

qualquer acusado tem: o direito ao provimento jurisdicional motivado, a teor do que prescreve o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e o direito ao duplo grau de jurisdição, em toda sua extensão, extraído da cláusula do devido processo legal, art. 5º, inciso LIV, do Texto Constitucional.

Por outro lado, para não perpetuar o atual quadro de desigualdade e iniquidade entre os acusados julgados pelo Tribunal do Júri e os demais, ainda que não se mantivesse, no novo Código de Processo Penal, a exigência de condenação por maioria qualificada, para suplantar o problema, poder-se-ia pensar na recriação do protesto por novo júri. Não nos moldes anteriormente vigentes, calcado exclusivamente no *quantum* de pena resultante da condenação no Tribunal do Júri, mas baseado exatamente no critério da condenação por maioria simples.

A esse respeito, escreveu, na doutrina, o eminente Professor **Gustavo Badaró**,⁽²⁾ recordando que, em legislações estaduais passadas, já adotou-se, como fundamento do protesto por novo júri, a condenação por maioria simples, citando nesse sentido, entre outros, os diplomas paulistas consubstanciados na Lei estadual nº 18, de 21.11.1891, na Lei estadual nº 80, de 25.08.1892, e no Decreto nº 1.575, de 19.02.1908.

Não é de se argumentar, em oposição a tal proposta, que o sigilo da votação seria desprotegido. É que a apuração por quatro votos a três não evidencia quem teria votado pela condenação ou pela absolvição. Ademais, pode-se manter também a inexistência de declaração do resultado, como bem pondera **Gustavo Badaró**,⁽³⁾ no mesmo escrito antes citado, limitando-se o juiz presidente, após a conferência das cédulas, a proclamar que, por maioria de um voto, o quesito atinente à absolvição foi respondido negativamente, admitindo-se, assim, o protesto por novo júri.

SENHOR LEGISLADOR, POR FAVOR, DESCRIMINALIZE AS NOSSAS CONTRAÇÕES PENAIIS!

Guilherme Gouvêa de Figueiredo

O tempo presente se singulariza pela ruptura e pelo casuísmo. Ruptura e casuísmo que sugerem, atentos nós a um específico nódulo de preocupações, um esfumaçar dos limites entre o direito penal e o administrativo.

Como refere **Silva Sánchez**, é uma característica do direito penal contemporâneo ter vindo a se afirmar na tutela de “contextos” cada vez mais amplos, como proteção antecipada de condições para o desfrute dos bens jurídicos mais clássicos (como a vida ou o patrimônio).⁽¹⁾ Assiste-se, desse modo, uma “dissolução” do conceito de bem jurídico quando, deixando de se circunscrever a interesses pessoais claramente referenciáveis, passa a abranger novas necessidades coletivas ou “unidades funcionais de valor”.⁽²⁾ O que, na

Seja adotando a exigência de maioria qualificada para condenar – o que nos parece mais adequada – seja recriando o protesto por novo júri, para as hipóteses de condenações por maioria simples, como alternativa, o problema precisa ser superado, prestigiando a dignidade humana e reduzindo as desigualdades entre os acusados submetidos ao Tribunal do Júri e os julgados por outros delitos que não são de sua competência. Só há sentido na reforma processual penal ampla, que origine novo Código, se as grandes questões – como a condenação por maioria simples no Júri – forem enfrentadas e superadas. Caso contrário, não há reforma, mas apego e repetição das velhas fórmulas. Em uma só frase: é preciso ousar!!

* Observação: o artigo foi remetido ao Conselho Editorial em 3 de dezembro. No dia 8, o Projeto de Lei foi aprovado, em segundo turno, no que pertence ao tema aqui debatido, nos mesmos termos aprovados em primeiro turno.

NOTAS

- (1) “Art. 369. Verificando que se encontram na urna as cédulas relativas aos jurados presentes, o juiz presidente sorteará 08 (oito) dentre eles para a formação do Conselho de Sentença.” “Art. 385. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: I – se deve ser o acusado ser absolvido; II – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; III – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia. (...) § 2º Respondido positivamente o primeiro quesito por 04 (quatro) jurados, o juiz presidente encerrará a votação, proferindo sentença absolutória”.
- (2) **BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy**. *Tribunal do júri*. Lei 11.689, de 09.06.2008. In: *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*, org. por **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**. São Paulo: RT, 2008, p. 241.
- (3) **BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy**. Ob.cit., p. 241.

Maria Elizabeth Queijo

Advogada.

Mestre e doutora em Processo Penal pela USP.



COORDENADORIAS REGIONAIS

1ª REGIÃO (AC, AM E RR)

Luis Carlos Valois

2ª REGIÃO (MA E PI)

Roberto Carvalho Veloso

3ª REGIÃO (RN E PB)

Oswaldo Trigueiro Filho

4ª REGIÃO (AL E SE)

Daniela Carvalho Almeida da Costa

5ª REGIÃO (ES E RJ)

Márcio Barandier

6ª REGIÃO (DF, GO E TO)

Pierpaolo Bottini

7ª REGIÃO (MT E RO)

Francisco Afonso Jawsnicker

8ª REGIÃO (RS E SC)

Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS

1ª ESTADUAL (CE)

Patrícia de Sá Leitão e Leão

2ª ESTADUAL (PE)

André Carneiro Leão

3ª ESTADUAL (BA)

Wellington César Lima e Silva

4ª ESTADUAL (MG)

Felipe Martins Pinto

5ª ESTADUAL (MS)

Marco Aurélio Borges de Paula

6ª ESTADUAL (SP)

João Daniel Rassi

7ª ESTADUAL (PR)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

8ª ESTADUAL (AP)

João Guilherme Lages Mendes

9ª ESTADUAL (PA)

Marcus Alan de Melo Gomes

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORES ADJUNTOS:

Caroline Braun, Cecília Tripodi e Renato Stanzola Vieira

“A relação completa dos colaboradores do **Boletim do IBCCRIM** encontra-se em nosso site”.

PRODUÇÃO GRÁFICA:

Ameruso Artes Gráficas - (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

“O **Boletim do IBCCRIM** circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas”.

“As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto”.

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Telefonista	0
Associação, pagamentos, recebimento de materiais	2
Cursos, Seminários, Publicações	3
Pós-Graduação, Laboratório	4
Mesa de Estudos e Debates	4
Biblioteca	5
Site	6
Comunicação e Marketing	7
Núcleo de Pesquisas	8
Diretoria e Presidência	9
www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br	
boletim@ibccrim.org.br	

orientado à proteção de “funções” cada vez mais amplas e de desenho cada vez menos apreensível, àquele conceito não se pode pedir muito. Percebe-se que, de um domínio que se concentrava em responder à lesão a bens individuais, transmuda-se (o direito penal) num outro que passa a intervir logo quando se exponha a perigo (abstrato) bens supraindividuais. Desse modo, para além do bem jurídico, que se tem por referência, ser pouco preciso – o que dificulta ou impossibilita seu potencial crítico e fundamentador do tipo –, o legislador opta por técnicas de incriminação em que o elo entre tipo de ilícito e bem jurídico existe apenas como *ratio legis* não sujeita a constatação no momento de aplicar o tipo. Em outras palavras, não é possível (ou necessário) comprovar um resultado desvalioso – mesmo que seja um resultado de perigo – para o bem jurídico que se tem por meta proteger.

Administrativização do direito penal significa, portanto, a assunção de uma nova postura político-criminal por parte do legislador. À custa do abandono do conteúdo liberal do conceito de bem jurídico, e com todas as implicações dogmáticas que daí advm, diz-se que o direito penal se administrativizou: “essa orientação à proteção de contextos cada vez mais genéricos (no espaço e no tempo) do desfrute dos bens jurídicos clássicos, leva o direito penal a entrar em relação com fenômenos de dimensões estruturais, globais ou sistêmicas, nos quais as aporções individuais, são, pelo contrário, de ‘baixa intensidade’”.

⁽⁶⁾ Como o que se protege são contextos genéricos e de questionável potencialidade crítica, o direito penal é levado a responder, com seus instrumentos próprios de atuação, tão logo se contravenha os *standards* estabelecidos pela Administração. Rompendo com a tradição de se orientar à salvaguarda de bens jurídicos concretos e determinados e reagir a formas de lesão ou periculosidade também concretas e determináveis, o direito penal vê-se vocacionado, tal como o direito administrativo sancionador, a perseguir funções de ordenação de setores da atividade administrativa.

Ora, se é no direito penal secundário em que se percebem, com clareza e atualidade, manifestações desta administrativização do direito penal – atentemos para a recente inflação legislativa, a proliferação de bens jurídicos nebulosos (*v.g.*, o meio ambiente, a ordem econômica etc.), o recurso indiscriminado à figura típica do perigo abstrato, a extrema dependência administrativa dos tipos –, não seria, em contrapartida, desarrazoado afirmar que o sistema jurídico-penal brasileiro guarda ainda um exemplo nada novo e particularmente expressivo de tudo isso: a Lei de Contravenções Penais.

De fato, no Brasil, ainda vigoram as Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688, de

03 de outubro de 1941) que exemplificam, de forma impressiva, a incongruência do nosso sistema punitivo e a falta de linearidade dos seus pressupostos de legitimação. A vigência da Lei de Contravenções Penais é, assim, um exemplo de um sistema penal casuísta, desapegado de preocupações científicas e, mais grave, desatento à exigência político-criminal de um direito penal *mínimo* e, ao mesmo tempo, eficaz. Na Lei de Contravenções Penais, estão definidas infrações que, na sua quase totalidade, não são ofensivas a bens jurídico-penais. Estão, por outro lado, previstas outras condutas que, mesmo ofensivas a bens jurídicos, poderiam muito bem ser objeto de punição, de forma menos agressiva e mais eficaz, de outro ramo do direito: o direito administrativo sancionador.

Ora, o que devemos esperar do direito penal de hoje? A pergunta, que pode ser extremamente intrincada, perderá em complexidade se a resposta se buscar pelo avesso. Não se pode esperar do direito penal que ele assuma compromissos que não lhe cabem, que fogem do seu eixo de preocupações. E este eixo, por mais figurativo ou provisório que possa parecer, não o é: cumpre ao direito penal a tarefa de proteger, de forma *subsidiária*, bens jurídicos fundamentais. Desta breve proposição de política criminal deriva todo um programa dotado de uma intencionalidade apta a orientar de forma acertada as escolhas do legislador. Uma intencionalidade que, pensamos, se condensa em duas grandes linhas de força: o *merecimento* e a *necessidade* de pena.

Se é assim, e se a opção político-legislativa pelas contravenções penais é, por variados prismas, abominável, devemos empreender uma interpretação das vigentes contravenções penais à luz destes dois princípios legitimadores. Com uma tal interpretação demonstra-se a necessidade de descriminalização das vigentes contravenções penais e, quando oportuna, a sua conversão em ilícitos administrativos.

Fruto do movimento de descriminalização, que ganhou força na Europa do pós-guerra, foi a discussão em torno das contravenções e sua conversão em contraordenações. Em outras palavras, um dos sintomas do movimento de descriminalização foi a afirmação definitiva de uma nova categoria (não penal) de ilícito – o ilícito de mera ordenação social ou ilícito *administra-*

tivo sancionador –, para o qual deveriam ser remetidas todas as condutas de questionável relevo ético, com exceção das que deveriam ser extirpadas, pura e simplesmente, da ordem jurídica. Era, por outro lado e progressivamente, o fim daquela categoria (penal) à qual pertencia a maioria dessas condutas – as contravenções.

Fruto do movimento de descriminalização, que ganhou força na Europa do pós-guerra, foi a discussão em torno das contravenções e sua conversão em contraordenações. Em outras palavras, um dos sintomas do movimento de descriminalização foi a afirmação definitiva de uma nova categoria (não penal)...

Portanto, a distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo está longe de ser algo carente de efeito prático-jurídico, nomeadamente na realidade jurídica brasileira. Em tempos nos quais o Direito Penal se expande de forma aleatória, cabe ao direito administrativo sancionador um lugar fundamental, como instrumento legislativo atento ao paradigma da intervenção mínima, nomeadamente na sua vertente descriminalizadora. É, pois, tempo de repensar a função sancionatória do direito administrativo. Visto e revisto, o direito administrativo sancionador aponta, de forma absoluta, para a incoerência político-criminal das vetustas contravenções penais e oferece um instrumento de apoio para o Direito Penal secundário.

Assunto extremamente atual e carente de contribuições doutrinárias, tão mais urgentes quanto mais se nota, na realidade legislativa brasileira, a edição de crimes desmesuradamente na parte *extra codicem*, sem importar-se o legislador com a efetiva ofensividade dos tipos legais (inflação legislativa) ou com sua eficácia preventiva.

NOTAS

- (1) Cf. SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999, p. 122.
- (2) A expressão é de Rudolphi, apud HASSEMER. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico, Doctrina Penal*, año 12, nº 45 a 48, Buenos Aires, 1989, p. 279.
- (3) Cf. BARATTA. *Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, Doctrina Penal*, nº 29, 1985, p. 11.
- (4) Cf. SILVA SÁNCHEZ. *Expansión*, p. 122.
- (5) Cf. HASSEMER. *Teoría personal del bien jurídico*, p. 278.
- (6) Cf. SILVA SÁNCHEZ. *Expansión*, p. 122.

Guilherme Gouvêa de Figueiredo

Professor de Direito Penal e Criminologia (UNESP).
Professor de Processo penal da FAFRAM
Professor pesquisador (UNESP-CNPQ).
Mestre e especialista em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Advogado criminal.