 2005, p. 28); a título de exemplo, são considerados bens jurídicos individuais a vida, a integridade física, a honra, a propriedade e a liberdade de locomoção (WOHLERS, 2000, p. 221). *Coletivos ou supra-individuais*, por sua vez, são considerados os objetos que servem não diretamente aos interesses do indivíduo, mas sim aos interesses da coletividade ou do Estado, sendo caracterizados não apenas por não serem “divisíveis” como também por serem, muitas vezes, valorados conforme as necessidades de regulação estatal (HEFENDEHL, 2002, pp. 19-20); exemplos destes objetos de proteção são o meio ambiente, o bom funcionamento da Justiça, a paz pública, a higidez do sistema financeiro, entre outros (ANASTASOPOULOU, p. 28)³³.

Quando se observa o conjunto de objetos de proteção mencionados nas Justificativas, percebe-se que, nas Propostas de Emenda à Constituição, prevalecem os objetos de interesse individual. Nesse sentido, nove das 14 PECs³⁴ que veiculam o argumento *bem jurídico* fazem referência a objetos de titularidade direta do indivíduo. O valor *vida* aparece em primeiro lugar, em sete das propostas analisadas³⁵, seguido dos objetos *patrimônio* e *integridade física*, cada um deles mencionado em quatro das propostas³⁶. Há, ainda, menção à *liberdade de locomoção* (na fórmula “direito de ir e vir, encontrada na PEC-113/1999), e à *honra* (na fórmula “integridade moral”, prevista na PEC-105/1995).

Tal preponderância de referências a objetos individuais não se repete quando se observam os objetos de proteção mencionados nas justificativas dos Projetos de Lei. Nestes casos, os “individuais” desempenham um papel minoritário no repertório de fundamentação do legislador. Apenas 16 de todos os PLs analisados fazem referência a algum objeto de titularidade imediata do indivíduo. Neste contexto, o bem *vida* é o mais freqüente (visto em sete PLs), sendo encontradas referências a ele no PL-5332/2001 (que,

33 Também Hassemer (1995, p. 484).

34 39% de todas as propostas analisadas, portanto.

35 O valor *vida* é indicado de forma indireta na PEC-590/1998 e de forma direta (por intermédio de expressões sinônimas) nas PEC-113/1999, PEC-176/1999, PEC-184/1995, PEC-545/1997, PEC-386/1996 e PEC-273/1995. Apenas a título de ilustração, esta última proposta, que pretende estabelecer prisão perpétua para autores de crimes de estupro ou de seqüestro seguido de morte, sustenta que “a proposição é uma forma de se proteger a vida”.

36 A PEC-386/1996, que trata de imputabilidade dos maiores de dezesseis anos, é marcante por fazer referência direta à “vida”, à integridade física (na forma de “incolumidade física”) e ao “patrimônio”. As PEC-184/1995, PEC-545/1997 e PEC-113/1999, por sua vez, referem-se exclusivamente à idéia de patrimônio, ao passo que as PEC-105/1995, PEC-276/2004 e PEC-176/1999 referem-se apenas à integridade física.

ao incluir o homicídio entre os crimes cuja investigação admite interceptação telefônica, afirma que tal medida denota “a preocupação com o valor *vida*”, e no PL- 4808/1994 (que faz menção direta a “atos tipificados na lei civil ou penal, com prejuízo à *vida e à imagem* de inocentes”). Em seguida na ordem de freqüência, apresentam-se as referências ao objeto *patrimônio* (identificável em quatro dos PLs analisados³⁷), à *liberdade sexual* (presente em três dos casos³⁸) e à *integridade física* (mencionada em dois dos projetos³⁹).

Em face disso, é possível perceber uma ligeira preponderância, nos Projetos de Lei analisados, de referências a objetos de interesse coletivo. De todos os PLs de nossa amostra, 24 mencionam objetos que não são de titularidade diretamente atribuível a um indivíduo, mas sim se relacionam à coletividade ou a um conjunto de interesses estatais. Neste conjunto, é possível reunir os Projetos de Lei em quatro categorias (i) proteção de instituições do Estado, (ii) meio ambiente e demais condições básicas de existência humana, (iii) patrimônio público e, por fim, (iv) segurança e paz públicas.

Neste primeiro grupo, referente à *proteção de instituições do Estado*, alocamos os PLs que dizem respeito ao bom funcionamento do aparelho estatal, seja em relação à forma de organização democrática de seu governo, seja em relação ao bom funcionamento de serviços públicos, ou ainda em relação à moralidade da Administração Pública. Assim é que, por exemplo, o PL-2462/1991 cria os chamados “crimes contra o Estado Democrático de Direito”, afirmando que estes seriam “direcionados, de forma mais ampla e global, supraindividual, para atentar contra um *estado de coisas (regime democrático, soberania do país)*”. Esta referência ao regime democrático também pode ser observada no PL-4668/1994, que, ao tornar algumas condutas crimes eleitorais, menciona de maneira indireta a *confiabilidade das pesquisas eleitorais* como um bem a ser protegido pelo Direito Penal, afirmando existirem hoje no País “estimativas absolutamente inconfiáveis, a agir em desfavor da informação de boa qualidade, sem a qual não se alcança a liberdade de informação e o inquestionável direito do eleitor em recebê-la”⁴⁰.

37 Citado de modo direto nos PL-784/1988 e PL-4808/1994, bem como de modo indireto no PL- 4475/1989 (que, ao tratar do crime de apropriação indébita em casos de retenção de salário por empregador, afirma “muitas empresas e firmas individuais deixam de pagar, no prazo da legislação trabalhista, os salários dos empregados, para a aplicação no mercado financeiro, submetendo o empregado a situações econômicas difíceis”).

38 Mencionado diretamente no PL- 3465/2004 e indiretamente nos PL-1597/2003 e PL-2027/2003.

39 O PL-271/1999 cita diretamente a proteção da “integridade física” como argumento para aumento de pena do crime de omissão de socorro. Já o PL-784/1988, por sua vez, trata da questão da maioridade penal afirmando estar “visando a proteger a [...] incolumidade [...] de todos”.

40 Interessante chamar a atenção, neste ponto, para o fato de que estes PLs tratam como objeto a ser protegido (usando, inclusive, o

Como coletivos também foram identificados os objetos protegidos por diversos projetos que tratam de crimes contra a Administração Pública. Assim é que o PL-149/1995, que trata como crime as doações feitas a servidores públicos, e faz referência à *moralidade da Administração Pública* como bem a ser protegido pelo Direito Penal, afirmando que “a seriedade na administração pública, por parte dos servidores de qualquer nível, funciona como condição imprescindível ao êxito administrativo e ao próprio respeito e reconhecimento da comunidade”⁴¹. Alguns projetos, por sua vez, referem-se ao *correto funcionamento dos serviços públicos*, como é o caso, por exemplo, do PL-5317/2005, que tipifica a fraude em concursos públicos em nome da proteção da manutenção da *qualidade do serviço público prestado pelo Estado*, qualidade esta que se veria ameaçada nos casos em que o aprovado usa de artifícios para garantir sua vaga⁴². Por fim, ainda neste mesmo registro, cabe mencionar os projetos que tratam do *correto funcionamento da Justiça*, como é o caso, por exemplo, do PL-3180/2004, que criminaliza a prática de obstrução da Justiça com base na proteção deste valor.

O segundo grupo de projetos mais freqüente em nossa amostra é aquele que faz referência ao *meio ambiente e a outras condições básicas de sobrevivência da coletividade*. Neste grupo inclui-se, em primeiro lugar, o PL-430/1995, que criminaliza uma série de condutas contra a fauna, tomando o *meio ambiente* como objeto de intervenção penal e mencionando que “a fauna silvestre brasileira, outrora abundante, foi drasticamente reduzida em quase todo o país”. Ao lado dele, percebe-se ainda uma série de projetos que justificam suas propostas com base na idéia de *saúde pública*: este é o caso, por exemplo, do PL-2279/2003, que busca agravar a pena do crime de pirataria de obra intelectual, afirmando que “a pirataria no Brasil é delito que fere seriamente a saúde pública nacional”⁴³; neste mesmo sentido, o PL-2386/2000 criminaliza uma longa série de comportamentos, afirmando que eles estariam “prejudicando gravemente a saúde humana”.

termo “estado de coisas”) o próprio regime democrático vigente no país, bem como as condições de eleição que o sustentam, interesses estes que não seria possível atribuir a um determinado indivíduo, valendo, portanto, como valores de toda a sociedade e do próprio Estado.

41 Neste mesmo sentido, cita-se também: o PL-115/1995, que dispõe sobre a obrigatoriedade de incinerar mercadorias apreendidas em contrabando. Assim, afirma que “o presente projeto visa moralizar e desestimular o contrabando e o descaminho, cujos produtos, ao serem vendidos pelo Estado, passam a serem oficializados por ele”; e o PL-4641/2004, que cria causa de aumento de pena para os crimes de corrupção, com base na proteção da moralidade da Administração Pública.

42 No mesmo sentido, vale citar ainda o PL-218/1991 que, ao criar a figura do “Provedor Geral” (espécie de Ombudsman da Administração Pública) afirma ser esta medida importante para o “aperfeiçoamento e agilização dos métodos administrativos”.

43 Refere-se, neste caso, à pirataria de produtos farmacêuticos. O mesmo argumento pode ser visto também no PL-4293/2001.

Ainda que não possamos avançar nesta questão nos limites deste relatório, é importante registrar que a qualificação da saúde pública como um interesse coletivo é problemática e merece atenção especial. Isso porque ela não apresenta uma característica importante que está presente nos demais exemplos de bens jurídicos coletivos supracitados: a sua indivisibilidade. Quando tratamos do meio ambiente, por exemplo, sua proteção global não pode ser processável como a proteção da soma de interesses individuais. Neste, como em outros casos referentes a interesses difusos, a atribuição a indivíduos específicos é logicamente impossível.

No caso da saúde pública, a sua característica coletiva apenas decorre de ser ela composta pela soma da saúde de cada indivíduo de uma comunidade⁴⁴. Em virtude disso, sua qualificação como bem jurídico coletivo pode ser observada como pretexto para regular penalmente questões que, efetivamente, são privadas e dizem respeito apenas ao campo de autonomia do indivíduo. Assim é que, no exemplo da “saúde”, pode-se afirmar a necessidade de punir o simples uso de substâncias entorpecentes com base na idéia de que ele não estaria ocasionando dano exclusivo à integridade física do indivíduo, mas sim estaria atingindo os interesses coletivos da “saúde pública”⁴⁵. Com este argumento, tornar-se-ia possível intervir penalmente em riscos que os indivíduos tomam conscientemente para sua saúde individual, restringindo-lhe, então, seu espaço de autonomia.

O terceiro grupo de PLs diz respeito ao objeto *patrimônio público*, em sentido amplo. Assim é que, a título de exemplo, o PL-1206/2003, ao propor o aumento das penas dos crimes contra a propriedade industrial, justifica-o mencionando a proteção ao erário, nos seguintes termos: “anualmente, o Brasil apresenta uma perda arrecadatária na ordem de R\$ 10 bilhões”⁴⁶. No mesmo sentido, o PL-6387/2005, que cria nova redação aos tipos de enriquecimento ilícito com base na proteção ao erário⁴⁷, e as PEC-447/1997 e PEC-5/1991, que incluem o peculato e outros crimes contra o patrimônio público entre aqueles

44 Para alguns autores, em virtude disso a saúde pública deveria ser qualificada como “bem jurídico coletivo falso”. Para uma breve exposição da diferença entre bens jurídicos coletivos falsos e bens jurídicos coletivos verdadeiros, ver Greco (2004, pp. 110-114).

45 Tal intervenção é fundamentada, com o recurso à idéia de “lesão ao bem saúde pública”, por Jesus (2000, pp. 16-17).

46 Neste mesmo registro, cita-se ainda o PL-1336/2003, que busca criminalizar a adulteração de combustíveis com base na proteção da Ordem Econômica e Tributária.

47 Este é o mesmo argumento de projetos como o PL-3855/2000, que trata de Improbidade Administrativa, e o PL-5572/2005, que aumenta as penas dos crimes de ameaça, fuga, evasão e motim.

para os quais não cabe prescrição, fiança, graça ou anistia, e isso com base na proteção do *patrimônio público*⁴⁸.

Por fim, o último grupo reúne as justificativas que fizeram referência às idéias de *segurança e paz públicas*. Trata-se, aqui, de um conjunto de justificativas que se sustentam sobre a proteção de um determinado estado de ordem e de sentimento de segurança⁴⁹. A título de ilustração, destacam-se os PL-5058/2005 e PL-6771/2002, que pretendem criminalizar o fornecimento de armas, de meios de comunicação ou de qualquer outra forma de apoio a preso, com fins de facilitar rebelião ou fuga, com base no argumento de que o “comando de rebeliões estaria resultando em violência, seqüestro e morte, ameaçando a segurança e a paz pública”. Esta mesma linha de raciocínio está presente, ainda, no PL-394/2003, que visa, com base na proteção da “segurança pública”, aumentar o prazo para isolamento de presos, bem como restringir ou suspender seus direitos na execução da pena.

(a.3) A idéia de bem jurídico e o conteúdo do projeto ou proposta

Além desta tentativa de agrupar nosso material empírico em função dos tipos de “objetos de proteção” mencionados, buscou-se também verificar quais eram os objetivos dos PLs e PECs aos quais estavam vinculadas as Justificativas que faziam menção a esses objetos. Ao adotar essa perspectiva, foi possível perceber que na maioria dos casos analisados, a referência a um objeto de proteção serviu a basicamente três propósitos: (i) aumentar as penas de crimes já existentes, (ii) criminalizar novas condutas que, até então, não eram tidas como crimes e (iii) modificar normas gerais com o intuito de ampliar a esfera de atuação do direito penal.

No tocante ao aumento de penas, vale a pena mencionar o PL-271/1999 que busca aumentar a pena do crime de omissão de socorro com base na idéia de que seria necessário proteger melhor o bem “integridade física”; neste mesmo sentido, o PL-4641/2004, argumenta pela proteção da *moralidade da Administração Pública* para justificar a criação de uma causa de aumento de pena para os crimes de corrupção, e o PL-

48 Nestes termos, é possível ler nesta proposta frases como “o patrimônio público, no Brasil, é por muitos considerado terra de ninguém, podendo ser usufruído por quem chegar primeiro”, e “é inacreditável como dirigentes de órgãos públicos dilapidam a coisa pública, roubando desavergonhadamente o Erário Público”.

49 Sobre a segurança como bem jurídico, ver Kindhäuser (1989, p. 277 e ss.).

5572/2005 aumenta as penas dos crimes de ameaça, fuga, evasão e motim, usando como argumento a proteção do *patrimônio público* que tais crimes afetariam. Neste mesmo sentido, é possível mencionar também a PEC-273/1995, que sustentou a aplicação de prisão perpétua para autores de crimes de estupro ou de seqüestro seguido de morte, e isso afirmando que “a proposição é uma forma de se proteger a vida”.

O objetivo de criminalização de novas condutas pode ser ilustrado pelo PL- 6503/2006, que busca criminalizar a violação de correspondências eletrônicas, baseando-se no interesse coletivo de *inviolabilidade do fluxo de comunicações*; o PL- 1336/2003, que propõe criminalizar a adulteração de combustíveis, afirmando a importância da proteção da *Ordem Econômica e Tributária*; e o PL-3180/2004, que criminaliza a prática de obstrução da Justiça com base na proteção do bem coletivo *correto funcionamento da Justiça*⁵⁰.

Um exemplo eloqüente da modificação de normas gerais destinadas a ampliar o alcance da intervenção penal é a PEC-386/1996 que, justificando-se por uma melhor proteção de valores como *vida, integridade física e patrimônio*, visou estender a imputabilidade penal aos maiores de dezesseis anos em casos de crimes que atentassem contra estes bens jurídicos⁵¹.

Enfim, ao relacionarmos as Justificativas que veiculam objetos de proteção ao conteúdo das propostas e projetos de alteração legislativa, verifica-se que essa menção não atuou como forma de limitar o poder de punir ou de conter a ampliação do rol de crimes⁵². Mas justamente o contrário.

50 É importante notar que estes PLs articulam simultaneamente à noção de bem jurídico, a idéia de “punitividade”. A título de exemplo, no PL-6503/2006, o bem jurídico inviolabilidade do fluxo de comunicações é atrelado à idéia de “necessidade de regular nova conduta”, sendo que o mesmo ocorre com bem jurídico *correto funcionamento da Justiça*, mencionado pelo PL-3180/2004. No PL- 1336/2003, por sua vez, o bem jurídico *Ordem Econômica e Tributária* vincula-se à afirmação de que a adulteração de combustíveis “vem ganhando importância em nossa sociedade”, precisando ser regulada.

51 Literalmente, afirma-se que “a imprensa diária em todo o País noticia a multiplicação das ocorrências delitivas, que vão desde simples furtos à prática de violência contra pessoas e bens, ao comércio de drogas, nos quais se envolvem adolescentes”, concluindo, diante disso, que “a presente Proposta consubstancia, por conseguinte, uma resposta à elevação do índice de criminalidade com envolvimento de menores de 18 anos, circunstâncias que estão a exigir firme tomada de posição. Até como autodefesa, por parte da sociedade inteira”.

52 Nos limites deste relatório não é possível desenvolver adequadamente hipóteses que contribuam a explicar as diferenças na apropriação da noção de bem jurídico pelo sistema político e pela doutrina jurídica. Trata-se de um tema de fundamental importância para pesquisas futuras.

Em outras palavras, é possível dizer, pela negativa, que em momento algum esta noção foi utilizada para comunicar, por exemplo, que “determinadas condutas não ofendem qualquer bem jurídico *penal*”⁵³, ou mesmo que “um determinado bem X importa *menos* do que a liberdade derivada de sua não-proteção via pena”⁵⁴. Pelo material empírico analisado nesta pesquisa, tais usos parecem, efetivamente, estar fora do repertório semântico dos legisladores.

A utilização da idéia de bem jurídico apareceu no material empírico, portanto, sob a forma de “objetos de proteção” em relação aos quais é possível identificar certa ênfase ao “valor” e à “importância” de determinado “bem”. Nos documentos analisados aqui, a utilização da idéia de “bem jurídico” parece fornecer elementos suficientes para justificar a ampliação ou a intensificação da intervenção penal sobre o problema.

Como se verá a seguir, a noção de proporcionalidade favorece, de outra maneira, este mesmo “esquema de justificação” em que a expansão da intervenção penal justifica-se exclusivamente pela infração abstrata ou formalmente considerada. Se na noção de bem jurídico é o importante é o “valor do objeto de proteção”, em relação à noção de proporcionalidade será, sobretudo, a idéia de “gravidade do crime” que desempenhará este papel de justificação.

(b) Proporcionalidade

Na formulação do projeto que deu origem a esta pesquisa, pensou-se que o tema da proporcionalidade desempenharia um papel de extrema relevância, sobretudo nas justificativas de Projetos de Lei que modificavam sanções existentes ou criavam novas sanções. O estudo dos PLs indicou que 19 das 100 Justificativas analisadas faziam menção, implicitamente, à idéia de proporcionalidade. Percorrendo todo o material empírico, ademais, foi possível localizar referências explícitas muito pontuais a esta idéia, sobretudo no âmbito dos estudos de caso, como se indicará a seguir.

53 Pense-se, por hipótese, em um caso em que determinada conduta deixa de ser vista como crime, passando a ser regulada por outras áreas do Direito. Tal forma argumentativa, ainda que seja proferida pelo sistema político, acaba sendo processada muito mais no formato de *ultima ratio* do que através da referência ao conceito de bem jurídico.

54 Hipoteticamente, isto poderia ser feito afirmando, como fez recentemente o Supremo Tribunal Argentino, que a autonomia do usuário de maconha importa mais do que a proteção penal de sua saúde pessoal.

Por outro lado, a idéia de proporcionalidade encontra-se fortemente associada às teorias da pena, sobretudo às teorias da retribuição e dissuasão. É possível dizer que essas teorias construíram, cada uma a sua maneira, duas formas bastante diferentes de conceber a idéia de proporcionalidade em matéria penal. A partir dessas concepções clássicas de proporcionalidade, formuladas inicialmente por Beccaria e Kant, e da reelaboração proposta por Pires (1994 e 1998) buscou-se identificar se e como essas duas concepções de proporcionalidade apareceram em nosso material empírico.

Dessa forma, o conteúdo deste item apresenta uma primeira aproximação da equipe com as justificativas para produção de normas penais que, de alguma forma expressam as idéias de “proporcionalidade-escala” e de “proporcionalidade-espelho”.

(b.1) Proporcionalidade-escala

Em *Dos delitos e das penas*, Beccaria dedica o sexto parágrafo à questão da “proporção”. Neste trecho, o autor projeta uma imagem de hierarquização de todos delitos, isto é, de “todas as ações opostas ao bem comum” à qual denomina “escala de desordens”. Das ações capazes de destruir “imediatamente a sociedade” até a mais “mínima injustiça possível feita a um de seus membros privados”, encontram-se escalonados todos os delitos. A esta escala, diz Beccaria, deveria corresponder uma escala de penas “indo da mais forte à mais fraca”. Descrente de que esta “escala exata e universal de penas e delitos” pudesse existir, Beccaria considera suficiente que o “sábio legislador” estabeleça “os pontos principais, sem alterar a ordem, não decretando para os delitos de primeiro grau as penas do último” (BECCARIA, 1997, p. 51).

Esta forma vertical de conceber a proporcionalidade pressupõe duas escalas paralelas, uma para os delitos outra para as penas. Pressupõe também que delitos e penas estejam distribuídos ao longo dos diversos degraus, de forma que cada um desses patamares mantenha uma “justa gradação” entre “a gravidade das penas e a atrocidade dos crimes”⁵⁵.

55 Como ilustra a Exposição de Motivos do Código Francês de 1791, punir o “assaltante” com a mesma pena de um “assassino” constitui um “grande absurdo”. A legislação que o faz estaria “convidando o assaltante a assassinar, uma vez que o assassinato não agravaria a punição de seus crimes” (p. 331).

Ao olharmos nosso material empírico com a “proporcionalidade-escala” em mente, foi possível observar que várias Justificativas, tanto de Projetos de Lei como de Propostas de Emenda à Constituição, dedicavam-se a alocar crimes e penas específicos em seus “devidos lugares”.

No caso da legislação brasileira, a escala de penas apresenta-se de modo bastante mais complexo que a formulação inicial de Beccaria. Na projeção que esboçaremos aqui temos, de um lado, uma “escala de desordens” que não distribui os delitos um a um “em graus perceptíveis”, mas os reúne em grandes blocos e, sobretudo, marca seus extremos. De outro lado, temos uma escala que engloba não somente penas, mas normas de sanção no sentido indicado no início do texto⁵⁶ bem como normas de processo.

Os extremos da escala de desordens foram definidos pela Constituição Federal de 1988. No topo, os “crimes hediondos” e na base os “crimes de menor potencial ofensivo”. A partir de então, coube ao legislador infraconstitucional definir e redefinir os critérios de inclusão em uma e outra categoria de crimes. Para os primeiros, além dos expressamente indicados no texto constitucional, o legislador criou, em 1990, uma lista de crimes específicos, à qual vem freqüentemente acrescentando novas figuras. O critério para a categoria de crimes colocada pela Constituição Federal na base da escala foi distinto: todas as contravenções penais e certo número de crimes, definidos em função da quantidade máxima de pena prevista no tipo penal. Este critério também comportou atualizações. A pena máxima de um ano, tal como definida em 1995, tornou-se de dois anos em 2006.

Um número significativo de Projetos de Lei e de Propostas de Emenda à Constituição estudados durante esta pesquisa tem essa estrutura hierarquizada de crimes e penas no pano de fundo das proposições de reforma da legislação criminal. Para os “crimes hediondos”, busca-se acrescentar mais crimes à lista (as denominadas “normas de alocação”), bem como reduzir ainda mais a margem de atuação dos juízes para decidir em função do caso concreto no tocante às normas de sanção. A discussão em torno da progressão de regime constitui um dos temas mais freqüentes.

⁵⁶ Como explicitado na introdução à segunda parte deste relatório, nesta pesquisa consideram-se normas de sanção as normas que descrevem a qualidade e quantidade das sanções, e também as formas de cumprimento e as possibilidades de modificação dessas sanções.

A título de exemplo, é possível mencionar a PEC-521/2006, que, no intuito de impedir a progressão de regime para esses crimes, afirma que

os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e hediondos são condutas cujo grau de reprovabilidade social alcança uma escala social elevadíssima. São crimes monstruosos, que revelam uma personalidade cruel e altamente perversa do agente. Desse modo, a punição aplicada não pode seguir o mesmo padrão aplicado aos crimes cujo potencial ofensivo não se revela de tamanha gravidade.

No mesmo sentido, a Justificativa ao PL-5085/05 estabelece que

(...) os crimes de aborto e eutanásia passam a configurar crime hediondo, punição esta mais consentânea com a gravidade dessas condutas criminosas.

No tocante aos “crimes de menor potencial ofensivo”, o aumento do patamar quantitativo de um para dois anos (pena máxima) gerou uma série de solicitações de aumento da pena máxima prevista para um crime específico para que determinada norma de comportamento deixasse de integrar esse conjunto de crimes. A Justificativa do PL-1206/2003 estabelece expressamente

por isto que se elabora este projeto onde há uma imprescindível majoração de penas, com o fito de adequar a lesividade da conduta a sua necessária repressão e, principalmente, excluir da competência dos Juizados Especiais Criminais o seu conhecimento e julgamento.

Nesse mesmo sentido, um exemplo bastante eloqüente foi encontrado no estudo de caso sobre a Lei Maria da Penha em que, como indicado anteriormente, o aumento da pena máxima atribuída ao crime de violência doméstica foi justificado, por diferentes atores, *exclusivamente* pela exclusão da lista de crimes de menor potencial ofensivo (e, conseqüentemente, pela não aplicação do procedimento especial previsto na lei 9099/95).

(b.2) Proporcionalidade-espelho

A concepção kantiana de proporcionalidade limita-se à exigência de uma identidade entre “o mal cometido” e o “mal legitimamente infligido em reação ao crime”. Esta forma horizontal de conceber a proporcionalidade em realidade apenas se realiza plenamente para justificar a aplicação da pena de morte ao homicida. Nas demais situações exemplificadas por Kant – estupro ou pederastia punido com castração; bestialidade com expulsão da sociedade civil etc. – a idéia de simetria ou igualdade entre crime e pena é puramente metafórica (PIRES, 2008, p. 214). De todo modo, essa forma particular de

responder “como” e “quanto punir” parece haver deixado como legado uma “concepção tarifária de penas”, segundo a qual as penas devem ser determinadas objetivamente e definidas (na qualidade e quantidade) em função da gravidade ao crime. Sendo este o critério para uma “pena justa”, tudo se passa como se as infrações já contivessem todos os elementos necessários para a definição da pena adequada. É importante destacar que, nessa ordem de idéias, a referência à infração não diz respeito à situação concreta levada diante do juiz, mas sim à infração em sentido formal, abstratamente considerada – “o estupro”, “o roubo” etc.

O que se pode observar dessa concepção de proporcionalidade no âmbito das Justificativas para a produção de leis penais assume uma forma bastante simplificada: para crimes graves (abstratamente considerados), penas severas. O binômio gravidade-severidade aqui aparece de forma isolada do conjunto de crimes e penas que integram a legislação criminal. A preocupação não é com a adequação deste crime e desta pena em suas respectivas escalas, mas sim com a expectativa de se estabelecer certa identidade e simetria entre eles.

Diante desta concepção, parece suficiente que as Justificativas destinadas ao aumento das penas ou do rigor de seu cumprimento debruçam-se quase exclusivamente sobre a afirmação da “gravidade do crime”. Quando a proporcionalidade-espelho é sinônimo de Justiça, a retórica da gravidade permite que se descarte qualquer outro elemento de justificação da pena.

Os efeitos perversos do papel atribuído à semântica da “gravidade do crime” podem ser observados claramente em nosso material empírico. Nos limites desse relatório, será mencionado apenas um entre os vários exemplos encontrados.⁵⁷

O trecho abaixo integra o conjunto de documentos sobre o qual esta pesquisa construiu o estudo de caso sobre a nova lei de drogas. Trata-se de um parecer do deputado Vicente

⁵⁷ Apenas a título de ilustração, a Justificativa do PL-4641/04 estabelece que “é preciso adequar o grau da pena (...) ao alto potencial ofensivo que sua consumação acarreta”. Entre as PECs, várias foram as Justificativas baseadas nessa concepção de proporcionalidade. A título de exemplo, a PEC-525/2006, que visa instituir a impossibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena, suspensão condicional da pena e substituição de pena em caso de crimes hediondos e assemelhados, indica que à gravidade dos delitos deve corresponder um tratamento penal mais rigoroso. Textualmente: “a proposta visa suprir graves omissões do atual texto do inciso XLIII do Art. 5º da Carta Magna, que propiciaram a réus de grande periculosidade várias brechas, levando os tribunais, inclusive o STF, a conceder-lhes benefícios incompatíveis com a gravidade dos delitos perpetrados”.

Arruda na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico ao PL-6108/2002. Trata-se também do único documento em que o termo “proporcionalidade” aparece explicitamente. O primeiro trecho busca justificar a elevação da pena mínima do crime de tráfico de três para quatro anos. O segundo trecho, apoiando-se no “**princípio constitucional da proporcionalidade**” busca justificar a criação de uma “causa de diminuição de pena” (minorante) aplicável em circunstâncias específicas.

[...]

Elevei a pena mínima do crime de narcotráfico, previsto agora no artigo 14, de 3 (três) para 4 (quatro) anos, mantendo o máximo no patamar de 15 (quinze) anos de reclusão. Deveu-se a providência à necessidade de se estabelecer melhor resposta, em termos de preceito penal secundário, a crime de tamanha perniciosidade social, indutor de outras figuras delitivas correlatas, em regra associadas à violência, a requintes organizativos e à corrupção do próprio Estado, já galgado à categoria dos equiparados a hediondos no próprio texto constitucional (artigo 5º., inciso XLIII) e na Lei n. 8.072, de 25/07/1990 (artigo 2º., caput), e cujo montante mínimo atual, após o advento da Lei n. 9.714, de 25/11/1998, acabou inclusive gerando grave conflito doutrinário e jurisprudencial acerca de seu eventual alcance pela perspectiva de substituição por ela dilargada, encerrando-se qualquer discussão com a elevação ora proposta, em consonância com outros dispositivos inseridos dentro do próprio texto do substitutivo.

[...]

Paralelamente, em homenagem ao **princípio constitucional da proporcionalidade**, o Substitutivo inclui § 4º. no artigo 14, criando minorante de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) da pena para o agente primário, de bons antecedentes, repassador de pequena quantidade de entorpecente de baixa nocividade, que o faz como meio de sustentação da própria dependência, implicando tal providência, de fato, no decréscimo da pena, em tais casos, no âmbito da dosimetria, para até 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão (tomando-se por base a elevação do mínimo ora proposta no Substitutivo), com ressalva, por certo, diante da assemelhação a hediondos, de qualquer substituição por restrição de direitos ou por medida terapêutico-educativa.

O primeiro trecho permite ilustrar um fenômeno que se tornou bastante visível ao longo da pesquisa em relação à retórica da gravidade dos crimes, mas que pode aparecer também em outros contextos. Trata-se de integrar à justificativa para a pena de um crime específico uma série de outros problemas, criminalizados ou não, e estabelecer entre eles uma relação de estreita conexão. No trecho acima, para afirmar a gravidade – ou a “perniciosidade social”, como diz o deputado – do tráfico de drogas, recorre-se ao fato de que este crime *induz* outros crimes, a violência, o crime organizado e a corrupção. Nada

se diz sobre a conduta de comercializar substâncias consideradas ilícitas: a gravidade do tráfico de drogas apresenta-se, aqui, em função do que este crime *pode vir a induzir*⁵⁸. No âmbito das Justificativas analisadas aqui, a retórica da gravidade parece exercer “uma forte e inexplicável atração” e uma série de outros problemas sociais. Sem nos darmos conta, essa noção magnética de gravidade, no contexto da proporcionalidade-espelho, permite que se justifique “o mal a ser legitimamente infligido” em função do “mal do mundo”. Vale notar, também, que neste trecho o fato de o crime constar na lista de crimes hediondos é, em si mesmo, um elemento justificador da “gravidade do crime”.

Mas deixando de lado por um momento este efeito magnético da retórica da gravidade, e focalizando apenas o crime em questão, o segundo trecho supratranscrito chama atenção para a forte heterogeneidade de situações concretas compreendidas no crime de tráfico de drogas. De acordo com esta Justificativa, para atender ao “princípio constitucional da proporcionalidade” cria-se uma causa de diminuição da pena para estes crimes, uma minorante, que autoriza o juiz a reduzir a pena na hipótese em que Arruda considera não ser o crime tão grave assim. Para caracterizar essa modalidade menos grave de tráfico de drogas, elenca elementos relacionados ao agente (primariedade e bons antecedentes), ao objeto do crime (pequena quantidade e substância “de baixa nocividade”) e ao motivo do crime (sustentar a própria dependência). Concorrendo esses fatores, o deputado considera factível a diminuição da pena, mas não a sua substituição por pena não privativa de liberdade, em razão de o crime, mesmo nessas circunstâncias, permanecer tipificado como tráfico de drogas e crime hediondo.

Este trecho coloca em evidência um problema de extrema importância ao campo das justificativas para produção de normas penais. Trata-se das “simplificações abusivas” (PIRES, 1992, p. 51) geradas pelo recurso à idéia de gravidade para qualificar formal e abstratamente um conjunto de infrações.

Como indica Pires, as infrações formalmente graves, isto é, as infrações em relação às quais se afirma a gravidade abstratamente e se outorga uma intervenção penal (no nível das normas de sanção e também das normas de processo) mais rigorosa, possuem duas importantes características:

⁵⁸ Para um estudo sobre este magnetismo que a retórica da gravidade exerce sobre problemas externos à conduta em questão, especificamente no tocante as justificativas apresentadas no plano internacional para a adoção do sistema antilavagem de dinheiro, ver Machado (2004).

Em primeiro lugar, elas têm a particularidade de provocar a imaginação e evocar com sua simples designação [“o homicídio”, “o tráfico de drogas” etc.] os aspectos do problema que nos parecem mais repugnantes ou assustadores [...].

Além disso, prossegue Pires, as infrações ditas graves

...designam realidades muito heterogêneas, situações muito complexas do ponto de vista humano e, ademais, situações que ocorrem em contextos muito diferentes. As definições legais são neste caso, por assim dizer, “heurísticas” no sentido em que estão lá para cobrir (em teoria) o maior número possível de “fatos-significações” possíveis [...].

Os efeitos negativos à qualidade interna do direito decorrentes dessa forma de proceder tornam-se, então, bastante visíveis. Nas palavras de Pires, justamente onde precisamos ser mais atentos e abertos a nuances para responder de modo apropriado às particularidades do caso, é justamente também onde temos maior tendência a permitir os curtos-circuitos, a colocar tudo dentro da mesma (má) categoria etc.

É neste nível, portanto, dos chamados “crimes graves” que encontramos as “simplificações mais abusivas” da tipificação penal. No âmbito da legislação brasileira, a noção de crime hediondo pode ser vista, então, como a simplificação da simplificação (ou o abuso do abuso): a Constituição Federal ao estabelecer um tratamento diferenciado para um determinado conjunto de crimes ditos graves, operou uma segunda forma de redução, ampliando os obstáculos à consideração das peculiaridades do caso concreto pelos operadores do sistema de justiça criminal.

(c) Impunidade

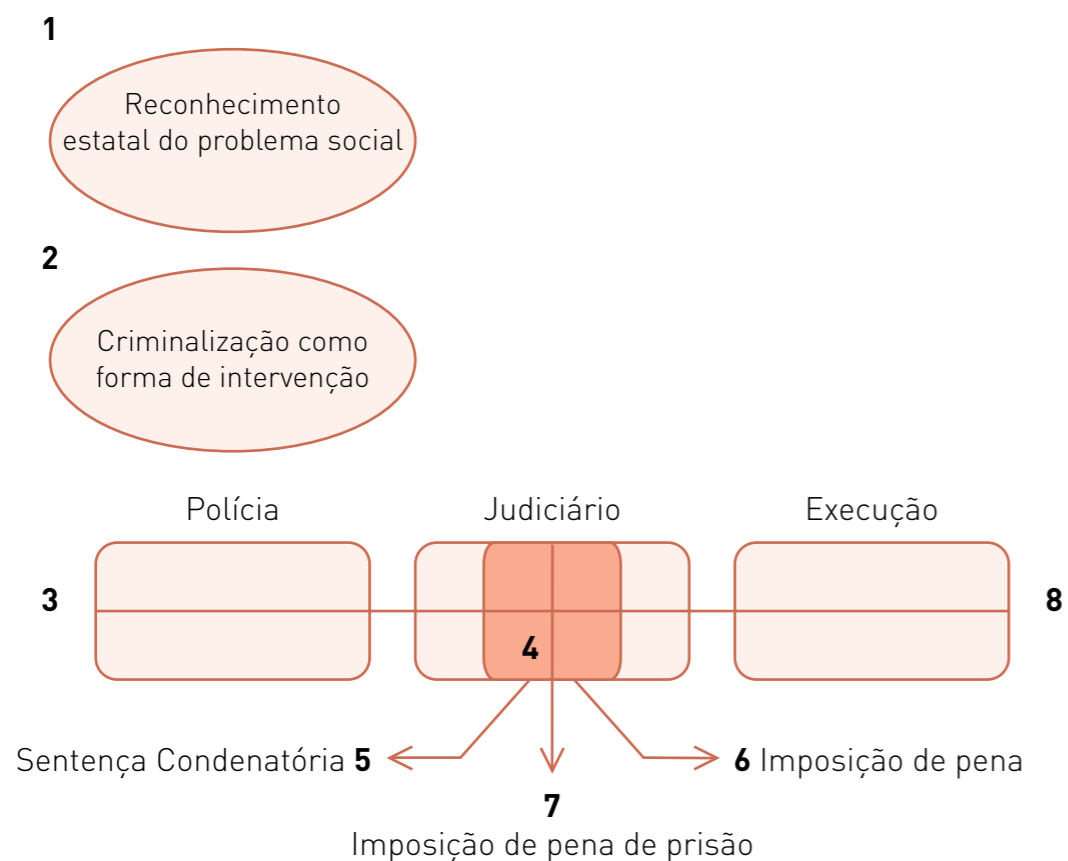
Ao analisarmos o conjunto de extratos que empregam o termo “impunidade” podemos identificar, de maneira geral, que essa noção busca expressar a frustração de alguma expectativa – “algo que deveria acontecer e não aconteceu”. A vocalização desta “ausência” aparece freqüentemente como “uma sensação”, um “sentimento” e algo “a combater”.

Como se verá a seguir, os extratos que empregam explicitamente este termo referem-se a diferentes ausências. A pena de prisão é somente uma delas. Isto é, a sucessão de rápidas associações entre o termo “impunidade” e a “ausência de punição”, e entre

“punição” e “prisão” constitui apenas um dos sentidos possíveis que os dados colhidos nesta pesquisa permitiram identificar. É claro que em várias situações, a substituição da idéia de impunidade pela demanda de imposição de uma pena de prisão poderia ser vista como uma atribuição de sentido compatível com o teor do documento legislativo ou do conteúdo da entrevista. No entanto, estes mesmos trechos podem ser lidos como demandas/expectativas de etapas ou acontecimentos *anteriores à imposição de pena*.

O rol abaixo busca sistematizar os diferentes momentos ou etapas da intervenção penal aos quais se referem “as ausências” que o termo impunidade pode conter. Nos limites deste relatório, serão apresentadas a seguir ilustrações de quatro delas⁵⁹:

Figura 5 – Etapas da intervenção penal ⁶⁰



59 As ilustrações dos demais momentos serão realizadas com base nas doze Justificativas aos Projetos de Lei que mencionam explicitamente o termo impunidade.

60 (1) Reconhecimento do Estado de que se trata de um problema social grave; (2) Recurso à criminalização como forma de intervir sobre o problema social; (3) Atuação das instituições do sistema de justiça criminal; (4) Instauração de processo criminal comum (negação de procedimentos alternativos); (5) Decisão penal condenatória; (6) Imposição de pena; (7) Imposição de pena de prisão; (8) Manutenção ou longa permanência em prisão.

Ao observarmos individualmente cada um desses momentos, podemos imaginar que as etapas seguintes são conseqüências necessárias ou não. Isto é, se o documento analisado indica que uma dada situação de impunidade decorre do grande número de transações penais, considera-se que a expectativa contida naquele trecho é pela etapa imediatamente após (no caso, o processo penal comum) e não todas as demais etapas que podem ou não vir a ocorrer. Em outras palavras, no tal trecho, se a idéia de impunidade está vinculada ao fato de que muitos casos terminam em transação penal, não se pode extrair que para que não houvesse impunidade naquela situação concreta seria necessária a imposição de uma pena de prisão.

Em função disso, este esforço de identificação da “etapa ou do momento” ao qual se atrela a idéia de impunidade busca tomar distância e minimizar os efeitos da centralidade atribuída à pena de prisão atualmente.

Os trechos selecionados a seguir referem-se a situações nas quais o termo impunidade é utilizado sem vinculação a ausências especificamente relacionadas à atuação do sistema de justiça criminal (Momento 1). A ausência que a utilização deste termo busca expressar é o reconhecimento por parte do Estado e da sociedade de que tal questão, no caso a violência doméstica, constitui um grave problema social em relação ao qual algo deve ser feito.

As desigualdades de gênero entre homens e mulheres advêm de uma construção sócio-cultural que não encontra respaldo nas diferenças biológicas dadas pela natureza. Um sistema de dominação passa a considerar natural uma desigualdade socialmente construída, campo fértil para atos de discriminação e violência que se “naturalizam” e se incorporam ao cotidiano de milhares de mulheres. As relações e o espaço intra-familiares foram historicamente interpretados como restritos e privados, proporcionando a complacência e a **impunidade** (Exposição de Motivos do PL-4559/2004)⁶¹.

Apenas recentemente, a violência de gênero no âmbito doméstico deixou de ser invisível aos olhos do mundo. As relações e o espaço intra-familiares foram historicamente interpretados como restritos e privados, o que proporcionou a complacência e a **impunidade** para com a violência praticada nesse âmbito. Criou-se um senso-comum, apoiado na idéia de que “em briga entre marido e mulher não se mete a colher”, acreditando-se que aquilo que ocorre entre familiares não é de responsabilidade de terceiros e não ameaça a ordem social (Anteprojeto de Lei de combate à violência contra a mulher do GTI).

61 Exposição de Motivos do Projeto de Lei 4559/2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/256085.pdf>. Último acesso: 18.02.2010.

O mais grave, neste contexto familiar e relativamente resguardado da vigilância pública no qual ocorre a violência doméstica, é a sensação de **impunidade** que respalda a ação do agressor. Pois, no caso dos segmentos menos favorecidos, além da forte situação de assimetria de condições entre os gêneros, impera também a desinformação e a falta de acesso as políticas públicas, de saúde, assistência social, psicológica e jurídica requeridas pela situação de violência vivida pela mulher. (deputada Jandira Feghali, em parecer ao Projeto de Lei nº. 4559/2004 na CSSF, em 23/08/2005).

De diferentes formas, estes trechos coincidem em atribuir à noção de impunidade certa ausência de apropriação pública ou estatal do problema.

A impunidade é uma “sensação” que *respalda* a ação do agressor, diz o documento. O conteúdo de impunidade aqui parece estar mais vinculado à busca de formas de repugnar, de marcar uma oposição à ação do agressor, isto é, de encontrar mecanismos que, ao invés de respaldá-la, expressem a “desconformidade” ou “condenem” sua ação. Nesses três trechos, o termo impunidade parece ser veiculado para chamar atenção para um grave problema social em relação ao qual não se considera haver suficiente ou adequado reconhecimento e ação estatal para sua contenção.

O excerto abaixo incorpora expectativas propriamente jurídicas na “ausência” que parece associar à noção de impunidade (Momento 3).

Cientes de que este problema social não deve ser combatido por meio da intensificação de punibilidade dos perpetradores da violência, mas sim pelo combate à impunidade e pela introdução na legislação de mecanismos de proteção para as mulheres, que possam provê-las de efetivas alternativas cíveis e criminais para se romper o ciclo da violência, é que este Consórcio Feminista apresenta a presente minuta de anteprojeto de lei federal.

Trata-se de uma proposta que busca afastar a aplicação do procedimento disciplinado pela Lei nº. 9.099/1995, onde se prevê, dentre outros mecanismos legais impróprios para coibir a violência doméstica contra as mulheres, a transação penal como causa extintiva da punibilidade, o que tem garantido a mais ampla impunidade aos agressores (Anteprojeto de Lei de combate à violência contra a mulher do GTI).

Neste trecho, o Grupo de Trabalho Interministerial recorre ao termo impunidade para apresentar e justificar a minuta de anteprojeto de lei.

No primeiro trecho, a violência doméstica é descrita como “problema social” a ser combatido. Ao indicar os mecanismos pelos quais consideram que este combate deve se realizar, indicam, textualmente, estar cientes de que reforçar a punição dos agressores não

deve constituir um deles. Para atingir o problema social, propõem: “o combate à impunidade”, em primeiro lugar, e o estabelecimento de mecanismos de “proteção às mulheres”. Esta utilização do termo “impunidade” exclui de imediato a ênfase na punição do agressor, deslocando-a para outros momentos/etapas da atuação do Estado face ao problema social.

No segundo trecho, diferentemente, o termo impunidade é utilizado para enfatizar falhas ou inadequações no procedimento dos Juizados Especiais Criminais, de forma muito semelhante aos trechos abaixo (Momento 4).

O atual procedimento inverte o ônus da prova, não escuta as vítimas, recria estereótipos, não previne novas violências e não contribui para a transformação das relações hierárquicas de gênero. Não possibilita vislumbrar, portanto, nenhuma solução social para a vítima. A política criminal produz uma sensação generalizada de injustiça, por parte das vítimas, e de impunidade, por parte dos agressores (Exposição de Motivos do PL- 4559/2004)⁶².

Este excerto narra a complexidade e a extensão do problema social e a incapacidade de um determinado procedimento para lidar com ele. Nesse contexto, a atuação do sistema penal, por intermédio do procedimento de conciliação civil e transação penal previsto na lei 9099/95 (o “atual procedimento” mencionado no trecho) não traz uma “solução social para a vítima”. Essa ausência de “solução social” provoca sensações de injustiça e de impunidade, isto é, não contribui e, ainda por cima, agrava o problema social que se busca afrontar.

É importante notar que em nenhum dos trechos citados até o momento veiculam-se, com a idéia de impunidade, expectativas sobre funções específicas que seriam desempenhadas pela pena na gestão do problema social em questão. A lista de expectativas para a elaboração de uma “política criminal” que não produza sensação de injustiça e impunidade inclui (i) espaço e credibilidade para a narrativa das vítimas; (ii) mecanismos de intervenção direta sobre a situação problemática e (iii) uma forma de atuação por parte dos atores do sistema de justiça criminal que não reproduza o problema social em questão.

Nesses casos, portanto, a utilização do termo “impunidade” não parece encarnar uma expectativa de intervenção penal que desemboque necessariamente na imposição de uma pena de prisão.

⁶² Exposição de Motivos do Projeto de Lei 4559/2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/256085.pdf>. Último acesso: 18.02.2010.

O trecho a seguir refere-se também à “impunidade” decorrente da aplicação da lei 9099/95, mas acrescenta um novo elemento:

Ao analisarmos dez anos de atuação dos Juizados Especiais vemos que os resultados reforçam a impunidade, permitindo a reincidência e agravamento do ato violento - 90% dos casos são arquivados ou levados a transação penal (deputada Jandira Feghali, em parecer ao Projeto de Lei nº. 4559/2004 na CSSF, em 23/08/2005). Neste caso, o termo “impunidade” é utilizado dentro do sistema de justiça criminal. O “reforço” à impunidade decorre do arquivamento do caso ou da utilização do mecanismo da transação penal, por meio da qual o Ministério Público propõe uma sanção não prisional ao agressor. A expectativa neste caso é que haja processo penal.

Mas este trecho vincula a idéia de impunidade à “reincidência”, ao que parece, à repetição dos atos violentos. Neste caso, parece haver atribuição de um conteúdo diferente ao termo impunidade: “se tivéssemos punido após o processo e, no limite, com penas não alternativas (o que ocorreria com a transação penal) os agressores não teriam voltado a utilizar a violência”. Aqui se pode visualizar a atribuição de certa função *dissuasória* à existência do processo penal comum e à aplicação de sanções prisionais.

No decorrer do estudo de caso sobre a nova lei de drogas, foi possível identificar a utilização da idéia de impunidade em expressa referência à imposição de uma sanção prisional. Trata-se de um dos PLs propostos para modificar a legislação vigente que não acopla à conduta do usuário de drogas uma norma de sanção que autorize a imposição de pena carcerária. De acordo com a Justificativa ao Projeto de Lei nº. 4.981/2009, que fixa pena de detenção de seis meses a três anos ao usuário:

[O projeto] pretende resgatar as sanções legais que minimizavam a sensação de impunidade ao tempo em que facultamos ao usuário a manutenção das medidas hoje a ele aplicadas caso colabore voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação de autor ou partícipe de crime de tráfico de drogas.

Neste caso, a sensação de impunidade é associada à previsão de sanções não carcerárias junto à norma de comportamento, ainda que possam vir a ser aplicadas em situações muito particulares de colaboração voluntária (Momento 7).

É importante destacar que a variação do sentido atribuído ao termo impunidade pode ocorrer dentro de uma mesma comunicação. A entrevista com a Ministra Nilcéa

Freire permite visualizar a coexistência de diferentes “ausências” na utilização do termo impunidade. Ao justificar a proposta de elevar a pena da violência doméstica, a entrevistada afirma que:

O aumento da pena de um para três anos diz muito mais respeito a um artifício legislativo para reforçar a saída da 9.099 do que propriamente o intuito do legislador de aumentar a pena. O que se queria e o que se quer é inibir a violência e torná-la uma questão que não está associada à impunidade. Não existia um objetivo de aumentar a pena para três anos, mesmo porque os casos em que a pena era maior, eles já estavam resguardados na legislação penal anterior. (Ministra Nilcéa Freire)⁶³

No trecho acima, a Ministra Nilcéa Freire emprega espontaneamente o termo “impunidade” para sintetizar as justificativas do aumento de pena para o crime de violência doméstica e a conseqüente eliminação deste crime do âmbito de aplicação da Lei nº. 9099/95. O objetivo central, de acordo com a Ministra Nilcéa Freire, é inibir a violência doméstica e desassociá-la da idéia de impunidade. Perguntada sobre o conteúdo que atribuía à noção de impunidade, nossa entrevistada responde:

Para mim a **impunidade** na época estava associada a duas coisas: a primeira é que efetivamente não havia por parte do Estado brasileiro, o seu envolvimento com a violência doméstica, eu digo que a situação de enfrentamento da violência doméstica no país é antes e depois da Lei Maria da Penha, há legislação específica e há uma legislação que diz que o Estado brasileiro está implicado na resolução dessa questão, que tem repercussão sobre toda a sociedade, portanto o Estado tem a ver com isso sim e é responsável pela resolução desse problema (Ministra Nilcéa Freire).

Nesta primeira atribuição de sentido, é interessante notar que a expectativa é de que a violência doméstica seja reconhecida como problema social em relação ao qual o Estado deve necessariamente estar implicado em buscar formas de resolução (Momento 1.). Nesta situação, não há, sequer, associação do termo impunidade com uma forma de intervenção propriamente *jurídica e penal*.

E a entrevistada prossegue:

E segundo, é a questão das penalidades aplicadas, mais do que a morosidade do processo, eu acho que ficou muito associado no imaginário a questão das cestas básicas, as chamadas “penas alternativas”, que virou a mesma coisa que briga de

⁶³ Entrevista concedida em 21/01/2010.

moleque na rua e então vai varrer a calçada. Isso contribui muito para esse ódio que as mulheres tinham da 9.099 (Ministra Nilcéa Freire).

Neste trecho, a noção de impunidade está claramente associada à recorrente utilização, pelo Poder Judiciário, de uma das formas de prestação pecuniária que, por sua vez, constitui uma das “penas alternativas” aplicáveis nestes casos: a doação de cestas básicas para entidades⁶⁴.

Em face disso, perguntamos explicitamente quais deveriam ser então as penalidades aplicadas a esses casos. A resposta da Ministra Nilcéa Freire enfatiza a complexidade e diversidade das situações concretas levadas diante do juiz. E, em consonância com esta forma de observar o problema social, ao invés de indicar “uma sanção adequada”, refere-se a um *leque de possibilidades* que devem estar à disposição de uma “rede bem treinada” para gerir o problema.

Para nós, a existência do juizado especializado, de uma rede bem treinada porque existe um padrão, mas cada caso é um caso, então você tem desde situações em que é preciso prender, até para que este homem não se torne um assassino, até para resguardar a ele mesmo, porque aquela situação não tem solução em curto prazo, até situações em que se pode preconizar que este homem fique sob vigilância durante um período de tempo e que ele tenha que se apresentar à autoridade policial e ele tenha que obrigatoriamente freqüentar um programa de responsabilização. Por isso que a gente trabalha, e na lei está colocado, os programas e centros de reeducação de agressores no âmbito do Judiciário, não é grupo de auto-ajuda, não é grupo de reflexão, é grupo de responsabilização, ele tem que saber que ele está indo ali não é para ser curado, porque isso não doença, é para ter a oportunidade de reformular o seu comportamento, como qualquer outro criminoso (Ministra Nilcéa Freire).

A referência à necessidade de, em certos casos, “prender” o agressor parece fazer referência a formas de detenção provisória. Parece ser a intervenção cautelar imediatamente após o episódio de violência, revestido de determinadas características, que cumpre o papel de impedir que atos semelhantes subsequentes possam ter desfechos

⁶⁴ A narrativa de insatisfação das mulheres em relação à Lei 9099/95 aparece de forma muito clara na entrevista com Maria Amélia Teles: “A lei 9.099 não ajudava em nada, fazia a mulher desanimar, era para cutucar o inimigo com a vara curta, porque você denuncia e volta para casa e ele falava: ‘Você me denunciou e agora vai apanhar mesmo!’ Então funcionava mais como uma intensificação da violência e não [como forma] de reduzi-la. E tinha a tal da cesta básica, que era usada, eles [os agressores] faziam o acordo, a transação penal, e aí eles [os juizes] falavam ‘agora você vai para a casa, está tudo bem, só que você vai ter que dar uma cesta básica para a entidade do bairro’. Neste trecho, é possível perceber que a crítica à 9099/95 dirige-se sobretudo a esta comunicação do Poder Judiciário de que ‘está tudo bem’, isto é, de que não se está diante de um problema social sério que deve ser gerido como tal.”

muito mais graves e até mesmo fatais. Em seguida, a entrevistada indica formas de sanção cujo objetivo é promover uma “oportunidade de reformular o seu comportamento”, todas elas fora do ambiente prisional.

B. SÍNTESE DOS RESULTADOS OBTIDOS

Os resultados obtidos no decorrer desta pesquisa podem ser sistematizados ao redor dos dois obstáculos à inovação em matéria penal que destacamos no início deste relatório: (i) o par indissociável entre “crime” e “pena” (sobretudo de prisão) e (ii) a mobilização das teorias (modernas) da pena para justificar as proposições legislativas.

1. Em primeiro lugar, é possível observar que a produção legislativa em matéria penal concentra-se fortemente na criação de normas de sanção. Como vimos, 57% das normas estudadas nesta pesquisa constituem normas de sanção. Este percentual é substancialmente superior às normas de comportamento que perfazem 37% do total de normas.

1.1. O “tipo de base” (“Matar alguém. Pena de reclusão de 6 a 12 anos” = comportamento + sanção) constitui o formato encontrado com maior freqüência, em 63% das normas de sanção analisadas. É importante observar que um percentual considerável de normas de sanção se expressa na forma “causa de aumento” (34%). Do ponto de vista da estruturação do direito criminal, trata-se de um dado relevante. Por intermédio dos “tipos de base”, são inseridos novos comportamentos criminalizados e, com eles, novas sanções. Nas normas de sanção no formato de causa de aumento, diferentemente, agrega-se a um comportamento já previsto uma nova circunstância ou característica possibilitando o aumento da punição inicialmente prevista.

Trata-se, nesses casos, de especificar uma peculiaridade ou um traço característico do próprio comportamento, de seus atores (réu e/ou vítima) ou, ainda, do contexto em que se insere o comportamento criminalizado. Isso quer dizer que um mesmo comportamento pode servir de base para uma série de variações típicas. Apenas a título de exemplo, a conduta “matar alguém”, embora presente em diversas normas propostas em nossa primeira amostra, pôde ser diferenciada com base nos diferentes contextos em que ela é regulada, dado que o homicídio cometido com o intuito de exterminar grupo étnico ou racial está inserido em contexto diverso daquele praticado à traição contra combatentes inimigos (em um caso, protege-se a igualdade entre os grupos, no outro, protege-se

a idéia de “guerra justa”); da mesma forma, uma conduta de lesão corporal pode ser qualificada se praticada contra uma criança ou uma mulher.

Vale notar, enfim, que em 70% das 303 normas de sanção expressas sob a forma de causa de aumento a quantidade de aumento é fixada na própria norma (Ex. “aumenta-se em 2/3”, “aplica-se em dobro”). E nos demais, há previsão de margem, isto é, de um mínimo e um máximo, entre os quais deverá o juiz determinar o aumento de pena.

1.2. No tocante à qualidade das sanções, foi possível identificar que 60% das normas estabelecem sanções prisionais. O restante diz respeito à pena de multa (75% das sanções não prisionais) e a variações da sanção de “perda do cargo”. Em relação à pena de multa, é importante observar que tão somente 2% delas aparecem de modo autônomo, isto é, como as únicas sanções previstas para um dado comportamento. Em 55% dos casos, as penas de multa aparecem como alternativas à prisão. Nestes casos ao julgador cabe escolher uma das duas qualidades de pena. Em todas as demais situações, a pena de multa aparece cumulada à pena de prisão, ou seja, o julgador não tem escolha no tocante à qualidade das penas.

2. No tocante às Justificativas, o presente relatório indicou que os documentos analisados nesta pesquisa são extremamente sucintos – 69% deles não passam de uma página. Ademais, de acordo com os critérios estabelecidos para a valoração do conteúdo das Justificativas, pode-se dizer que boa parte delas explicita mal ou de modo insuficiente (i) a situação-problema, (ii) as eventuais fontes jurídicas, experiências legislativas ou demandas sociais que serviram de base à formulação da proposição e (iii) a adequação da intervenção jurídico-penal sobre o problema. O quadro é muito semelhante entre as PECs. Apenas para se ter uma idéia, entre as 23 Justificativas analisadas, 13 não passam de uma página⁶⁵.

2.1. A dissuasão é a teoria da pena que aparece com maior frequência nas Justificativas dos Projetos de Lei. Vale a pena indicar que, em relação às Propostas de Emenda à Constituição, dissuasão e retribuição aparecem de forma equilibrada, ambas com sete casos. Ao contrário dos PLs em que não foram encontradas menções à teoria da neutralização, entre as PECs foi possível identificar três casos, relacionados a crimes sexuais e a crimes hediondos⁶⁶.

⁶⁵ Para outros detalhes sobre as PECs ver Anexo 5 – Propostas de Emenda à Constituição – da versão digital do presente relatório.

⁶⁶ Para outros detalhes sobre as Justificativas das PECs ver anexo 5 – Propostas de Emenda à Constituição – da versão digital do presente

2.2. É importante registrar também que, como se viu anteriormente, as teorias da pena veiculadas nas Justificativas analisadas nesta pesquisa estão limitadas quase exclusivamente às teorias da primeira modernidade penal que favorecem fortemente o recurso à prisão como forma precípua de resposta estatal. Além da citação reproduzida ao final da seção anterior, no âmbito de um dos estudos de caso, nenhuma das 123 Justificativas analisadas aqui, entre PLs e PECs, fez sequer menção à teoria da reabilitação formulada a partir dos anos 1960 e que enfatiza a inserção do indivíduo por intermédio de sanções não prisionais.

Ademais, foi possível identificar que, mesmo quando as Justificativas não veiculam diretamente as teorias da pena, vários outros argumentos que estão, por assim dizer, na órbita dessas teorias, desempenham o mesmo papel de favorecimento à ampliação e intensificação da intervenção penal. É o caso das noções de bem jurídico, de proporcionalidade, bem como, em várias, mas não todas as situações, da noção de impunidade.

3. Por fim, é possível dizer que, no decorrer deste estudo, encontramos raríssimas proposições que se situam na contramão das iniciativas por “mais crimes” e “mais penas”. Apenas uma entre as 837 normas de sanção processadas propõe uma causa de diminuição da pena. Apenas duas entre as 579 normas de comportamento estudadas propõem a redução de um crime já existente. Nenhuma norma de comportamento sugere a descriminalização. Nenhuma norma de sanção propõe a despenalização. As sanções não prisionais são marginais, concentram-se na forma cumulativa – e não de forma autônoma – e se limitam à multa e a variações da “perda do cargo”. É justamente entre as poucas normas de processo (4% do total de normas analisadas) que encontramos as duas únicas proposições que podem ser vistas como esforços de inovação do direito criminal: o PL-7013/06 que busca impedir a prisão preventiva em crimes de furto de valor insignificante e a PEC-524/2006 destinada a instituir o “princípio da insignificância” para algumas situações muito específicas.

relatório.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DOCUMENTAIS

- AGÊNCIA CÂMARA. Deputado defende sanção de lei sobre drogas, em 09.01.2002. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/14599-Deputado-defende-sancao-de-lei-sobre-drogas.html>.
- AGÊNCIA ESTADO. ONU critica lei do Brasil sobre droga. Disponível em: <http://m.estadao.com.br/noticias/impresso,onu-critica-lei-do-brasil-sobre-droga,515922.htm>.
- AMARAL, Thiago Bottino (coord.) (2010). Medidas assecuratórias no processo penal. Série Pensando o Direito, 25/2010.
- AMELUNG, Knut (1972). Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtliche Grundlage. Frankfurt am Main, Athenäum-Verlag, 1972.
- ANASTASOPOULOU, Ioanna (2005). Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter. Munique, C.H. Beck Verlag, 2005.
- BARSTED, Leila e LAVIGNE, Rosane. Proposta de lei de violência doméstica contra as mulheres. In Carta da CEPIA, Ano II. 2002. Disponível em: <http://www.cepia.org.br/doc/cartadacepia10.pdf>. Último acesso: 22.03.2010.
- BATISTA, Nilo (1999). Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. Rio de Janeiro, Revan, 1999.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore (2007). "Delitos sem bens jurídicos?". In: Boletim IBCCRIM, n. 181, Dez. 2007;
- BINDING, Karl (1922). Die Normen und ihre Übertretung. Volume I: Normen und Strafgesetze, 4ª Edição. Leipzig, Felix Meiner Verlag, 1922.
- BIRNBAUM, Johann Michael Franz (1984). "Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung". In: Archiv de Criminalrechts. Neue Folge Band 15, 1984.
- BITENCOURT, César Roberto (2007). Tratado de Direito Penal, Vol I: Parte Geral. 11ª Edição. São Paulo, Saraiva,

- 2007.
- BOITEUX, Luciana. O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.
- _____. A nova lei antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ano 14, nº 167, outubro de 2006, pp. 8-9.
- DATADEZ, "Drogas: Aprovada criação do Sistema Nacional de Políticas", em 13.07.2006. Disponível em: <http://www.datadez.com.br/content/noticias.asp?id=27990>. Último acesso em 18.12.2009.
- CFEMEA, Projeto de Violência Doméstica ganha substitutivo e será votado dia 24, de 19 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.cfemea.org.br/violencia/noticias/detalhes.asp?IDNoticia=32>.
- _____. Cronologia das Atividades do Consórcio de ONGs na Elaboração de uma Lei de Violência Doméstica, de 2 de março de 2007. Disponível em: http://www.contee.org.br/secretarias/etnia/materia_7.htm
- _____. Mobilização por uma Lei Integral de Enfrentamento da Violência Doméstica contra as Mulheres, de 15 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.cfemea.org.br/violencia/noticias/detalhes.asp?IDNoticia=22>.
- CONJUR. Procuradores defendem vetos a artigos da nova lei antitóxico, em 09.01.2002. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-jan-09/procuradores_defendem_vetos_artigos_projeto.
- _____. MP pede a FHC veto pra projeto que institui nova lei antidrogas. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-jan-07/entidade_fhc_veto_projeto_lei_antitoxico.
- DUBE, Richard (2008). « Système de pensée et réforme du droit criminel : les idées innovatrices du Rapport Ouimet (1969) ». Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Sociologia da Universidade do Quebec.
- ESTADO DE SÃO PAULO, "Uma Maria especial", de 07 de março de 2010. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,uma-maria-especial,519952,0.htm>.
- GARCIA, Margarida (2002). « Le Code à la carte. Étude des demandes de modification des règles de procédure du Code Criminel canadien, entre 1892 et 1927 ». Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Criminologia da Universidade de Ottawa.
- GOMES, Luiz Flávio (2002). Norma e bem-jurídico no Direito Penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9180>.

GRECO, Luis (2004). "Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito". In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 49, 2004.

HASSEMER, Winfried (1973). Theorie und Soziologie des Verbrechens - Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre. Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1973.

_____ (1995). "Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik". In: Strafverteidigung, n° 9, 1995.

_____ (2003). "Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?". In: HEFENDEHL, Roland (Org.). Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?. Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003.

HEFENDEHL, Roland (2002). Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht. Berlin, Karl Heymanns, 2002.

JAKOBS, Günther. "Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico". In: Estudios de Derecho Penal. Madri, Civitas, 1997. P. 294-295.

JESUS, Damásio de (2000). Lei antitóxicos, 6ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2000.

KINDHÄUSER, Urs (1989). Gefährdung als Straftat. Gefährdung als Straftat – rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1989.

LAVIGNE, Rosane Maria Reis. Lei Maria da Penha: o movimento de mulheres chega ao Poder Judiciário. Direitos Humanos e Poder Judiciário no Brasil - Federalização, Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais. / Organizador José Ricardo Cunha. — Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009.

LASCOUMES, P.; PONCELA, P. e LENOEL, P. (1989). Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal. Paris : Hachette, 1989.

LISZT, Franz Von (1888). "Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht". In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. N° 8.

LUHMANN, Niklas (1998 [2007]) La sociedad de la sociedad. México: Herder/Universidad Iberoamericana.

MACHADO, Maíra Rocha (2004). Internacionalização do Direito Penal: A Gestão de Problemas Internacionais por meio do Crime e da Pena. São Paulo: Editora 34, 2004.

_____; PIRES, Alvaro; FERREIRA, Carolina Cutrupi; SCHAFFA, Pedro Mesquita (2009b). A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas. Série Pensando o Direito, 17/2009.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; MACHADO, Maíra Rocha; ANDRADE, Fábio Knobloch de (2009). SISPENAS - Sistema de Consulta sobre Penas, Crimes e Alternativas à Prisão – Série Pensando o Direito, n° 6/2009.

_____ (2007). Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs e a dogmática penal contemporânea. Tese de Doutorado apresentada no Departamento de Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

MARX, Michael (1972). Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut". Köln, Karl Heymanns.

MÜSSIG, Bernd (1994). Schutz abstrakter Rechtsgüter und Abstrakter Rechtsgüterschutz. Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 1994. PARENT, C. (2004). «Le système judiciaire dans la lutte contre la violence exercée contre les conjointes : une mesure incontournable mais piégée», La violence conjugale, In : BOAS, A. ; LAMBERT, J. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, Collection Droit et Justice, pp. 247-257.

PARENT, Colette; CODERRE, C. (2005). "Les politiques fédérales sur la violence faite aux femmes: la tolérance zéro comme panacée", Femmes et politiques: l'État en mutation. In: MASSON, D. (dir.), Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2005, pp. 211-242.

_____ (2004). "Paradoxes des théories féministes sur la violence contre les conjointes", La revue nouvelle, n. 11, 2004, pp. 36-45.

PIRES, Alvaro; CELLARD, A.; PELLETIER, G. (2001). "L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien". In: FRAILE, P. (dir.). Régulation et gouvernance. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique, Barcelone, Publicacions Universitat de Barcelona, pp. 195-217.

_____ (1999) "Alguns obstáculos a uma mutação "humanista" do direito penal." Sociologias, vol.1, n.1, p.64-95.

_____ (2001) "La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique." Sociologie et Société, vol.33, n.1, p.179-204.— (2002a) "La "ligne maginot" en droit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince." In: R. De Giorgi (org.), Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta. Lecce: Edizioni Pensa Multimedia.

_____ (2006) "Tomber dans un piège? Responsabilisation et justice des mineurs." In: F. Digneffe e T. Moreau (org.), La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale. Bruxelles:

Larcier, p.217-241.

_____ (2007) "Une 'utopie juridique' et politique pour le droit criminel moderne?" *Criminologie*, vol.40, n.2, p.9-18.

_____ (2008) "Théories de la peine: introduction générale." Unpublished document. Ottawa: Canadian Research Chair in Legal Traditions and Penal Rationality. University of Ottawa.

_____; ACOSTA, Fernando (1994). "Les mouches et la bouteille à mouches: utilitarisme et rétributivisme classiques devant la question pénale." *Carrefour*, vol.XVI, p.8-39.

_____; CAUCHIE ; Jean-François (2007). "Un cas d'innovation "accidentelle" en matière de peines: une loi brésilienne sur les drogues", *Champ Pénal*, Research Seminar available online on September, 28th, 2007. Disponível em: <http://champpenal.revues.org/document1541.html>.

_____; GARCIA, Margarida (2007). "Les relations entre les systèmes d'idées: droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort". In: CARTUYVELS, Y. et alii (orgs.). *Les Droits de l'Homme, Bouclier ou Épée du Droit Pénal?*, Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis.

_____ (1998). "La Formation de la Rationalité Pénale Moderne au XVIII siècle". In: *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine*. Vol. II. Perspectives Criminologiques. Ottawa: Les Presses de L'Université d'Ottawa, 1998, p. 01-220.

_____ (2002) "Codifications et Reformes Pénales". In: *Crime et Sécurité, L'état des savoirs*. Mucchielle, Laurent et Robert, Philippe (sous la direction de). Paris: Éditions La Découverte, 2002, p. 84-96.

_____ (2004a). La línea maginot en el derecho penal : la protección contra el crimen versus la protección contra el príncipe" in *Revista Brasileira de CiênciasCriminais*, vol. 12, no 46, jan-fev de 2004, p. 11-45.

_____ (2004b). "A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos" in *Novos Estudos CEBRAP*, n ° 68, março de 2004, p. 39-60

_____ (2005) "A face bélica das formações sociais do capitalismo pós industrial e globalizado : do sistema penal regular à eliminação das garantias dos direitos fundamentais - as sombrias perspectivas a partir de Guantánamo" em *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Maria Lúcia KARAM (org.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 191 a 220.

_____ (2006). O que é preciso mudar para que o direito penal possa evoluir. Seminário

Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 12. IBCCRIM, 2006. Vídeo.

REGIS PRADO, Luiz (2003). *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo, *Fuga do Direito: Um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*, São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Ângela. *Violência doméstica – um caso exemplar*. Disponível em: http://www.mulheresnobrasil.org.br/pdf/PMB_Cap8_Reportagem.pdf.

SCHÜNEMANN, Bernd (1995). "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft". In: *GoltdammersArchivfürStrafrecht*, 1995.

_____. (2007). El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos: sobre los limites inviolables del derecho penal en un Estado liberal del derecho. Bogotá, Universidad Externato de Colombia.

SGUBBI, Filippo (1998). *El delito como riesgo social: investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires, Ábaco Editorial, 1998.

SILVEIRA, Renato Mello de Jorge (2003). *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, Juarez (2002). *Teoria do injusto penal*. 2ª Edição. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2002.

XAVIER, José Roberto F. (2010). O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matéria de penas, *RBCCRIM*, n. 84, p. 271 a 311.

WOHLERS, Wolfgang (2000). *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*. Berlim, Duncker& Humboldt. 2000.

ii. Documentais

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. *Plano Nacional de Políticas Para Mulheres*, 2005. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/spmulheres/>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados sobre o projeto de lei 7134/2002, de relatoria do deputado Paulo Pimenta. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/197758.pdf>.

Esta pesquisa reflete as opiniões de seus autores e não a do Ministério da Justiça

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO 12.051, Relatório Nº 54/01, (Maria da Penha Maia Fernandes) (BRASIL). Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2001port/capitulo3c.htm>. Último acesso em 12.02.2010.

SENADO FEDERAL. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 115, de 2002 (PL 07134 de 2002, na origem), do senador Romeu Tuma. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=24676>.

_____. Parecer da Comissão de Assuntos Sociais sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 115, de 2002 (PL 07134 de 2002, na origem), do senador Sérgio Cabral. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=27349>.

_____. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 115, de 2002 (PL 07134 de 2002, na origem), do senador Romeu Tuma. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=24676>.

_____. Parecer da Comissão de Educação do Senado Federal sobre o PL 105/96, relatoria do Senador Ricardo Santos. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=29158>. Último acesso em 17.12.2009.