

**REPRESENTAÇÕES SOCIAIS SOBRE A PENA NOS JUIZADOS
ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS**
*SOCIAL REPRESENTATIONS ABOUT THE PENALTY IN SPECIAL CRIMINAL
COURTS STATE*

Vera Ribeiro de Almeida¹

Sumário: Introdução. Problematização. Justificativa. Metodologia. Referências.

Resumo: Este artigo integra minha dissertação de mestrado, em fase de desenvolvimento, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, no Rio de Janeiro. Nele são abordados alguns aspectos relacionados às representações sobre a operacionalização das penas aplicadas nas transações penais. Esse procedimento é adotado nos Juizados Especiais Criminais Estaduais e consiste em acordo entabulado entre Ministério Público e infrator, visando a aceitação imediata de pena sem o processo criminal tradicional. Partindo da análise de casos e o confronto entre os discursos doutrinários e legais, justifica-se a necessidade deste estudo, com base na interdisciplinaridade entre Direito, Sociologia e Antropologia.

Palavras-chaves: Representações sociais. Transação penal. Ministério Público. Pena.

Abstract: This article is part of my dissertation, in the development stage, next to the graduate program in Direito da Universidade Gama Filho, in Rio de Janeiro. In it I discuss some aspects related to representations on the operationalization of the sentences of criminal transactions. This procedure is adopted in Special Criminal Courts and State consists of agreement engaged between prosecutors and violator, aiming at the immediate acceptance of worth without the traditional criminal process. Based on an analysis of cases and the confrontation between the doctrinal and legal speeches, would justify the need for this study, based on interdisciplinarity among law, sociology and anthropology.

Keywords: Social representations. Criminal transaction. Prosecutor. Punishment.

Introdução

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense (1985) e especialização em Direito Penal e Didática de Ensino pela Universidade Estácio de Sá e cursa o mestrado em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho - Rio de Janeiro. Foi Coordenadora do Curso de Direito e professora orientadora da Associação Brasileira de Ensino Universitário, além de orientadora de produção científica, nos períodos de 2002 a janeiro de 2008. Tem experiência na advocacia com ênfase em Direito Penal, Responsabilidade Civil e Direito Marítimo e atualmente leciona na Faculdade de Direito do Centro Universitário Metodista BENNETT e na Universidade UNIGRANRIO; é Pesquisadora do Grupo de Pesquisa do CNPq/UGF: Igualdade Jurídica, Prestação Jurisdicional e Cidadania e do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia - Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos (INCT-InEAC).

O estudo, aqui exposto, tem como ponto de partida observação realizada nos anos de 2003 e 2004, quando exerci atividade advocatícia na Baixada Fluminense. Naquela ocasião, coletei, aleatoriamente, num dos Juizados Especiais Criminais do Município de Nova Iguaçu, no Rio de Janeiro, um conjunto de documentos (no total de trinta e seis amostras) registrando o procedimento denominado “*transação penal*”² destinado à aplicação antecipada de penas nas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo.³

A transação penal está prevista no artigo 76, da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais), segundo o qual, nas hipóteses das infrações processadas naqueles órgãos, “*havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.*” É procedimento no qual o infrator e o Ministério Público transacionam acerca da pena a ser adotada, possibilitando uma rápida solução do conflito, sem a instauração do processo criminal tradicional.⁴

Inicialmente, esses documentos foram analisados com o fim de perceber a dinâmica e a formalização da transação penal e resultou na constatação da imposição de diferentes espécies e quantidades de penas, mesmo quando idênticas as infrações penais imputadas. Contudo, o fato mais curioso, nesses casos, foi a imposição reiterada (no total de 12 amostras) de uma determinada “pena”, sequer prevista em lei penal: a doação de sangue, como demonstrada a transcrição abaixo e o apêndice contido no final deste estudo:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através do seu Promotor de Justiça que esta subscreve, vem, com fulcro no art. 76 da Lei 9.099/95, propor ao suposto autor do fato, acima referenciado, a aplicação imediata de pena de MULTA, consistente no pagamento de 90 (noventa) dias-multa, estabelecido o dia multa no valor de 1/10 do salário mínimo vigente, podendo, no entanto, ser satisfeita a proposta acima através da PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA (Código Penal, art. 45, §2º), consistente na doação de bens ou entrega pessoal de donativos a serem indicados pela Promotoria de Justiça junto ao Juizado Especial Criminal de Nova Iguaçu, situado na Rua Dr. Mário Guimarães, nº 1050, térreo, Bairro da Luz., Nova Iguaçu, que por sua vez as repassará ao Juizado da infância e Juventude desta Comarca, no valor total, não inferior a R\$300,00 (trezentos reais), com vencimento em 30/05/2004, 30/06/2004 e 30/07/2004, sendo que após esta data, será providenciada a imediata execução da pena de multa através de inscrição na Dívida Ativa.

² A transação penal está prevista na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais), em seu artigo 76 e, segundo o qual, nas hipóteses das infrações processadas naqueles órgãos, “*havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.*”

³ De acordo com o artigo 61, da Lei 9099/95, considera-se infração penal de menor potencial ofensivo, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (redação dada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006 (CÓDIGOS, 2010, p.).

⁴ Sobre a natureza jurídica da transação penal e demais análises, ver PRADO (2003).

Após o cumprimento, o suposto autor do fato deverá juntar aos autos cópia da nota fiscal das compras efetuadas, assim como o recibo emitido pela instituição beneficiada.

Em caso de descumprimento desta proposta, subsistirá, integralmente, os termos da proposta originária, ou seja, MULTA.

O suposto autor do fato e o advogado aceitaram os termos da proposta acima, tendo o suposto autor do fato declarado de que nunca respondeu a procedimento judicial ou administrativo de natureza penal.

Ficou o suposto autor do fato advertido de que não poderá se beneficiar da transação penal novamente, no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da aceitação desta, nos termos do art. 76, § 2º, II, da Lei 9.099/95.

O suposto autor manifestou o desejo inequívoco de doar sangue, como objeto da transação penal, como forma de prestação alternativa. Foi esclarecido de que em nenhum momento será obrigado a doar sangue se assim não a desejar, mas se as doações forem realizadas (no total de três doações), a transação penal será considerada cumprida. Caso qualquer uma das doações não se realize, incidirá imediatamente a multa acima proposta. O prazo para término das doações é 30 de janeiro de 2004. As doações de sangue deverão ser feitas no Hospital Geral de Nova Iguaçu (posse), conforme convênio celebrado com a Secretaria de Saúde deste município. Por fim, o suposto autor foi cientificado de que a qualquer momento poderá desistir das doações, quando então incidirá a multa acima. Deverá trazer os comprovantes das doações realizadas, logo após cada doação.

Os dados colhidos despertaram a minha atenção por vários aspectos.⁵ Um deles foi a operacionalização desta modalidade de pena, seus pressupostos e embasamentos. Por isso, resolvi inteirar-me sobre: a legitimidade do funcionário público responsável pelo ato; as principais características e os fundamentos legais da doação de sangue; a sistematização das penas na lei brasileira e os correspondentes discursos doutrinários,⁶ principalmente. Outro aspecto, que também considerei relevante, girou em torno das causas ou circunstâncias que determinaram a adoção dessa medida, enquanto política criminal.

Inicialmente, deve ser reconhecido que a aplicação das penas obedece às regras previstas no nosso ordenamento jurídico, sendo este conceituado como o conjunto de normas (direito codificado) e jurisprudências que compõem e orientam

⁵ A análise das propostas das transações penais e das penas aplicadas nas amostras coletadas originou os seguintes artigos: “Doação de sangue: incongruência na imposição da pena pela justiça criminal”, aprovado no 2º Salão Nacional de Divulgação Científica, realizado em julho de 2010, em Natal e publicado nos anais deste evento: “Insegurança Jurídica na Transação Penal”, aprovado no Congresso Nacional de Pesquisa em Direito – CONPEDI, realizado em Florianópolis em outubro deste mesmo ano e publicado na Revista Forense, nº 412, 2010; “Cultura consensual? Exame da Transação Penal na Baixada Fluminense,” publicado na Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro (no prelo).

⁶ A doutrina jurídica, também chamada de dogmática jurídica e é uma forma de construção do saber, própria do campo jurídico, que reúne e organiza, de forma sistemática e racional, comentários a respeito da legislação em vigor e da melhor forma de interpretá-la. É por meio dele que o direito se reproduz. É um saber dogmático, segundo GEERTZ, abstrato e normativo, com função de ensinar, de forma normalizada e formalizada, as regras que estão em vigor (1998, p. 249).

as práticas forenses, constituindo um sistema dinâmico no qual as normas que o compõem derivam umas das outras, “através de sucessivas delegações de poder, ou seja, não através do seu conteúdo, mas da autoridade que as estabeleceu: uma autoridade inferior deriva de uma superior, até se chegar à autoridade suprema, que não tem nenhuma outra autoridade acima.” (BOBBIO, 1994, p. 40).⁷

Também é certo que o órgão do Ministério Público é considerado instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como estabelece o artigo 127, da Constituição; os artigos 1º e 27, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 - Lei Orgânica do Ministério Público e o artigo 1º, da Lei Complementar nº 106, de 03 de janeiro de 2003 – Lei Orgânica do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro.⁸ Possui, dentre outras, a função de fiscal da lei (*custos legis*, conforme previsão dos artigos 257, do Código de Processo Penal e 83, do Código de Processo Civil),⁹ ou seja, cabe a ele fiscalizar o regular cumprimento das leis brasileiras. A ele compete, também, promover a acusação penal, ou seja, iniciar os processos criminais nas hipóteses de ação penal pública¹⁰, conforme prescreve o artigo 129, I, da Constituição:

⁷ Os autores distinguem dois tipos de ordenamentos jurídicos (ou sistemas jurídicos): o da tradição romanística, das nações latinas e germânicas (*civil law*) e o da tradição anglo-americana (*common law*). O Brasil se insere no rol dos países que adotam a *civil law*. Sobre a diferença entre estas tradições, ver MERRYMAN e PERDOMO (2009) e FERREIRA (2004).

⁸ O artigo 127, da Constituição Federal estabelece que o Ministério Público “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Os cargos e serviços deste órgão estão definidos em leis complementares (Leis Orgânicas do Ministério Público), que também dispõem sobre sua organização e funcionamento, como determina o § 5º, do artigo 129, da Constituição Federal: § “5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.” (CÓDIGOS, 2010, pp. 77-79). Assim, o artigo 1º, da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), repete integralmente o artigo 127, da Constituição Federal, e, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, esta previsão está contida no artigo 1º, da Lei Complementar nº 106, de 03 de janeiro de 2003, com a mesma redação. De acordo com o artigo 27, da Lei Orgânica nº 8.625/93, cabe ao Ministério Público “exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito” (CÓDIGOS, 2010a, p.822).

⁹ O artigo 83, do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) estabelece que “Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público: I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.” Já o artigo 257, do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº3.689, de 03 de outubro de 1941), diz que “O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei.” O artigo 129, da Constituição Federal, em seu inciso I, estabelece que “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.” (CÓDIGOS, 2010a, p. 79). As funções do Ministério Público são exercidas por Promotores de Justiça, também denominados de “Promotores Públicos”, previstos no artigo 5º, da Lei Complementar nº 106/93: “São também órgãos de administração do Ministério Público: I - as Procuradorias de Justiça; II - as Promotorias de Justiça.” (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2010, p.5). O Ministério Público atua também como mo curador especial de incapaz, de réu preso, entre outros casos, conforme previsto no Código de Processo Civil, artigos 9º e 82 (CÓDIGOS, 2010b, pp. 573-574 e 582, respectivamente).

¹⁰ O processo penal é definido por TOURINHO como a sucessão de atos (dispostos segundo as regras e formalidades previstas em lei), por meio dos quais o Estado (Poder Judiciário) aplica a lei penal aos casos em concreto, com o fim de administrar os conflitos sociais. Segundo este autor, o processo penal se instaura por meio da iniciativa do próprio Estado (Ministério Público), ou da vítima (ou seu representante legal), conforme a espécie de crime praticado. Essa iniciativa de iniciar o processo está ligada, portanto, à titularidade do direito de movimentar a tutela jurisdicional (*jus postulandi*), denominada de ação penal. A

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. (CÓDIGOS, 2010a, p. 79).

Além disso, é relevante o fato de que o sistema jurídico consagra a existência de princípios constitucionais que orientam a atividade de todos os órgãos estatais. Os princípios constitucionais, de acordo com CANOTILHO, traduzem a “*ideia fundamental na qual se baseia todo um sistema de normas*”, normas estas entendidas como a conjugação de “*regras + princípios jurídicos*”, constitutivas de uma sociedade organizada. Como afirma o autor lusitano, os princípios podem estar positivados e explícitos (escritos na lei) ou não. “*Quando implícitos, os princípios são extraídos da exegese do sistema e, ainda assim, continuam sendo a ideia fundamental que dá coerência a um sistema ou a um subsistema de normas de um determinado ordenamento jurídico.*” (2002, pp.1123-1126). Representam, assim, o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins: “*... são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui*”, como defende BARROSO (1999, p. 147).

Dentre o rol dos princípios constitucionais, destaco nesta análise o da legalidade, o qual está previsto no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

De acordo com BASTOS, este princípio possui duplo significado:

De um lado representa o marco avançado do Estado de Direito, que procura jugular os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. Nesse sentido, o princípio da legalidade é de transcendental importância para vincar as distinções entre o Estado constitucional e o absolutista, este último antes da Revolução Francesa. Aqui havia lugar para o arbítrio. Com o primado da lei cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, que se presume ser a expressão da vontade coletiva.

regra geral é de que a ação penal é sempre pública, ou seja, pertence ao Estado e é promovida através do Ministério Público (inciso I, do artigo 129 da Constituição Federal), através do oferecimento da denúncia e, em casos excepcionais, à vítima (quando a lei assim expressa, artigo 100 do Código Penal), por meio da queixa-crime (2003, pp. 5-7).

De outro lado, o princípio da legalidade garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaura-se, em consequência, uma mecânica entre os Poderes do Estado, da qual resulta ser lícito a apenas um deles, qual seja o Legislativo, obrigar aos particulares.

Os demais atuam as suas competências dentro dos parâmetros fixados pela lei. A obediência suprema dos particulares, pois, é para com o legislativo. Os outros, o Executivo e o Judiciário, só compelem na medida em que atuam a vontade da lei. Não podem, contudo, impor ao indivíduo deveres ou obrigações ex novo, é dizer, calcados na sua exclusiva autoridade.

No fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei. (1990, p. 172)

Esse princípio, para a administração pública, se consubstancia na norma prevista no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, segundo a qual, “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*” (CÓDIGOS, 2010a, pp.30-33). Significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, “*sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso*”, como afirma MEIRELLES (1990, p. 78).

O princípio da legalidade é empregado, por alguns autores, como sinônimo de reserva legal, mas, de acordo com SILVA, há diferença entre eles: o primeiro significa a submissão e o respeito à lei, dentro da esfera estabelecida pelo legislador; o segundo consiste em estabelecer que a regulamentação de determinadas matérias deva ser realizada necessariamente por lei formal, ou seja, lei oriunda do processo legislativo indicado na Constituição Federal (2007, p. 421). Assim, a lei penal somente pode ser elaborada pela União, como determina o artigo 22, inciso I, e pelo Poder Legislativo, como impõe o artigo 59, ambos da Carta Magna.¹¹

No direito penal, o princípio da legalidade está previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal,¹² segundo os quais *não há crime, nem há pena, sem prévia lei* e está contido na máxima “*nullum crimen, nulla poena sine praevie lege*”, (*nulo é o crime, nula é a pena se inexistir lei previamente estabelecendo-os*), considerado pela doutrina como princípio “*reitor*”

¹¹ Estabelece o artigo 22 da Constituição Federal que: “*Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.*” (CÓDIGOS, 2010a, pp. 22-23)

¹² De acordo com o artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (2010, pp.17-18). Já o artigo 1º, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940) estabelece que: “*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*” (CÓDIGOS, 2010, p. 279)

do modelo de Estado Democrático de Direito, na medida em que consiste em garantias para o jurisdicionado.¹³

Essas garantias decorreriam da noção de que, em matéria penal, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por *lei* o comportamento delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. De acordo com TOLEDO, esse princípio apresenta corolários, ou garantias de sua inviolabilidade, desdobrando-se, então, em quatro funções garantidoras: 1- *Lex Praevia* ou lei anterior; 2 - *Lex Scripta* ou lei escrita; 3 - *Lex Stricta* ou lei estrita; 4 - *Lex Certa* ou lei certa (1994. p. 21).

Em apertada síntese, a expressão *lex scripta lex praevia et lex certa*, significa que "A lei deve ser prévia, clara, precisa, geral e abstrata, à qual se submete o juiz, o Estado e todos os cidadãos" (REALE JÚNIOR, 2004. p. 36).

Destaca-se a função da lei certa neste estudo, citando TOLEDO, uma vez que a exigência de lei certa diz com a clareza das normas penais (tipos penais), que "*não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas*" (1994, p. 21).

No que tange à pena (ou sanção),¹⁴ os princípios da legalidade e da anterioridade, princípios estes decorrentes do desdobramento do princípio da legalidade, determinam que *não há pena sem lei e não há pena sem lei previamente estabelecendo-a*. Essas orientações deveriam nortear a atividade do Ministério Público no momento da promoção da transação penal, pois, como visto acima, os princípios constitucionais se irradiam para todos os poderes do Estado e todas as áreas de sua atuação,¹⁵ equivalendo dizer que somente a pena prevista previamente em lei poderia ser objeto da transação penal.

A pena é definida como sanção consistente na privação de determinados bens jurídicos,¹⁶ imposta pelo Estado contra quem pratica um fato definido na lei

¹³ As garantias constitucionais, segundo CANOTILHO, se traduzem tanto na faculdade dos cidadãos em exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quanto no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade, como, por exemplo, o direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos; os princípios do **nullum crimen sine lege e nulla poena sine crimen**; direito de **habeas corpus**, entre outros (1997, p. 540).

¹⁴ Sanção penal é a medida imposta pelo Estado em reação à violação da norma. A sanção penal constitui gênero e contempla duas espécies: pena e medida de segurança. A primeira se destina aos imputáveis, assim considerados os infratores que conseguem entender o caráter ilícito do fato e a se determinar conforme este entendimento. Já a medida de segurança é aplicada aos inimputáveis, logo, se fundamenta na periculosidade do agente, conforme BARROS (2003, pp. 433 a 477). O conceito de inimputabilidade é determinado no artigo 26, do Código Penal: "**Inimputáveis Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.** "

¹⁵ Nesse sentido, BARROSO afirmou que o primado das leis é uma característica importante do modelo de Estado que busca organizar e limitar sua própria atuação (2001, p. 149).

¹⁶ O primeiro autor que empregou a expressão "*bem jurídico*" foi Johann Michael Franz Birnbaum (*apud* RUDOLPHI), em meados do século XIX, englobando um conjunto de valores aptos a embasar a possibilidade de se punir os comportamentos que os ofendessem (1975, p.329). Teria, assim, a finalidade de proteger os indivíduos integrantes de uma sociedade organizada por meio de um sistema de normas.

como crime (BRUNO, 1959, p. 32). Este bem jurídico de que o infrator se vê privado pode ser: a vida (quando a legislação permite a aplicação da pena de morte), a liberdade, o patrimônio (nas hipóteses de multa, confisco ou pena pecuniária) e direitos (tais como, perda de cargo eletivo, proibição do exercício de profissão, suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, entre outras). Sendo assim, a pena (prevista em lei) tem a função de “*garantir a proteção do bem jurídico tutelado pela norma penal.*”¹⁷ Desrespeitada esta, “*surge para o Estado o direito de exigir judicialmente a aplicação da pena ao infrator*” (BARROS, 2003, p. 483).

A Lei nº 9.099, de 1995, por sua vez, previu somente a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito ou multa, nas propostas de transação penal, conforme redação do artigo 76:

Art. 76 - Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta (CÓDIGOS, 2010a, p.799).

Dessa forma, não estabeleceu outras espécies de pena como fez, por exemplo, a Lei Ambiental (Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), que em seu artigo 8º, alínea “a”, previu a “*suspensão parcial ou total de atividades da pessoa jurídica que praticar os crimes ali definidos*” ou a Lei “Antidrogas” (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006), que em seu artigo 28, incisos I e III estabeleceu as penas de “*advertência sobre os efeitos das drogas*” e de “*medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, respectivamente, nos casos em que houver a prática de aquisição, guarda, depósito, transporte ou posse de drogas, para consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*” (CÓDIGOS, 2010a, pp.594 e 695, respectivamente)

Apesar deste silêncio, a lei de 1995 determinou a solução para os casos omissos, por meio da aplicação subsidiária dos Códigos de Processo Penal e Penal, naquilo em que não fossem incompatíveis com ela, como descrito em seu artigo 92. Assim, na ausência de dispositivo legal, devem ser aplicadas as espécies e as regras relativas à aplicação das penas estabelecidas no Código Penal.¹⁸

As penas adotadas no Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) são: privativas de liberdades; restritivas de direitos e multa. As penas privativas de liberdade são classificadas em reclusão e detenção (artigos 33). A pena de reclusão deve ser cumprida em regimes fechado, semiaberto ou aberto. Já a de

Neste sentido, ROXIN esclarece que, “*os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no âmbito de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema.*” (2002, p. 56).

¹⁷ Dentre as teorias acerca da finalidade da pena podem ser citadas: 1) retributiva - afirma que o fim da pena é a retribuição: ao mal da pena corresponde o mal do crime, conforme PRADO (2003, p.145); 2) da utilidade ou prevenção - evitar a ocorrência do crime, neste sentido, ver BITENCOURT (2003, p. 90), e 3) mista - cumula as duas finalidades anteriores, ou seja, a pena teria o fim de retribuição e, ao mesmo tempo, prevenção, de acordo com MARQUES (1989, p.109).

¹⁸ Sobre espécies de pena, ver na doutrina, entre outros, PRADO e BITENCOURT (1997, p. 1.403).

detenção será em regimes semiaberto ou aberto, salvo a necessidade de transferência a regime fechado.¹⁹

As penas restritivas de direito foram inseridas no Código Penal, através da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.²⁰ De acordo com os legisladores que a acolheram, esta resultou da adoção “*de uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade*” e restringindo a pena privativa de liberdade aos casos “*de reconhecida necessidade, buscando sanções outras para os crimes menos graves.*” (CÓDIGOS, 2010a, p. 248). Tais penas estão estabelecidas nos artigos 43 a 48, deste Código e são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos, e VI - limitação de fim de semana. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, aos seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Já a perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto — o que for maior — o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. As penas de interdição temporária de direitos consistem em: I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV - proibição de frequentar determinados lugares. Por fim, a pena de limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. (CÓDIGOS, 2010a, pp. 286-287)

Por fim, a pena de multa, segundo o artigo 49 do Código Penal, consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a

¹⁹ Considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado (CÓDIGOS, 2010, p.284).

²⁰ As penas restritivas de direitos são reconhecidas pela doutrina como alternativas penais, na medida em que visam impedir a aplicação de pena privativa de liberdade. Assim, configuram alternativas penais todas as medidas não privativas de liberdade, entre as quais estariam incluídas as penas alternativas, que são: 1ª) multa; 2ª) prestação de serviços à comunidade; 3ª) limitação de fim de semana; 4ª) interdição temporária de direitos (desdobrando-se em proibição do exercício de cargo, função, profissão e suspensão de habilitação ou autorização para dirigir veículo); 5ª) prestação pecuniária (de gêneros diversos: medicamentos, alimentos, etc), retomada aos estudos, tratamento de desintoxicação, confecção de documentos e encaminhamentos para cursos profissionalizantes, conforme GOMES (2000, p. 25). Para este autor, a expressão “*penas alternativas*” - como é largamente utilizada - contém uma imprecisão, pois induz a uma equiparação entre penas restritivas de direitos (previstas na Lei 9.714/98) e as penas alternativas propriamente ditas (previstas na Lei 9099/95, que instituiu os juizados especiais criminais). O art. 44 da Lei 9.714/98 dispõe que: “*I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.*”

5 (cinco) vezes esse salário e o valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (CÓDIGOS, 2010a, pp.287-288).

Já no que se refere à doação de sangue, os discursos legais e doutrinários são unânimes em afirmar sua característica altruísta, sendo afastada qualquer hipótese de vantagem ou satisfação pessoal do doador.

Nesse sentido, o artigo 199, § 4,º da Constituição Federal afirma:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

(...)

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (2010a, p.95).

Seguindo essa orientação, o desembargador federal Guilherme Calmon Nogueira GAMA afirmou que a doação de sangue “*só pode atender a finalidades científicas ou altruísticas, jamais voltadas à exploração econômica*” (2006, p. 34).

O sangue é considerado tecido humano, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997,²¹ que dispõe sobre o transplante e remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante ou tratamento (regulamentada pelo Decreto nº 2268, de 30 de junho do mesmo ano). Essa lei também versa sobre a voluntariedade da doação em seu artigo 9º, quando afirma que, é permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, “*para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.*” (CÓDIGOS, 2010a, p. 912)

A conjugação dos discursos legais e doutrinários, acima expostos, permite apontar inequívocos requisitos da regular e legal doação de sangue. São eles: a voluntariedade (ou consentimento) do doador, sua capacidade jurídica, seu comportamento altruísta e a gratuidade do ato.

A voluntariedade do ato estaria assentada no princípio geral de que “*ninguém pode ser constrangido a invasão de seu corpo contra sua vontade*”, conforme VENOSA (2002, p. 156). Dessa forma, para ser reconhecida como voluntária a doação, necessária a manifesta autonomia do indivíduo, o que pressupõe

²¹ Além do sangue, a lei insere também nesta categoria o óvulo e o esperma, como dispõe o artigo 1º: “*Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo*” (ANVISA, 2005).

também sua espontaneidade. Assim, a manifestação da vontade deve ser livre e consciente, pois, do contrário, o ato será coagido e forçado.²²

Os conceitos da autonomia pessoal são diversos, conforme o contexto histórico e a área do conhecimento.²³ CHARLESWORTH introduz uma perspectiva social, segundo o qual “*Ninguém está capacitado para desenvolver a liberdade pessoal e sentir-se autônomo se está angustiado pela pobreza, privado da educação básica ou se vive desprovido da ordem pública*” (1996, p. 131). Portantos igualmente ingressaram nesta restrição as representações sociais sobre as consequências da penalidade para o infrator; ou as relativas à autoridade e ao poder do órgão que a promove; ou, ainda, àquelas que representam a reprovação do grupo social do qual faz parte o infrator, mas essas considerações somente seriam válidas se comprovadas empiricamente na época, o que não aconteceu.

Quanto à capacidade jurídica do indivíduo, a doutrina reconhece que a capacidade civil reveste de validade a manifestação da vontade, ou seja, é válido o consentimento daquele que pode exercer pessoalmente os atos da vida civil (adquirir direitos e contrair deveres em nome próprio). A capacidade civil está prevista no artigo 1º, do Código Civil, com a seguinte redação: “*Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.*” Essa aptidão para realizar atos da vida civil é oriunda da personalidade, conforme PEREIRA, para quem, “*Aliada à ideia de personalidade, a ordem jurídica reconhece ao indivíduo a capacidade para a aquisição dos direitos e para exercê-los por si mesmo, diretamente, ou por intermédio, ou com a assistência de outrem*” (1986, p. 172).

Embora a doutrina divida a capacidade em capacidade de direito e capacidade de fato (àquela inerente a todo ser humano e esta somente para quem pode praticar atos da vida civil), relaciona-a, em ambos os casos, ao discernimento, ou juízo e, sob o prisma jurídico, à aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial (DINIZ, 2004, P. 142). Sendo assim, o consentimento da doação de sangue seria válido e regular se promovido também por agente capaz (maior de idade, com desenvolvimento mental completo e consciente de sua escolha).

Já o altruísmo, em geral, está associado à solidariedade. A palavra *altruísmo* foi cunhada em 1830 pelo filósofo francês, Augusto Comte, para caracterizar o

²² Sobre a voluntariedade dos atos, ver HOBBS (1985) e ROUSSEAU (1978). Conforme HOBBS, para saber qual é a vontade de um homem ou quais seus objetos é preciso atentar à série de circunstâncias externas que a determinam, não se podendo determinar *a priori*, a partir da estrita consideração da natureza da vontade ou do agente voluntário, quais os objetos que lhe estariam essencialmente unidos; a princípio, qualquer objeto pode ser objeto da vontade, a depender do jogo das causas circunstanciais que a determinam. Hobbes não estabelece nenhuma distinção de natureza entre apetite e vontade. A vontade é o apetite ou a paixão que antecede a ação e é determinada a partir da imaginação, isto é, a partir do modo como os objetos afetam os homens. (cap. VI). Rousseau contraria Hobbes, argumentando “*Ceder à força é um ato de necessidade, não de vontade*” e desde que a força cesse, deixa de ser necessário que se submetta a ela (cap. 3).

²³ Segundo John Stuart MILL, “*sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano*” (1991, p.53). Para Emile DURKHEIM, a autonomia consiste apenas na liberdade que o indivíduo tem de aceitar as regras, como dever (2001, p.78).

conjunto das disposições humanas (individuais e coletivas) que inclinam os seres humanos a se dedicarem aos outros (1890, p. 294).²⁴

No exemplo de doação de sangue, aqui levantado, poderia ser avaliado como um ato de altruísmo se objetivasse, exclusivamente, atender às necessidades dos receptores. Ocorre que, nos casos estudados, ao contrário, ela se destinou a beneficiar o infrator-doador, por ter sido aplicada em sede de transação penal, tendo, assim, o fim de solucionar o conflito sem a instauração do processo criminal tradicional. Sendo útil para o doador, não há que se falar em ato de altruísmo.

Ainda sobre a doação de sangue, a Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001, que regulamenta o § 4º, do artigo 199, da Constituição Federal, cuida da coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelecendo o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades e afirma, em seu artigo 1º, dentre outras medidas, a proibição da compra, venda, ou qualquer outro tipo de comercialização do sangue:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados, vedada a compra, venda ou qualquer outro tipo de comercialização do sangue, componentes e hemoderivados, em todo o território nacional, seja por pessoas físicas ou jurídicas, em caráter eventual ou permanente, que estejam em desacordo com o ordenamento institucional estabelecido nesta Lei (ANVISA, 2005).

Por outro lado, a Lei nº 9434/97, já citada, que cuida da remoção e do transplante de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, em seu artigo 15, parágrafo único, estabelece que configura crime a promoção, a intermediação, a facilitação ou a obtenção de qualquer vantagem com essa prática:

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.

Nos casos examinados, entende-se que a doação de sangue afrontou ambas as leis. Primeiro quando empregada como instrumento de substituição de pena pecuniária - podendo ser convertida em multa (no caso de seu descumprimento) - adquiriu feição idêntica a essas modalidades de penas, ou seja, contraiu um cunho

²⁴ Este conceito está presente na ideia de que, para COMTE, se as pátrias, ou cidades, constituem a base física da sociabilidade humana, o espaço em que cada um se relaciona com os demais e desempenha seu papel como cidadão, ocorre, por outro lado, um fato importante: consequência da especialização contínua e necessária da sociedade, os diversos órgãos da humanidade vão se preocupar cada vez menos com os demais e se concentram mais em si mesmos e nos seus interesses, deixando de lado a sociabilidade e o altruísmo e se tornando cada vez mais egoístas.

econômico. Potanto, incorporado o valor financeiro à doação de sangue, sua operacionalização configurou verdadeira comercialização, o que é vedado pela Lei 10.205, de 2001. Segundo dado o caráter de barganha (característica peculiar da transação penal), a imposição da doação de sangue configura, suficientemente, uma vantagem para o doador, na medida em que evita o processo, assim como as possíveis consequências de uma incriminação futura. Logo, nessa linha de raciocínio inicial, também reconhece-se ilegal a medida imposta, por afrontar ao parágrafo único, do artigo 15, acima referido (Lei 9434/97).

Além dessas avaliações, as legislações aqui mencionadas têm como referencial comum o mesmo bem jurídico tutelado: a integridade física do doador. Tanto a remoção e o transplante de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, quanto à própria doação de sangue possuem a mesma orientação: não violar a integridade física de alguém. Nesse aspecto, abrangem a discussão sobre a disponibilidade do corpo humano.

Ora, principalmente a partir do final do século passado, com os avanços e as descobertas médicas e tecnológicas, o corpo humano passou a constituir um dos temas mais recorrentes e objeto de estudos, tanto no domínio das ciências humanas e sociais, quanto no das ciências biológicas e da medicina. Por conta de tais avanços e os exemplos de abusos que marcaram essa trajetória, novos parâmetros legais foram criados, alargando ou restringindo os direitos que cercam a vida humana, como a medida descrita acima que visa, justamente, resguardar a integridade física do doador. Logo, decorre da norma constitucional que proíbe, dentre outras, a inviolabilidade da vida (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal).²⁵

Segundo AMARAL, o direito ao corpo inclui “*os seus tecidos, órgãos e partes separáveis, e o direito ao cadáver*” (2006, p.263). Nesse mesmo sentido, o desembargador GAMA afirma que:

O bem jurídico integridade física representa a projeção do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o corpo do sujeito e, no próprio texto constitucional, pode ser verificado regras que vedam a prática da tortura, o tratamento desumano ou degradante, a aplicação de penas cruéis (2006, p.34).

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, na conformidade do art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.²⁶

Para MORAIS, a dignidade da pessoa humana é,

²⁵ O *caput* (ou seja, “cabeça”, parte superior) do artigo 5º da Constituição Federal, estabelece que: “**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. (CÓDIGOS, 2010*)

²⁶ O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*” (CÓDIGOS, 2010a, p. 9)

um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (2002, p. 129).

Para SILVA, a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (2007. p. 105.).

Segundo alguns autores, a proteção ao corpo (integridade física ou psíquica), contra toda e qualquer ofensa ou risco de agressão já existia desde épocas remotas da história da civilização humana (FRAGOSO, 1987, p.125).²⁷ Para outros, teria surgido somente a partir do momento em que, por razões essencialmente racionais, um conjunto de homens impôs limites ao Estado e aos outros homens, por meio da elaboração de normas com este fim (TEPEDINO, 2004, p.33).

Contudo, independente da origem histórica e dos fundamentos desta proteção, a preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos é inerente à plena realização da personalidade e pode ser encontrada em legislações internacionais que visam a mútua cooperação entre os Estados, como é o caso, entre outros, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), cujo artigo 5º, item 1 estabelece que toda pessoa tem direito de ver respeitada a sua integridade física, psíquica e moral. Esta Convenção foi internalizada no nosso direito em 1992, por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro (2010a, pp. 857-870).²⁸ Na esteira da proteção à vida e à integridade humanas, cito, também, a Conferência de Roma, a qual criou o Tribunal Penal Internacional, para coibir genocídios, massacres, assassinatos, torturas, mutilações e outras ofensas graves aos direitos humanos praticados em grande escala. Essa conferência foi acolhida por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2008, que acrescentou o § 4º, ao artigo 5º, da Carta Magna, cujo teor é o seguinte: "O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".²⁹

No âmbito interno, essa proteção é afirmada tanto na lei civil quanto na penal. De acordo com o Código Civil, a disposição do próprio corpo é proibida, quando importar em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os

²⁷ De acordo com este autor, tal proibição estaria presente entre os romanos, na Lei das XII Tábuas que punia com a pena de talião a ofensa corporal.

²⁸ O artigo 5º, 1, do Decreto 678/92 estabelece que “*Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral*” (2010a, p.859).

²⁹ A Conferência de Roma foi encerrada em 17 de julho de 1998 e somente internalizada após a aprovação e a promulgação do Decreto Legislativo n.º 112, publicado no Diário Oficial da União de 6 de junho de 2002. Em seguida, foi expedido o Decreto n.º 4.388, publicado no Diário Oficial da União em 26 de setembro de 2002, pelo qual o novo órgão judiciário internacional passou a ser um sistema penal complementar ao nacional, conforme PIOVESAN (2000 pp. 93-110).

bons costumes, exceto nos casos de exigência médica,³⁰ podendo, no entanto, ocorrer quando for gratuita e *post mortem*, com o objetivo científico ou altruístico.³¹

Na lei penal, está prevista na definição do crime de lesão corporal, contida no artigo 129: “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem” (2010a, p. 301). A lei tutela a incolumidade da pessoa, em sua integridade física e físico-psíquica, como afirma o legislador penal: “constitui todo e qualquer dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental.” (Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, 2010a, p. 259).

Essa proteção está incerta na lei penal porque o nosso Direito Penal, “todo ele impregnado em suas origens cristãs, não haveria de admitir, em hipótese alguma, que *bens* personalíssimos, como a vida e a integridade pessoal pudessem ser disponíveis. Não o são”, como afirma o doutrinador ROSA (1995, p. 360). Idêntico sentido é declarado por SILVA, para quem: “Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo” (2007, p. 178).

Por outro lado, grande parte da doutrina permanece fiel ao pensamento, segundo o qual a integridade física constitui bem jurídico indisponível, ou seja, não pode ser disposto por quem quer que seja, salvo nas estritas hipóteses legais. Dessa forma, TEPEDINO declara que a integridade física configura um conjunto de “atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico” e sua proteção possui as seguintes características: a extrapatrimonialidade, a indisponibilidade, o caráter absoluto, a imprescritibilidade, a intransmissibilidade, e, por fim, a irrenunciabilidade e impenhorabilidade (2004, p. 34).

Contudo, há pontos de vistas divergentes e que levam em conta o consentimento do ofendido, ou seja, fundam a permissão da disponibilidade do corpo no assentimento do doador, o que afastaria, inclusive, a prática da infração penal. Esses entendimentos, segundo FRAGOSO, estariam influenciados pela doutrina e pela legislação alemã, “mais em consonância com as exigências culturais do nosso tempo” (1987, p. 129).

Na doutrina estrangeira, CIFUENTES, quando comenta a Lei argentina nº 24.193, que também proíbe a comercialização de órgãos e tecidos e veda qualquer contraprestação ou benefício para o doador, propõe algumas mudanças, argumentando que:

embora não seja conveniente estimular a comercialização dos órgãos, as normas, inclusive penais [...] que desencorajam e atemorizam os médicos, poderiam ser flexibilizadas. De tal modo, admitir a doação de órgãos

³⁰ O artigo 13, citado, dispõe que: “*Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. Em se tratando o ato previsto neste artigo será para fins de transplantes, na forma estabelecida em lei especial*” (CÓDIGOS, 2010b, pp.227-228).

³¹ Esta disponibilidade do próprio corpo está prevista no artigo 14 do Código Civil, da seguinte forma: “*Art. 14 – É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte para depois da morte*” (*ibidem*).

quando se obtém algum tipo de benefício (por exemplo, um serviço médico pago ou um seguro de vida), ou alguma compensação em espécie necessária ao doador, segundo seu estado e necessidades vitais, não deve alarmar e seria um bom meio para salvar vidas. (1997, p. 73).

Entre nós, o exemplo dessa corrente de pensamento é retirado de BITTAR, para quem o legislador civil brasileiro, quando admite que os direitos ao corpo ou a partes do corpo podem ser cedidos – por motivos altruísticos ou científicos –, acaba também admitindo a disponibilidade dos direitos de personalidade, reconhecendo que alguns desses direitos, em condições limitadas, podem entrar na circulação jurídica (2000, p. 22).

Outro argumento desse mesmo autor, e que também justifica a admissão da disponibilidade do próprio corpo, está baseado em uma “dedução lógica,” segundo a qual, para ser um direito indisponível, essa regra deveria possuir um caráter geral e, assim, nem mesmo o Estado poderia dispor do corpo das pessoas. Para essa corrente, haveria na nossa história legislativa um caso em que o Estado dispôs do corpo das pessoas, tornando-as “doadoras presumidas”, como ocorreu com a Lei 9.434/97, em seus artigos originais. Isso porque, na redação anterior à reforma de 2001 (pela Lei 10.211), a pessoa que não quisesse doar seus órgãos para fins de transplante, quando morresse, deveria se manifestar expressamente, fazendo constar essa declaração de algum documento oficial de identidade (Carteira de Identidade ou Carteira de Habilitação).³²

Contudo, não se pode esquecer que um direito é considerado indisponível quando reside no interesse público; consiste em afirmação dos direitos fundamentais: a supremacia e a indisponibilidade dos direitos fundamentais os tornam indisponíveis e, por isso, públicos, conforme JUSTEN FILHO. Assim, o direito é reconhecido como público porque é indisponível, significando não poder ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado. Em síntese, para este autor, embora muitos acreditem na supremacia do interesse público, toda a fundamentação da Administração Pública se pauta na supremacia e da indisponibilidade dos direitos fundamentais (2005, p. 40-42).

Em uma análise inicial, e seguindo a orientação doutrinária majoritária afirmativa da indisponibilidade do corpo humano, os casos coletados revelam a ineficácia dos discursos legais e doutrinários. Contudo, ainda falta conhecer as causas e circunstâncias que motivaram (ou fundamentaram) a aplicação da doação de sangue como pena.

Nesta tarefa, a rede (web) foi de importância primordial. Por meio dela descobri que no período anterior à aplicação dessa medida, a baixada fluminense foi duramente prejudicada pelas fortes chuvas de verão. Coincidentemente, ocorreu uma circunstância alheia aos fins da pena³³ ou aos princípios constitucionais que

³² A Lei 10.211/2001, em seu artigo 4º dispôs que “a retirada de órgãos de pessoas falecidas depende da autorização de seus parentes capazes, na linha reta ou colateral, até o segundo grau, ou cônjuge.” Esta autorização, segundo a lei, deve ser feita em documento assinado por duas testemunhas. Essa autorização feita pelos familiares só tem cabimento se não tiver havido manifestação da pessoa falecida.

³³ Dentre as teorias que tratam da finalidade da pena podem ser citadas: 1) retributiva - afirma que o fim da pena é a retribuição: ao mal da pena corresponde o mal do crime, conforme PRADO (2003, p.145); 2) da utilidade ou prevenção - evitar a ocorrência do crime, neste sentido, ver BITENCOURT (2003, p. 90),

regulam a sua criação: a redução de sangue e hemoderivados no banco de sangue do hospital municipal local, dando origem à celebração de convênio entre a Secretaria de Saúde Municipal e os Juizados Especiais Criminais de Nova Iguaçu (JUSBRASIL, 2010). Tal medida teria se espelhado em exemplo anteriormente experimentado pelo Juizado Criminal do Paraná (conforme noticiado na FOLHA LONDRINA, 2002, p. 6).

Na internet também obteve-se acesso ao artigo publicado no site da Escola da Magistratura (EMERJ) e intitulado “DOAÇÕES VOLUNTÁRIAS DE SANGUE: UMA ALTERNATIVA PARA A PENA E PARA A VIDA”, no qual o órgão judicial carioca responsável pelo convênio com a Secretaria Municipal de Saúde e pelas homologações das transações penais examinadas, justifica a imposição da medida, conforme o seguinte trecho:

Quem escreve estas linhas não é uma socióloga, ou uma especialista na mente humana e nos seus conflitos, mas vivemos em um país de miseráveis, dos trabalhadores dos ‘Lixões’, dos catadores de papéis, e as estatísticas não mentem ao nos informar que os criminosos são os excluídos, aqueles que não tiveram pai declarado nas suas certidões de nascimento – fato que bem sei, como ex-Juíza da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro.

A autoestima para estas pessoas é zero, mas me parece óbvio que as doações voluntárias de sangue, que salvam em média três ou mais vidas por cada doação, irão aumentar a autoestima dos que cometeram pequenos delitos, comprovando para eles próprios como são importantes para que milhares de pessoas, ao invés de serem sepultadas pela morte causada pela falta de sangue, possam sorrir para a vida que então receberão dos delinquentes, que também podem ser úteis, caso optem por esta prestação social.

Assim, em um giro de 180 graus, os supostos autores dos fatos passam a ser verdadeiros heróis e preservadores das vidas humanas, aumentando as suas auto estima, fator determinante que inviabiliza o retorno ao crime.

Quem não iria se orgulhar de si próprio, se melhorar como pessoa, por proporcionar vida a quem estava beirando a morte? (CHAGAS, 2005, pp. 7-8).

Esse relato, impregnado de critérios subjetivos, de valores morais e preconceituosos, confirma que a legislação brasileira “vale”, conforme a interpretação que lhe é dada pela autoridade judicial, como já declarou KANT DE LIMA (2004).

Para conseguir transformar a atividade altruísta da doação de sangue em pena, nos casos examinados, o judiciário “alargou” o alcance da expressão “*prestação social alternativa*”, contida no artigo 5º, inciso XLVI, alínea “d”, da

e 3) mista - cumula as duas finalidades anteriores, ou seja, a pena teria o fim de retribuição e, ao mesmo tempo, prevenção, de acordo com MARQUES (1989, p.109).

Constituição Federal,³⁴ sob a justificativa do emprego do recurso hermenêutico, da seguinte forma:

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, XLVI, letra d, implantou uma nova pena alternativa, sob a inédita denominação de “prestação social alternativa”, que consiste, basicamente, na aplicação de uma pena alternativa a da prisão, e social, ou seja, que represente um benefício revertido para a sociedade.

Frise-se que tal modalidade de pena, muito embora assemelhada, não é igual a pena alternativa da prestação de serviços à comunidade, uma vez que a lei tem por um dos seus princípios básicos não conter palavras inúteis.

Em síntese, existem razões, de ordem técnica, para a nova denominação, e que consiste, a toda evidência, na criação de uma nova modalidade de pena alternativa a da prisão, quando couber.

Por outro lado, a lei também deve ser interpretada dentro das suas letras, sendo certo que a expressão “prestação social” deve ser interpretada tal como já induz o intérprete destes termos: uma obrigação – ou prestação – objetivando um benefício para a sociedade.

Dessa forma, e com as minhas devidas vênias aos que têm o entendimento de que prestações sociais alternativas e prestações de serviços são as mesmas penas alternativas, meu entendimento é diverso, pelas razões simples, mas técnicas, que explico, dentro da hermenêutica, concebendo a doação de cestas básicas, bem como as doações de sangue, como nova espécie do gênero das penas alternativas: prestações sociais alternativas.

Agindo assim, o órgão judicial desconsiderou a limitação da competência do judiciário para legislar em matéria penal (artigos 22 e 59, da Constituição, já descritos), assim como não observou a contenção de “tipos” penais abertos.³⁵

Como anteriormente declarado, a criação de pena nova deve ser submetida ao procedimento legislativo configurado na Constituição (artigo 59), ou seja, aquele elaborado pelo Poder Legislativo, competente para esta tarefa. Além disso, o processo legislativo penal somente pode derivar da União (artigo 22, I, da Carta). Isso quer dizer que os poderes legislativos estaduais e municipais estão proibidos de legislar.

E mais, a doutrina jurídica é unânime em afirmar que o princípio da legalidade da pena acarreta um subprincípio: o da taxatividade, considerada por PRADO como princípio que tem por fim evitar o *arbitrium iudicis*, por meio da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos

³⁴ O inciso XLVI, do artigo 5º da Carta, estabelece que: “XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;”(2010, p. 24).

³⁵ Sobre as restrições citadas, ver BITTENCOURT quando afirma que a aplicação de qualquer outra pena, além das previstas em lei, “por mais interessante ou simpática que possa parecer, padece dos vícios de ilegalidade e de inconstitucionalidade (art. 5º, XXXIX, CF), além de representar um autêntico abuso de poder.” (2003, p. 23)

normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos (2006, p. 130). O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo legal de modo suficientemente *determinado* para a perfeita descrição do fato típico (*lex certa*). Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa constitui autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade para o jurisdicionado, na medida em que a pena será previamente conhecida por ele.

De acordo com TOLEDO, a pena é “insuficiente”, “desnecessária” e “desajustada” quando não é a correta, a pena justa, conforme os dispositivos da legislação penal vigente. Esse autor também critica as sentenças que, ao individualizar a pena do acusado, ficam aquém ou vão além do “suficiente” e “necessário” para a “retribuição” e “prevenção” do crime cometido e lembra que na dosimetria da pena, “*quando o juiz efetivamente torna um fato concreto à sanção de Direito Penal, é preciso ter presente o ensinamento de Goethe, citado por Radbruch: ‘quer se tenha de punir, quer de absolver, é preciso ver sempre os homens humanamente.’*” (1994, p. 30).

O argumento empregado para justificar o ativismo judicial,³⁶ neste caso, foi o seguinte:

Realmente, o novo assusta, tudo o que rompe o sistema causa medo, sejam ideias ou pessoas, e fico eu imaginando como assustou o nosso poeta Castro Alves, escrevendo e lendo em praça pública um ‘Navio Negreiro’ para um sistema absolutamente cruel, mas então em curso, e que se valia dos escravos para mover a sua economia...

Por outro lado, o novo força as pessoas a pensarem no que nunca haviam pensado antes.

Porém, a aplicação desta nova pena alternativa salvará milhares de pessoas na iminência da morte, principalmente a população pobre, já que somos um país rico por natureza mas com milhões de miseráveis, sendo o sangue um ‘artigo de luxo’ para esta nossa miserável população, sem comida, sem saúde, sem terra, sem educação ... (CHAGAS, 2005, p. 11)

Como afirmado por BERMAN, as leis são interpretadas por pessoas autorizadas (juristas), que dizem como essas devem ser entendidas e aplicadas (2006; p. 18). Os trechos acima revelam a presença de aspectos ligados às representações sobre o próprio papel de julgador, o qual se autointitula (ou se qualifica) como encarregado ou “garantidor” da existência da sociedade, por ele percebida como sendo débil econômica, social e culturalmente.

Representações como essa são próprias de uma sociedade marcadamente inquisitorial. Esse caráter permanece até os dias atuais e pode ser traduzido na

³⁶ O ativismo judicial é conceituado como uma participação mais ampla do judiciário, na interpretação da Constituição, com o fim de concretizar os fins e valores intrínsecos de suas normas. Sobre o tema ver BARROSO (2008).

manutenção de instrumentos próprios desta tradição, como o inquérito policial, por exemplo (KANT DE LIMA, 1989, 1995).³⁷

Ao que tudo indica, essas representações são também resultado de uma tradição que enxerga o Poder Judiciário como órgão “pacificador dos conflitos sociais” e não administrador desses conflitos. Em nossa sociedade, os conflitos não são vistos como um acontecimento comum e próprio da divergência de interesses que ocorre em qualquer sociedade de mercado. Pelo contrário, aqui eles são percebidos como ameaçadores da paz social, cabendo à jurisdição a função de “pacificar a sociedade”. Quando o conflito não é solucionado, gera um efeito de escamoteação, de “maquiagem”, resultando em sua devolução, sem solução, para a mesma sociedade onde se originou, conforme afirmam AMORIM, KANT DE LIMA e MENDES (2005, p.36).

Problematização

Diante de todas essas considerações e levando em conta que a aplicação da pena na transação penal é atividade exclusiva do Ministério Público, por força do que dispõe o artigo 76, da Lei nº 9.099/95, uma indagação logo vem à mente: afinal, quem fiscaliza o fiscal da lei? O que acontece quando funcionários públicos responsáveis pela observância do cumprimento das leis não o fazem, ou pelo contrário, praticam condutas não permitidas nas leis? Haveria outros fundamentos orientando e legitimando esses comportamentos?

Entender como a lei penal é operacionalizada, no que tange às infrações penais de menor potencial ofensivo, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais deixou de ser um estudo particular e desprezioso para constituir o objetivo de minha dissertação de mestrado, inserido na Linha de Pesquisa “Direito, Constituição e Cidadania”, da área de concentração “Direito, Estado e Cidadania”, Curso de Mestrado em Direito, do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho, sob a orientação da professora Dra. Regina Lúcia Teixeira Mendes.

Por meio dele procuro identificar aspectos do Estado brasileiro e sua concretização sobre a cidadania dos nacionais, notadamente na observação da categoria³⁸ *legalidade*, considerada como princípio constitucional³⁹ e do qual emanam os princípios da legalidade e da anterioridade da pena.

³⁷ Sobre as características inquisitoriais do Inquérito Policial ver TOURINHO (2009).

³⁸ Do grego “*Κατηγορία*”, “*kategoria*” (acusação, atributo), é empregada para exprimir as relações que estabelecemos entre ideias ou fatos. São estruturas do pensamento, que mudam conforme o contexto e referem-se à qualidade atribuída a um objeto, isto é, ao atributo de um objeto ou de uma realidade (SILVA, 1982, p. 29-53).

³⁹ Por razões sistemáticas, adota-se neste estudo para o termo *princípio* o significado de “fundamentos”: “são as bases gerais sobre as quais as instituições do Direito são construídas e que em um determinado momento histórico informam o conteúdo das normas jurídicas de um Estado”, conforme SILVA (1982, p. 447).

Justificativa

No que se refere ao campo onde as normas penais são aplicadas, ou seja, no processo penal, BARBOSA MOREIRA já afirmou que, mesmo quando simplificada a relação desenvolvida no processo, ela atua, por assim dizer, “*intramuros, em grande parte a cargo de pessoas nas quais se presumem conhecimentos especializados, sendo necessária a compreensão dos conceitos e alcances verdadeiros de cada mecanismo posto à disposição dos sujeitos*” (1989, p. 11). Esse campo limita a atuação pela ideia de competência jurídica, que exclui os que não são dotados de um dito saber, os “*profanos,*” de BORDIEU, ou seja, as regras que operam neste campo são regras de condutas, determinando o que se deve ou não fazer e quem tem ou não um conhecimento especializado para nele atuar (1989, p.48). Já H. BERMAN, ao estudar a formação da tradição jurídica no Ocidente, define o campo jurídico como um campo no qual não se incluem somente as instituições legais, as ordens legais, as decisões legais; mas também tudo aquilo que os especialistas em leis dizem acerca dessas instituições, ordens e decisões legais, tratando-se, pois, de um “*meta direito*” (2006; p. 18).

No estudo das representações sociais, examinando os processos julgados no Tribunal do Júri, ADORNO afirmou que o foco da atenção do processo penal se volta para elementos subjetivos, como o comportamento criminoso, virtudes e vícios dos personagens envolvidos, nos dramas da vida cotidiana, a busca de comportamentos considerados dignos, justos, normais, universais. Assim, a discussão gravita em torno de dilemas entre moralidade pública e moralidade privada e não apenas sobre o fato que deu origem ao processo (o crime). Segundo este autor, no decorrer dos processos penais, o crime deixa de ser um drama social, quando outros fatores – além do próprio crime – passam a concorrer para a condenação ou absolvição dos réus: investigação da vida pregressa e dos antecedentes dos agressores e vítimas, imaginação hipotética de situações e circunstâncias, dedução de prováveis comportamentos de vítimas e agressores. Ou seja, o processo judiciário é visto como um constructo social que permite a “contaminação” por inúmeros preconceitos, interpretações deturpadas e informais e que podem ser confundidas com a interpretação racional dos códigos. Para ele, objetividade e subjetividade se mesclam e se confundem (1994, pp. 135-136).

Nesse sentido, o estudo ganha importância, porque, enquanto pesquisa que envolve o estudo de representações sociais⁴⁰, percepção de valores e expectativas sociais acerca do direito, da justiça e das leis, reúne outras áreas do conhecimento

⁴⁰ O conceito de representação, segundo FERREIRA é o “*conteúdo concreto apreendido pelos sentidos, pela imaginação, pela memória ou pelo pensamento*”; é, em síntese, a “*reprodução daquilo que se pensa*” (1975). As representações sociais, segundo JODELET, são modalidades de conhecimento prático orientadas para a comunicação e para a compreensão do contexto social, material e ideativo em que vivemos. São, conseqüentemente, formas de conhecimento que se manifestam como elementos cognitivos — imagens, conceitos, categorias, teorias —, mas que não se reduzem jamais aos componentes cognitivos. Sendo socialmente elaboradas e compartilhadas, contribuem para a construção de uma realidade comum, que possibilita a comunicação. Deste modo, as representações são, essencialmente, fenômenos sociais que, mesmo acessados a partir do seu conteúdo cognitivo, têm de ser entendidos a partir do seu contexto de produção (1985, pp. 469-494).

(sociologia, antropologia e história, principalmente), o que é experiência ainda pouco difundida no campo jurídico.⁴¹

MOSCOVICI, revendo a teoria de DURKEIM, entendeu que as representações sociais têm como uma de suas finalidades tornar familiar algo não familiar e assim, nomeando ou “categorizando” novos acontecimentos e ideias, com as quais não tínhamos contato anteriormente, possibilitando a compreensão e a manipulação destes a partir de ideias, valores e teorias já preexistentes e internalizadas por nós e amplamente aceitas pela sociedade,

As representações que nós fabricamos – duma teoria científica, de uma nação, de um objeto, etc. – são sempre o resultado de um esforço constante de tornar e real algo que é incomum (não familiar), ou que nos dá um sentimento de não familiaridade. E por meio delas nós superamos o problema e o integramos em nosso mundo mental e físico, que é, com isso, enriquecido e transformado. Depois de uma série de ajustamentos, o que estava longe, parece ao alcance de nossa mão; o que era abstrato torna-se concreto e quase normal (...) as imagens e ideias com as quais nós compreendemos o não usual apenas trazem-nos de volta ao que nós já conhecíamos e com o qual já estávamos familiarizados (2007, p.58).

A relevância da pesquisa também está assentada na afirmação segundo a qual a validade do Estado Democrático de Direito se traduz na efetividade dos princípios constitucionais,⁴² especialmente os da legalidade e da anterioridade da pena, porque são empregados como regras-mestras do sistema positivo (leis constitucionais e infraconstitucionais) e dotados de cunho político. Na medida em que afastam a insegurança do direito (as penas estão previamente previstas na lei), o arbítrio e a prepotência dos julgadores na administração da justiça (somente podem ser aplicadas penas permitidas pelo ordenamento jurídico, de acordo com o procedimento legal e pela autoridade competente). Formam o instituto jurídico da cidadania (na exata medida da proteção jurisdicional)⁴³ e são pressupostos do modelo do Estado Democrático de Direito, o qual, por definição, deve garantir a todos um tratamento digno, justo e igualitário (TEIXEIRA MENDES, 2008).

⁴¹ FARIA e CAMPILONGO apontam a importância da Sociologia nos cursos de Direito, afirmando que “as grandes transformações que atingiram o Brasil durante os últimos anos – das quais são um importante desdobramento os movimentos em favor dos direitos humanos e de acesso à Justiça, procurando tornar mais efetiva a ideia de que o direito é “universal” e tentando forjar, por meio de lutas políticas, formas alternativas de lei capazes de atenuar as desigualdades sócio-econômicas, abriram caminho para o questionamento da estrutura vigente dos cursos jurídicos. Isso fez com que muitos juristas, pondo em questão as fronteiras tradicionais do direito com as ciências sociais, substituindo abordagens lógico-formais por outras mais críticas e problematizantes, historicizando a análise do direito, identificando os pressupostos ideológicos da dogmática jurídica implícitos na cultura “técnica” dos operadores dos códigos, colocando em novos termos o conceito de “juridicidade”, retomando a discussão em torno do pluralismo jurídico, dando um novo tratamento ao problema das fontes do direito e convertendo a eficácia do direito num dos temas obrigatórios da reflexão dos juristas, passassem a defender uma ampla reformulação estrutural desses cursos.” (1991, p. 25-26).

⁴² BONAVIDES (apud GRECO, 2004) afirma que “Fora da Constituição, não há instrumentos nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições” (1999, p. 13), entre outros.

⁴³ A proteção jurisdicional está assegurada no inciso, XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, pressupõe a possibilidade de todos, indistintamente, poderem pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas as regras estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito.

O conceito de Estado Democrático de Direito não se resume na instituição formal da divisão de poderes, implicando mais do que o mero estado de legalidade. Seu verdadeiro fim é a justiça material. Nesse sentido, Hans-Joachim RUDOLPHI cita Scheuner, que resume:

o Estado de Direito é não apenas o Estado de uma administração ajustada à lei ou de um completo controle judicial, não apenas o princípio de segurança e a executividade. Entendido em seu sentido material, importa o respeito à liberdade pessoal e uma conformação da coisa pública, com base no princípio de sua proteção e um ordenado poder estatal, cujo ordenamento jurídico emanado do povo liga todo o atuar estatal a estes fundamentos e ao esforço por uma configuração justa e igualitária das relações humanas. Brevemente: o Estado de Direito corporiza em si a proteção da liberdade pessoal e política dos cidadãos e a moderação e juridicidade de todo o exercício do poder público (1975, p. 338).

Metodologia

Para este estudo, utilizo os dados já colhidos e aqui referidos como pretexto para a investigação de campo, junto aos Juizados Especiais Criminais, de forma a possibilitar a descrição etnográfica de como a lei é operacionalizada pelos profissionais que promovem a aplicação imediata da pena por meio da transação penal. Para tanto, pretendo empregar o método de observação participante em alguns Juizados Criminais previamente escolhidos, além de realizar entrevistas⁴⁴ com Promotores de Justiça que aí atuam, abordando as seguintes indagações: quais as representações dos Promotores de Justiça quanto à legalidade estrita e à possibilidade de aumentar o rol das penas alternativas? Para eles existe distinção entre penas alternativas e penas restritivas de direitos? De que forma essa representação interfere na operacionalização da pena?

Para entender a dinâmica que envolve a aplicação da pena, sigo a orientação de autores, como ZAFFARONI, de que as práticas jurídicas não necessariamente correspondem aquilo que a doutrina ou a lei afirmam⁴⁵. Portanto, confronto o discurso jurídico e a prática forense, na medida que destaco as teses de autores considerados como referência pela academia (porta-voz), enquanto produtores de um discurso de autoridade,⁴⁶ pois são citados nos programas de disciplinas das universidades de direito, nas petições dos advogados e reproduzidos em outras doutrinas jurídicas. Assim, no que se refere ao direito penal, enfatizo, especialmente, os discursos de Nelson Hungria, Francisco de Assis Toledo e Rogério Greco. Já no

⁴⁴ Sobre os métodos de pesquisa escolhidos, ver CICOUREL (1980).

⁴⁵ Este autor afirma que *"o sistema penal não atua de acordo com a legalidade (...) a operacionalidade real do sistema penal seria 'legal' se os órgãos que para ele convergem exercessem seu poder de acordo com a programação legislativa tal como a expressa o discurso jurídico-penal"* (ZAFFARONI. 2002a, p. 21).

⁴⁶ TEIXEIRA MENDES afirma que o argumento de autoridade é um *"saber oculto: não explica o que é nem como funciona"* (2008, p. 57). Sobre discurso de autoridade, ver PERELMAN (1987, p. 256). BOURDIEU, por sua vez, denomina de porta-voz a *"pessoa autorizada a trabalhar academicamente determinados assuntos, interpretar os textos legais e emitir pareceres a respeito da forma mais adequada de interpretá-los e aplicá-los."* (1980, p. 20).

exame do direito processual penal, emprego a análise de Frederico Marques e Tourinho Filho, entre outros.

Para fundamentar este estudo, comparo aquilo que o discurso teórico-jurídico apregoa e o que efetivamente a prática forense operacionaliza. O discurso teórico-jurídico é aqui compreendido como o conjunto de leis e tratados doutrinários⁴⁷ sobre o tema, sendo esses últimos escolhidos conforme sua aceitação no campo jurídico,⁴⁸ na medida em que são citados nas bibliografias das faculdades de Direito, nas petições dos advogados e nas decisões judiciais.

Referências

ADORNO, Sérgio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica. As mortes que se contam no tribunal do júri. *In*: SOUTO, C. e FALCÃO, J. **Sociologia e direito**. São Paulo: Pioneira, 1999.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMORIM, Maria Stella KANT DE LIMA, Roberto e BURGOS, Marcelo Baumann. **A administração da violência cotidiana no Brasil**: a experiência dos juizados especiais criminais. v.8. n.1. Rio de Janeiro: Revista Ciências Sociais, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlo. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *In*: **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. v.1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁴⁷ De acordo com KANT DE LIMA, os tratados doutrinários são empregados nos Cursos de Direito e fazem parte da formação profissional dos operadores jurídicos. A doutrina, principal formadora da construção do “saber jurídico”, é uma criação advinda ou dos Tribunais – através da jurisprudência – ou dos renomados estudiosos do Direito – os Juristas - que estabelecem de que forma as normas devem ser interpretadas. As versões consagradas são “a matéria-prima sobre a qual se edifica” a formação jurídica, que se limita a avançar a partir delas, sem, no entanto, questioná-las (1997).

⁴⁸ A definição de “campo jurídico” é retirada de BOURDIEU, que ao se referir ao modelo francês afirma que é um campo de disputa de poder, enquanto segmento da vida social, diretamente ligado às decisões que vão definir as normas jurídicas que devem ser adotadas, assim como a forma mais adequada de interpretação destas mesmas normas, constituindo campo privilegiado de contenda de visões acerca do mundo, de interpretações sobre os problemas nacionais e sua formulação jurídica (1989, pp. 209-255). Como exemplos de conflitos nesse espaço o autor cita os que se estabelecem entre os que detêm conhecimento jurídico e capacidade postulatória e os que não detêm, mas necessitam de tal conhecimento, os “profanos” (2001, p. 21). No nosso modelo, este campo é integrado por profissionais formados em faculdades de Direito (onde é inscrito o saber constituído por leis e doutrinas jurídicas) e praticam atividades classificadas de jurídicas em lugares determinados e específicos (tribunais, cartórios, etc.), apresentando peculiaridades muito próprias, como se pretende demonstrar.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual.** Revista Libertades. São Paulo: IBCCRIM.

BERMAN, Harold J. **Direito e revolução.** A formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 4.ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** 8.ed. v.1. São Paulo: Saraiva: 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 4.ed. Brasília: EdUNB, 1994.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas.** 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 1980.

_____. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. *In: O poder simbólico.* Rio de Janeiro: DIFEL, 1989.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal.** Parte geral. 2.ed. v.1. tomo.1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Do Tribunal Penal Internacional. Competência para julgar genocídio, crimes de guerra, contra a humanidade e de agressão (EC nº 45/2005).** Teresina: Jus Navigandi, ano.10, n.894, 14 dez. 2005.

CHAGAS, Rosana Navega. **Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida.** v.3. Ano 29. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ.

CHARLESWORTH, M. **La bioética en una sociedad liberal.** Cambridge: Cambridge, 1996.

CICOUREL, Aaron. Teoria e método em pesquisa de campo. *In: GUIMARÃES, Alba Zaluar. Desvendando máscaras sociais.* Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1980.

CIFUENTES, Santos. **Elementos de derecho civil: parte general.** 4.ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.

COSTA, Eduardo. **Editorial.** Rio de Janeiro: CADERNOS DE SAÚDE PÚBLICA, abr/mai, 1988.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico.** São Paulo: Nacional, 2001.

- FARIA, J.E. e CAMPILONGO, C.F. **A sociologia jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal, um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2006.
- GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. *In: Clifford Geertz. O saber local*. Petrópolis, Vozes, 1998: 249-356.
- GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Editora Abril Cultural. Coleção Os Pensadores.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KANT DE LIMA, Roberto, AMORIM, Maria Stella e TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil. *In: Ensaio sobre a igualdade jurídica: acesso à justiça criminal e direitos da cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- KANT DE LIMA, Roberto. Por uma Antropologia do Direito no Brasil. *In: Joaquim de Arruda Falcão. Pesquisa científica e direito*. Recife: Massangana, 1983: 89-116.
- _____. Resposta a um Questionário. *In: OAB: ensino jurídico, diagnóstico, perspectivas e propostas*. Brasília, Conselho Federal da OAB, Comissão de Ciência e Ensino Jurídico, 1992.
- MANGANI, José Guilherme Cantor. Discurso e representação ou de como os baloma de kriwina podem reencarnar-se nas atuais pesquisas. *In: A aventura antropológica*. Teoria e pesquisa. Cardoso, Ruth (Org.). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- MARQUES, Frederico. **Tratado de direito penal**. v.2, São Paulo: Millennium, 1989.
- MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro**. 15.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MERRYMAN, John Henry e PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, (2009). **A Tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Trad. de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

- MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1991.
- MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOSCOVICI, S. **A representação social da psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 9.ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- PERELMAN, Chaim. Enciclopédia Einaudi. *In: Argumentação*. v.11. Edição Portuguesa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. O drama da pena de prisão. *In: Reforma Penal*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil**. Brasília: Revista Fund. Esc. Super. Ministério Público do Distrito Federal, Ano 8. v.15, jan./jun. 2000.
- PRADO, Geraldo. **Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. BITENCOUT, Cezar Roberto. **Código penal anotado e legislação complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. v.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.
- ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: RT, 1995.
- ROUSSEAU, J-J. **Do contrato social**. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luiz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. *In: Nuevo pensamiento penal. Revista de derecho y ciencias penales*. Buenos Aires: Depalma, ano 4, 1975.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais**. Porto Alegre: Porto Alegre, n.66.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7.ed. v.4. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. **Dilemas da decisão judicial**. As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado. Rio de Janeiro: Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 2.ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (1984). **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Buenos Aires: Depalma, 1984.

ANVISA – AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Site: http://www.anvisa.gov.br/legis/leis/10205_01.htm, acesso em 20/10/2010.

CÓDIGOS PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

CÓDIGOS CIVIL, PROCESSO CIVIL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO DE TEORIA E SOCIOLOGIA DO DIREITO. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FOLHA LONDRINA. **Caderno Paraná**. Edição de 27/2/2002.

JUSBRASIL NOTÍCIAS. **Doação de sangue pode suspender processos em crimes menos ofensivos**. Extraído do Expresso da Notícia, de 11/3/2003. Disponível no site: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/140756>, acessado em 20/8/2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO - Rio de Janeiro. Organizadores: Emilio Sabatovski, Iara P. Fontoura e Karla Knih. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

