

O TRABALHO ESCRAVO E A TUTELA PENAL: ANÁLISE ACERCA DO DELITO DE REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO

Carolina Augusta Bahls Maranhão *

Douglas Bonaldi Maranhão **

RESUMO

Tem o presente trabalho a finalidade de apresentar aspectos críticos acerca do trabalho escravo existente atualmente no Brasil, bem como fazer uma análise da necessidade de tutela penal diante desta conduta para, em seguida, buscar a compreensão do delito de redução à condição análoga à de escravo disposto no artigo 149 do Código Penal Brasileiro. Para tanto, buscar-se-á, através de um escorço histórico, a compreensão do que se deve entender por trabalho escravo, para posteriormente ser delimitada a abrangência da tutela penal, no intuito de coibir o desenvolvimento de atividade laborativa em condições análogas à do que se entende por escravidão. Nesta senda é que se espera contribuir de forma crítica para o melhor entendimento histórico-social do trabalho escravo e, como consequência, a resposta jurídico-penal apresentada pelo ordenamento jurídico na busca de reprimir a referida conduta.

Palavras-chave: *delito, dignidade da pessoa humana, trabalho escravo.*

* Bacharela em Administração de Empresas – UNOPAR. Bacharela em Direito – UNIFIL. Advogada.

** Mestre em Direitos Difusos e Coletivos, área de concentração Direito Penal – UEM. Especialista em Filosofia Política e Jurídica em Direito e Processo Penal – UEL. Professor de Direito Penal da UNIFIL, PUC *campus* Londrina e UEL. Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Paraná. Advogado.

THE SLAVE LABOR AND PROTECTION CRIMINAL ANALYSIS ABOUT THE CRIME REDUCTION TO THE CONDITION OF THE ANALOG SLAVE

ABSTRACT

This work has the purpose of presenting critical aspects about slave labor currently exists in Brazil, as well as to analyze the need for protection against this criminal conduct, to then seek the understanding of the crime of reduction to conditions analogous to slave provisions of Article 149 of the Brazilian Penal Code. To do so, it will look through a foreshortened historical understanding of what is meant by slave labor, to be subsequently defined the scope of the penal protection in order to curb the development of labor activity in conditions similar to what is meant by slavery. In this vein, it is expected to contribute to a better understanding critical social-historical slave labor and as a consequence the response submitted by the legal-criminal legal system in seeking to restrain such conduct.

Keywords: crime, human dignity, slave labor.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO . 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO ESCRAVO. 2.1 Leis abolicionistas 3.NECESSIDADE DE TUTELA PENAL. 4 A TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO 4.1 Bem jurídico protegido. 4.2 Tipo objetivo e subjetivo. 4.3 Sujeitos. 4.4 Consumação e tentativa. 4.5 Formas equiparadas. 4.5 Causas de aumento de pena. 5. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

Não se pode atualmente deixar de identificar práticas que nos levam aos tempos mais remotos e que deveriam apenas figurar no imaginário de cada pessoa. O trabalho escravo ganha preocupação internacional, uma vez que não se restringe ao território brasileiro, mas é prática comum em várias partes do mundo.

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise crítica acerca da atual compreensão do tipo penal descrito no artigo 149 do Código Penal, tomando por base a evolução dessa prática ao longo da história, a necessidade de utilização do Direito Penal como forma de coibir esse tipo de conduta, visando proteger os bens jurídicos liberdade e dignidade. Certo de que várias são as disciplinas que podem direcionar o referido desiderato como as sociais, trabalhistas, econômicas, políticas etc., é através da dogmática penal que se tentará indicar os diversos elementos que compõem este tipo penal.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO ESCRAVO

Primeiramente, tem-se no presente trabalho a necessidade de compreender a evolução da escravidão, ainda que de maneira perfunctória, uma vez que foram utilizadas diversas formas de trabalho escravo, ao longo dos tempos e em diferentes regiões do mundo, para que então possa ser alcançada a real situação brasileira, bem como forças que devem ser despendidas a um combate certo e eficaz das situações em que trabalhadores são obrigados a desenvolver a sua atividade em condições análogas à de escravo.

Com esta compreensão, poder-se-á entender o quão reprovável se mostra a conduta de redução à condição análoga à de escravo aclarando, assim, os motivos pelos quais recebe a tutela jurídico-penal, ou seja, pela gravosidade da referida conduta, despende-se a esfera do ordenamento jurídico com as consequência mais gravosas, uma vez que as práticas que historicamente foram adjetivadas como desumanas não podem figurar no mundo contemporâneo, onde o homem não pode ser meio para a consecução de quaisquer fins.

A escravidão, como considerada na Antiguidade Clássica, especialmente aquela instituída pelo Direito Romano que negava a condição de pessoa aos escravos, reduzindo-os a coisas, havia sido erradicada há séculos. Durante a Idade Média puderam ser percebidas grandes mudanças, sendo que as diferentes formas de organizações sociais e políticas levaram a diferentes modos de exploração da força de trabalho.¹

Durante o período feudal, em razão de a economia basear-se principalmente na agricultura, o trabalho era exercido pelos servos da gleba, que não tinham a mesma condição jurídica dos escravos, ou seja, a condição de “coisa”. Mas, como aqueles, também não podiam dispor de sua liberdade, pois estavam presos à terra, eram também obrigados a trabalhar exaustivamente, poderiam ser tão maltratados e encarcerados como eram os escravos, sendo submetidos também a outras situações atentatórias como

¹ Pode-se citar que “Nesse período, alguns historiadores afirmam que a escravidão desapareceu, dando lugar à servidão. Contudo, apesar de ter predominado o sistema feudal, no qual se praticava a servidão, a escravidão se manteve na Europa mediterrânea e na África. Nesse período, havia um intenso tráfico de escravos promovidos pelos Turcos, mas, realmente, não se pode tratar da mesma situação fática” (Vito Palo Neto 2008, p. 31).

aquela em que o senhor da gleba poderia desfrutar da “noite de núpcias da serva que se casasse” (BARROS, 2006, p. 54).²

Bom é dizer que a servidão começou a ser substituída, no final da Idade Média, pelas corporações de ofício, com um início de profissionalização das atividades laborais, mas logo se tornou outro meio de exploração da mão-de-obra. A vergonhosa forma de exploração do homem pelo homem, ou seja, a mão-de-obra escrava ressurgiu muitos séculos depois. Com o descobrimento da América, surge um novo ciclo de escravidão, cuja exploração perdurou por volta de trezentos e cinquenta anos. O que começou com a escravidão do negro africano, embora tenha se iniciado pelos árabes no século nove, “adquiriu grande amplitude com a fixação dos primeiros entrepostos portugueses na África Ocidental” (DAVIS apud PALO NETO, 2008, p.31), no início do século XV.

Esse novo ciclo foi considerado como “o mais vasto sistema de escravidão jamais organizado em toda a história. Até então, a servidão era consequência da guerra ou de alguma forma de endividamento, mas a nova forma de escravidão praticada no continente americano distinguiu-se nitidamente da antiga pelo seu caráter empresarial” (COMPARATO apud PALO NETO, 2008, p. 32).

No Brasil, a escravidão decorre da descoberta do país pelos portugueses, que inicialmente exploraram o trabalho do índio.³ “A mão-de-obra indígena foi um fator de contribuição decisivo no desenvolvimento econômico da colônia e o escravismo praticado levou a um efetivo genocídio do indígena de proporções incomparáveis” (PEDROSO, 2006, p. 50).⁴

² Corroborando a citada descrição Segadas Vianna, afirma que os servos “tinham o direito de herança de animais, objetos pessoais e, em alguns lugares, o de uso de pastos, mas o imposto de herança cobrado pelos senhores absorvia, de maneira escorchantes, os bens dos herdeiros” (VIANNA, 2005. p. 29).

³ Vale ressaltar que, quando se fala em escravidão no período colonial, geralmente associa-se essa escravidão à do negro, no entanto, esquece-se do índio, conforme pontua Jaime Pinsky (1998, p. 10): “É comum encontrar em certa literatura histórica a idéia de que o índio era livre por vocação, enquanto o negro ajustava-se melhor à escravidão. Nenhum homem tem vocação para ser escravo, assim como nenhum ser humano nasceu para burro de carga, ou para servo, ou para operário superexplorado. Todos nascemos para usufruir a vida não para produzir para que outros a usufruam graças ao nosso trabalho. É um mito a idéia de que algumas pessoas nasceram para gozar a vida enquanto outras só têm talento para trabalhar”.

⁴ Sobre esse malfadado genocídio vale ressaltar Manuela Carneiro da Cunha (apud PEDROSO, 2006, p. 50): “Povos e povos indígenas desapareceram da face da terra como consequência do que hoje se chama, num eufemismo envergonhado, „o encontro” de sociedades do Antigo e do Novo Mundo. Esse morticínio nunca visto foi fruto de um processo complexo cujos agentes foram homens e microorganismos mas cujos motores últimos poderiam ser reduzidos a dois: ganância e ambição, formas culturais da expansão do que se convencionou chamar de capitalismo mercantil. Motivos mesquinhos e não uma deliberada política de extermínio conseguiram esse resultado espantoso de reduzir uma população que estava na casa dos milhões em 1500 aos poucos 200 mil índios que hoje habitam o Brasil”.

Após as ações iniciais de escravização do indígena, tem-se um direcionamento à utilização do negro como mão-de-obra escrava. Assim, o negro foi trazido ao Brasil “para preencher o papel de força de trabalho compulsório numa estrutura que se organizava em função disso. A grande lavoura colonial não se preocupava em prover o sustento dos produtores, mas em produzir para o mercado. Em razão disso, “a „racionalidade“ e a eficiência de sua organização só podiam ser avaliadas na medida em que atingissem esses objetivos para os quais o escravo era fundamental” (PINSKY, 1998, p. 21).

A violação da dignidade humana e as torturas começavam ainda em terra. Os negros eram aglomerados em depósitos, feitos de madeira ou pedra, e ficavam aguardando a chegada do navio negreiro ao porto. Geralmente eram capturados em tribos distintas, “praticantes de outras religiões, conhecedores de outras línguas” o que dificultava a comunicação entre eles, evitando-se, assim, possíveis rebeliões (PINSKY, 1998, p. 26).

Para demonstrar o direito de propriedade de uma pessoa sobre a outra e para “materializar a solicitação da Igreja e, através da humilhação, reduzir o homem negro à sua nova condição – de escravo – ele era, durante a viagem, marcado a ferro no ombro, na coxa ou no peito. A praxe era também colocá-lo a ferros, ao menos até se perder de vista a costa africana” (PINSKY, 1998, p. 28).

Os escravos, assim que desembarcavam em um dos portos de destino no Nordeste, Norte ou no Rio de Janeiro, regiões consideradas como “áreas de grande demanda de escravos nos séculos XVI e XVII”, eram vendidos. Essa venda poderia ser realizada no próprio porto ou através de negociações diretas, ou ainda pela realização de leilões. “A presença de intermediários - os chamados tratantes - só iria se afirmar com o desenvolvimento da atividade aurífera em Minas Gerais. Esses comerciantes fariam o papel de ponte entre o traficante que chega até o litoral e o futuro proprietário dos escravos” (PINSKY, 1998, p. 31).

Vale frisar que nos dias atuais existem práticas semelhantes, pois os grandes proprietários de terras que “pretendem utilizar a mão-de-obra forçada contratam os gatos⁵, que são os recrutadores de trabalhadores. Esses aliciadores percorrem regiões distantes, em que os ciclos agrícolas são diferentes dos do local onde irão trabalhar”

⁵ Entende-se por “gatos” os aliciadores de trabalhadores que serão submetidos à atividade laboral análoga à condição de escravo. Trata-se de pessoas interpostas entre empregados e empregadores e, geralmente mancomunados com esses, acobertam o vínculo empregatício.

(SILVA; SILVA, 2006, p. 37), com falsas promessas de bom pagamento e boas condições para trabalhar.

Os escravos, ao chegarem ao local de trabalho, eram acomodados em senzalas que, de acordo com Jaime Pinsky, tratava-se de “construções bastante longas, sem janelas (ou com janelas gradeadas), dotadas de orifícios junto ao teto para efeito de ventilação e iluminação” (PINSKY, 1998, p. 38). Eram construídas geralmente de pau-a-pique e cobertas por sapé, as camas se resumiam a um estrado com esteiras ou cobertores e travesseiros de palha.⁶

Como se pode perceber além de toda a problemática existente quanto às condições de desrespeito às pessoas que eram submetidas àquela forma de trabalho, mais como um objeto do que propriamente um ser humano, também se identificava que o sofrimento dispensado aos escravos e suas famílias transcendia a relação trabalhador/empregador.

Atualmente, a escravidão contemporânea é encontrada principalmente no meio rural brasileiro, e justifica-se em razão da estrutura agrária baseada no latifúndio e em relações autoritárias de “coronelismo”. Os “grandes proprietários de terras no interior do país ainda agem como senhores feudais, exercendo autoridade em sua área de influência que desafia o estado democrático de direito” (PALO NETO, 2008, p. 34-35).

2.2 Leis Abolicionistas

Juntamente com a compreensão das características da escravidão ao longo dos tempos, é de bom alvitre identificar também as insurgências contra esta forma de degradação da condição humana através do desenvolvimento dessas práticas laborativas. Em que pese os vários movimentos tanto por parte daqueles considerados como escravos, quanto pela própria sociedade, há que se tecer algumas linhas a fim de descrever os textos legais que buscavam a erradicação do trabalho escravo. Com a

⁶ As acomodações dos trabalhadores que vivem em condições análogas à de escravo, no meio rural brasileiro, não são diferentes, como bem destacam Cristiane Sabino Silva e Renata Cristina de O. A. Silva (2006, p. 40): “A senzala moderna pode ser assim chamada por possuir as mesmas características da senzala do período colonial. São feitas de madeira, lona ou barro, em meio ao mato, para dificultar a descoberta por agentes do Ministério do Trabalho. Também não possuem banheiro ou cozinha ou espaço adequado para o descanso dos obreiros, como também não possuem, na maioria das vezes, ventilação adequada ou iluminação. No local de trabalho, estão igualmente sujeitos às intempéries e à vigilância ostensiva dos capatazes, sendo castigados quando não executam o trabalho corretamente, quando querem fugir ou quando desrespeitam a lei do patrão”.

promulgação das Leis abolicionistas, encontram-se respostas dadas a essas práticas, figurando como forma de combate à escravidão.

As primeiras ideias contrárias à escravidão surgiram no pensamento Iluminista do século XVIII. "Se antes deste movimento a escravidão era vista como desígnio de Deus, depois passou a ser encarada como uma obra do homem e, portanto, podia ser revogada" (CASTRO, 2004, p. 394).

A luta pela abolição do trabalho escravo teve início na Inglaterra. Em 1807, o Parlamento inglês aboliu o tráfico de escravos em seu território. Dessa forma, a Inglaterra tornou-se "a paladina da emancipação dos escravos", postura esta que representava um marco para aquela época (CASTRO, 2004, p. 395).

O primeiro acordo para pôr fim à escravidão no Brasil foi firmado em 1810, entre D. João e a Inglaterra, por pressão do Governo Inglês. Em 1815, no Congresso de Viena "a Inglaterra conseguiu que D. João proibisse seus vassallos de comercializar escravos ao norte da linha do Equador" (CASTRO, 2004, p.395).

Após a independência do Brasil, em 1827 outro compromisso foi firmado, prevendo o fim do tráfico de escravos três anos após a ratificação do acordo. A partir de então, o tráfico passou a ser tratado como pirataria (CASTRO, 2004, p.396).

No ano de 1831, o Brasil se comprometeu a eliminar definitivamente o comércio de escravos de sua economia, sendo publicada uma lei que "declarava livres os escravos vindos de fora do Império, visando, assim, ao fim do tráfico, que, na prática, não ocorreu" (PALO NETO, 2008, p.37).

Ao contrário, nesse período houve um aumento de 85% no número de escravos trazidos para o Brasil. Nunca tantos escravos foram traficados para o país. Foi cogitada a hipótese de revogar a lei, já que na realidade não era cumprida (PALO NETO, 2008, p.37). Mas a pressão inglesa não parou, e, após uma série de acordos descumpridos pelo Brasil, foi sancionado o Bill Aberdeen, que permitiu à Marinha inglesa "o direito de aprisionar qualquer navio negreiro e dava aos tribunais ingleses do vice almirantado o direito de julgar os traficantes presos nestas incursões" (CASTRO, 2004, p. 397).

Toda essa pressão que o Brasil vinha sofrendo culminou na "elaboração de leis que visavam, ao mesmo tempo, atender os interesses externos de extinção do tráfico e garantir apoio interno, assegurando à grande propriedade a mão-de-obra que faltaria com o fim da escravidão" (PALO NETO, 2008, p. 37).

A Lei nº 581, conhecida como Lei Eusébio de Queiroz, aprovada em 1851, estabeleceu que as embarcações brasileiras, encontradas em qualquer parte, e as

estrangeiras, encontradas nos portos ou mares territoriais brasileiros, ”tendo escravos a bordo ou já desembarcados, seriam apreendidas e consideradas importadoras de escravos” (CASTRO, 2004, p. 397-398).

Em 1871, surge a Lei nº 2040, conhecida como Lei do Ventre Livre ou dos Nascituros, estabelecendo que seriam livres os filhos de escravos que nascessem a partir da data da lei. Essas crianças ficariam com os senhores até os oito anos de idade, depois poderiam ser entregues ao governo em troca de uma indenização ou ficariam “libertos” na propriedade, até os vinte e quatro anos, devendo trabalhar para seu sustento (CASTRO, 2004, p. 401).

Após a aprovação dessa lei, iniciaram-se debates mais acalorados acerca do abolicionismo. Esse passou a ser o assunto do momento, “ser abolicionista era ser identificado como moderno, favorável ao progresso e à civilização. Durante o Ministério Dantas, foi apresentado “um projeto de lei para libertação de escravos idosos”, o projeto não causava grandes consequências, “libertava os pouquíssimos escravos que conseguiam chegar a seis décadas de vida” (CASTRO, 2004, p. 402-403).

A Lei Saraiva-Cotegipe, mais conhecida por lei dos Sexagenários, foi aprovada em 1885, preconizando a liberdade para escravos maiores de 60 anos completos antes e depois da data em que entrasse em execução a lei. Porém, ficariam obrigados a título de indenização pela sua alforria, a prestar serviços pelo espaço de três anos aos seus senhores. A decisão foi considerada de pouco efeito, pois a expectativa de vida do escravo não ultrapassava os quarenta anos (CASTRO, 2004, p. 403).

Vale ressaltar que a alforria para os maiores de sessenta anos, na verdade, era um presente para os proprietários, haja vista que estes ex-escravos já se encontravam velhos e inválidos, para os intentos dos proprietários que se “libertavam” do fardo de ter que “garantir alimentação e moradia a pessoas imprestáveis aos fins econômicos de seus senhores” (PEDROSO, 2006, p. 61).

A escravidão foi abolida formalmente em 1888, com a promulgação da Lei Áurea, pela Princesa Isabel, colocando termo ao direito de propriedade de uma pessoa sobre a outra. Mas a situação dos trabalhadores não melhorou, como ensina Eliane Pedroso (2006, p. 67): “Sem um planejamento político que viabilizasse a integração da grande massa de ex-escravos necessitados de trabalho remunerado e permanecendo as melhores áreas de terra cultiváveis no domínio dos senhores de engenho, a vida do novo trabalhador era livre e remunerada, porém submetida às condições de trabalho e remuneração encontráveis [...]”.

Atualmente, embora proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro, e combatido por diversos órgãos públicos como privados⁷, algumas características daquela relação de exploração persistem, ainda que de forma dissimulada⁸, ou seja, tem-se o trabalho escravo com contorno modernos, que diferenciam em parte das práticas antigas, como pode ser percebido pela própria tipificação constante no artigo 149 do Código Penal brasileiro, onde a conduta proibida é a redução do trabalhador à uma condição análoga à de que eram submetidos os antigos escravos.

Esta conduta criminosa de redução de trabalhadores à condição análoga à de escravo, descrita no artigo 149, do Código Penal, teve substancial alteração feita pela Lei n. 10.803, de 11 de dezembro de 2003, que acabou por ampliar as formas e os meios pelos quais as condutas podem ser subsumidas ao tipo legal.

Pelas diretivas aqui implementadas, “pode-se concluir que o trabalho escravo contemporâneo é uma realidade cruel que ainda assola o país, mostrando pessoas privadas de sua liberdade de diversos modos. Vale ressaltar que o escravizador não os priva apenas da liberdade, mas também não respeita direitos mínimos para manter a dignidade humana dos trabalhadores, que, por diversas vezes, são encontrados em condições piores que a dos escravos no período colonial” (SALADINI; MARANHÃO, 2009, p. 141), motivos estes que justificam uma reação por parte do ordenamento jurídico, com a utilização da tutela penal como forma de estancar tais práticas, como a seguir será abordado.

3. NECESSIDADE DE TUTELA PENAL.

⁷ Quanto às Políticas de Combate ao Trabalho escravo vale citar Ana Paula Sefrin Saladini e Carolina Augusta Bahls Maranhão, que abordam a atuação de diversas frentes de combate ao trabalho escravo como o Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho e Emprego, Organização Internacional do Trabalho e Comissão Pastoral da Terra (2009, p. 146-150).

⁸ Como Ensina Eliane Pedroso (2006, p. 69): “Os elementos desta antiga e desproporcional relação permanecem quase intactos através dos tempos, ainda que suas formas sejam cada vez mais dissimuladas. A proibição de largar definitivamente o trabalho no momento desejado, a exploração aviltante da força de trabalho humana, a submissão aos maus-tratos e à absoluta falta de higiene, o constrangimento físico ou moral e a sujeição a condições indignas, estão ainda bem presentes. A violência vibra tão intensamente quanto o antigo sistema escravocrata. Atualmente, também são executados castigos, agressões e até homicídios, tudo com a finalidade de disciplinar o escravo rebelde e também os demais em uma verdadeira ameaça indireta”.

Tem-se, atualmente, como posicionamento majoritário da doutrina, que o Direito Penal tem a função primordial de proteção de bens jurídicos que sejam essenciais à coexistência e desenvolvimento do homem. “Para cumprir tal desiderato, em um Estado democrático de Direito, o legislador seleciona os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores da tutela penal” (PRADO, 2013, p. 70).⁹

Desta feita, há que se analisar o merecimento dos bens jurídicos que são agredidos através da conduta descrita no artigo 149 do Código Penal brasileiro, com o escopo de compreender se a referida tipificação é condizente com as premissas exigidas pela tutela penal, bem como, se essa tipificação cumpre com o seu intento dentro da realidade fática.

Assim, em que pese este ponto ser analisado à frente, cumpre inicialmente levantar que o crime de redução à condição análoga à de escravo, acaba por atentar contra a liberdade pessoal, bem como, contra a própria dignidade da pessoa humana. O primeiro bem através da privação do seu direito de ir e vir (*status libertatis*), sendo o segundo pelas condições a que ficam submetidos tais trabalhadores, que pela diretiva do dispositivo penal (condições análogas à de escravo) já remete o intérprete a compreender tal situação como a colocação do trabalhador em condições sub-humanas. Neste sentido, cumpre analisar esses bens jurídico-penais para uma melhor compreensão e justificação da sua proteção pela tutela penal, especificamente pela conduta descrita no artigo 149 do Código Penal.

Mesmo que ao longo da história da civilização, tente-se justificar a escravidão, em nenhum momento ela deveria ter sido legítima, ou juridicamente aceita. Mesmo que as relações e o tipo de sociedade tentassem provar o contrário, o ser humano sempre foi o mesmo, sempre teve “alma”, independente de sua cor, raça, etnia ou religião e, por isso, a coisificação do ser humano será sempre algo contrário à natureza humana.

A ideia de dignidade vem da expressão latina *dignitas* que significa valor intrínseco, prestígio, mérito, qualidade, estima, nobreza, ou seja, aquilo que merece respeito, consideração. Pode-se afirmar que a dignidade humana surge no mundo ocidental através da doutrina cristã, por meio da vinculação à ideia da criação e da ação

⁹ Nesse sentido: CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: parte general*. São Paulo: RT; Lima, PE: ARA Editores, 2007, p. 25 e ss.; LUIZ. Luisi. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 168. Vale citar que a referida tutela deverá estar sob a égide dos princípios fundamentais da legalidade, da personalidade e da individualização da pena, da humanidade, da culpabilidade da intervenção mínima e da insignificância. (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 65-70).

divina. Os seres humanos foram criados à imagem e semelhança de Deus. Sendo assim, possuem uma igualdade essencial. Para muitos, esse é considerado como o fundamento da dignidade humana (NOVELINO, 2008, p. 26).

Oportuno se torna dizer que a dignidade humana não é um direito outorgado pelo ordenamento jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, pelo simples fato de ser humano, independentemente de raça, cor, religião, origem, idade ou condição social.¹⁰ Cabe ao Estado garantir, preservar, proteger e principalmente prover os meios necessários para a efetivação da dignidade humana.¹¹

Dispositivos internacionais demonstram a importância do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos (1948) promulga que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. A Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em junho de 1993, concluiu que “todos os direitos humanos têm sua origem na dignidade e no valor da pessoa humana”. E a Constituição da República Federativa do Brasil tem como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Dessa forma, pode-se concluir que a dignidade humana deve nortear o ordenamento jurídico (NASCIMENTO, 2009, p. 116).

Nessa esteira, o constituinte de 1988, consagrando a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (SARLET, 2008, p. 168-169).

O reconhecimento dos direitos humanos fundamentais tem como base a ideia de dignidade humana, e, através do cumprimento desses direitos, a dignidade pode ser promovida e respeitada. Nesse sentido, “os direitos fundamentais são os pressupostos elementares da vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é

¹⁰ Vale citar: “O mais importante fundamento constitucional da República Federativa do Brasil, a nosso ver, é sem dúvida, a dignidade. Dela decorre todo o raciocínio jurídico interpretativo. Queremos dizer com isso que o intérprete e o aplicador da lei, bem como todo e qualquer operador do Direito, e ainda o legislador e o administrador do Executivo, devem ter em mente, para a prática de seus atos, esse fundamento”. (SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: RT, 2010, p. 144)

¹¹ Nas palavras de Luiz Regis Prado: “é possível asseverar que a dignidade da pessoa humana pode assumir contornos de verdadeira categoria *lógico-objetiva* ou *lógico-concreta*, inerente ao homem enquanto pessoa. É, pois, um atributo ontológico do homem como *ser* integrante da espécie humana – vale em si e por si mesmo”. (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – volume 1 – parte geral*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 165)

livre se for composta por homens livres e dignos” (ANDRADE *apud* NOVELINO, 2008. p, 26).

Por tais razões, Flávia Piovesan (2006, p. 164) afirma que o trabalho escravo “se manifesta quando direitos fundamentais são violados, como direito a condições justas de um trabalho que seja livremente escolhido e aceito”, e ressalta ainda que o trabalho escravo “surge como a negação absoluta do valor da dignidade humana, da autonomia e da liberdade, ao converter pessoas em coisas e objetos”.

Em virtude dessas considerações, conclui-se que a exploração do trabalho escravo coíbe o exercício de uma vida digna, sob todos seus aspectos, ou seja, o trabalho escravo impossibilita o acesso à saúde, à educação, à moradia (uma vez que esses trabalhadores quando resgatados estão em péssimas condições e em alojamentos precários), pois esses humildes trabalhadores são reduzidos ao status de “coisa”.

Ressalta-se ainda que, embora a prática do trabalho escravo seja vedada por inúmeros tratados e convenções internacionais já ratificados, e que a Constituição Federal do Brasil tenha como fundamento a dignidade humana e como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária com a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, a concretização desses objetivos tem encontrado diversos obstáculos.

Há que se aventar também a afronta realizada à liberdade do trabalhador, uma vez que com a redução à condição análoga à de escravo, além da afronta à dignidade da pessoa humana, tendo em vista as condições a que são submetidos os trabalhadores, tem-se também uma afronta ao *status libertatis*, uma vez que para o desenvolvimento dessas atividades laborativas, são impostos obstáculos ao seu direito de ir e vir.

Como mecanismos a impedir sua ocorrência, inúmeros são os dispositivos que visam proteger a liberdade do cidadão, em suas mais diversas formas. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 define, no artigo 4º, a liberdade como “poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: em consequência, o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurem aos demais membros da sociedade a fruição desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei” (DECLARAÇÃO, 1789, p.1).

De igual forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 proclama os ideais de liberdade. O artigo I contempla que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”; o artigo II, que “todo homem tem capacidade

para gozar os direitos e liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”; o artigo III, que “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”; e o artigo IV, que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas” (ONU, 2009).

Por tais razões observa-se que o trabalho escravo, em dias atuais, é um verdadeiro obstáculo à concretização das conquistas humanas, ferindo princípios basilares da evolução da sociedade, cuja vida humana passa a ser um instrumento para atingir determinado fim, restando mais do que cristalina a necessidade da intervenção da tutela penal, com o fim de coibir esta odiosa prática.

3.3 A Tipificação do Crime de Redução à Condição Análoga à de Escravo no Ordenamento Jurídico-penal Brasileiro

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, a principal característica de trabalho escravo é a falta de liberdade, e as quatro formas mais comuns do regime se apresentar são: “servidão por dívidas; retenção de documentos; dificuldade de acesso ao local onde o trabalhado se desenvolve e a presença de pessoas armadas fiscalizando as atividades envolvidas”. Essas formas estão previstas no artigo 149 do Código Penal (PAIM, 2009, p. 22).

O trabalho em condições análogas à de escravo é reconhecido, atualmente, não só quando há a restrição da liberdade do trabalhador, mas também quando há o desrespeito “ao atributo maior do ser humano que é a sua dignidade”, quando lhe é negado um conjunto mínimo de direitos que a “OIT convencionou denominar trabalho decente, e que são os Direitos Humanos específicos dos trabalhadores” (BRITO FILHO, 2006, p. 126).

A Lei n. 10.803, de 11 de dezembro de 2003, alterou de forma significativa o artigo 149 do Código Penal Brasileiro (CP), que passou a dispor o seguinte:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

2º A pena é aumentada de ½ (metade), se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Com a alteração do artigo, que anteriormente possuía um tipo penal aberto, uma vez que não apresentava condicionantes para a consecução do fim almejado, passou-se a adotar um tipo penal fechado. O dispositivo prevê quatro hipóteses de tipificação do crime: sujeição alheia a trabalhos forçados; sujeição alheia à jornada exaustiva; sujeição alheia a condições degradantes de trabalho; restrição, por qualquer meio, da locomoção alheia em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Condutas estas que serão abordadas de maneira específica à frente.

3.3.1 Bem Jurídico Protegido

Como já citado acima, a referida conduta merece ser tutelada pela esfera penal, uma vez que se mostra atentatória à liberdade e dignidade da pessoa humana, estes os bens jurídicos aqui protegidos¹². Neste sentido, classifica-se como delito pluriofensivo, pois é possível perceber claramente que a ofensa recai sobre os dois bens jurídicos penalmente relevantes acima citados, uma vez que a sua liberdade é cerceada, bem como as condições de trabalho a que é submetido a vítima atinge diretamente a sua dignidade.

Assim, com o disposto no artigo 149 do Código Penal, tutela-se a liberdade individual, ou seja, o *status libertatis*, garantido pela Constituição Federal. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 425), protege-se a liberdade “sob aspecto ético-

¹² Construindo um conceito acerca do que se deve entender por bem jurídico, ensina Luiz Regis Prado que: “o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – volume 1 – parte geral*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013)

social, a própria dignidade do indivíduo”. O autor ressalta que reduzir alguém à condição análoga à de escravo, fere, em especial, o princípio da dignidade humana, “despojando-o de todos os seus valores ético-sociais, transformando-o em *res*, no sentido concebido pelos romanos”.

Em sentido semelhante, Aníbal Bruno (*apud* BITENCOURT, 2011, p. 425-426) aduz que:

[...] referido fato delituoso não suprime determinado aspecto da liberdade, mas „atinge esse bem jurídico integralmente, destruindo o pressuposto da própria dignidade do homem, que se opõe a que ele se veja sujeito ao poder incontrastável de outro homem, e, enfim, anulando a sua personalidade e reduzindo-o praticamente à condição de coisa, como do escravo romano“ [...]

Ainda sobre o tema, Luiz Regis Prado (2013, p. 349) assevera:

O indivíduo é posto sob o domínio de outrem, que pode dele livremente dispor. Não se suprime, *in casu*, uma parcela da liberdade pessoal. Ao contrário, esse bem jurídico é integralmente comprometido, visto que a sujeição de alguém ao poder absoluto do agente implica afronta insanável ao princípio da dignidade da pessoa humana, de índole constitucional (art.1.º, III, CF). Reduzir alguém à condição análoga à de escravo importa anulação completa da personalidade. O homem é transformado em coisa (*res*), submetido ao talante do agente. A nota característica do delito insculpido no artigo 149 do Código Penal é a redução da vítima a um estado de submissão física e psíquica.

Como se observa, protege-se não somente a liberdade do indivíduo, mas também sua dignidade, direitos esses que figuram como corolário da própria existência do ser humano, de acordo com a condição humana que a ele é inerente e que jamais pode ser desrespeitada, bem como representam bases infranqueáveis de um Estado democrático Social de Direito.

3.3.2 Sujeitos Ativo e Passivo

Por se tratar de crime comum, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sem restrições, uma vez que o tipo penal não exige qualquer condição pessoal específica. Vale ressaltar que no caso de o sujeito ativo ser funcionário público, poderá ser configurado o crime de abuso de poder descrito no artigo 350 do Código Penal

(BITENCOURT, 2011, p. 426). Quanto ao sujeito passivo do delito, também pode figurar qualquer sujeito, independente de raça, idade, origem, sexo, condição cultural ou capacidade jurídica, independentemente da capacidade de autodeterminação da pessoa quanto as circunstâncias a que será submetida (PRADO, 2013, p. 349)¹³.

Importante citar o posicionamento Cezar Roberto Bitencourt ao afirmar que com alteração do artigo 149 do CP, há que se levar em consideração a relação existente entre empregador e empregado, pois “somente pode ser sujeito passivo desse crime quem se encontrar na condição de contratado, empregado, empreiteiro, operário (enfim, trabalhador) do sujeito passivo”. É indispensável a existência de relação ou “vínculo trabalhista” entre os sujeitos ativo e passivo, para que se configure o tipo penal (BITENCOURT, 2011, p 427).

3.3.3 Tipicidade Objetiva e Subjetiva

Antes de adentrar aos pontos específicos da tipicidade objetiva e subjetiva, é de bom alvitre dividir a compreensão de quais condutas estão descritas pela norma penal. Tem-se no *caput* a descrição nuclear do que se deve entender como norma do artigo 149, *caput* do Código Penal, sendo que as hipóteses descritas no artigo 149, § 1º, I e II do Código Penal trazem as formas equiparadas de redução à condição análoga à de escravo, tema que será abordado em tópico específico.

A tipicidade objetiva, que é composta pelos elementos que integram a descrição legal do tipo penal, sendo que, na disposição do *caput*, do artigo 149, tem-se “reduzir alguém à condição análoga à de escravo”. Nessa hipótese o “indivíduo é posto sob o domínio de outrem, que pode dele livremente dispor” (PRADO, 2013, p. 349). Essa redução à condição análoga à de escravo acaba por afrontar a personalidade da vítima, anulando-a por completo, e, por consequência, atenta contra a dignidade da pessoa humana.

Não obstante as diversas situações concretas possíveis de serem encontradas, traço comum a esse ato é o de colocar a vítima “a um estado de submissão física e psíquica” (PRADO, 2013, p. 349). Faz-se referência à redução à condição análoga à de escravo, ou seja, coíbe-se a colocação de pessoa em situação semelhante à de escravo, pois o escravo, historicamente, como já citado, era despido de direitos como a liberdade

¹³ Neste sentido: COSTA JR. Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 426.

pessoal, figurando mais como objeto do que propriamente um ser humano (podendo ser comprado ou vendido, impedido de se ausentar do local de trabalho, tendo que contrair dívidas com a pessoa que o submete a essa condição, etc.).

Nesse sentido ensina Cezar Roberto Bitencourt (2011, p 427) que:

Os meios ou modos para a prática do crime são os mais variados possíveis, não havendo qualquer limitação legal nesse sentido; o agente poderá praticá-lo, por exemplo, retendo salários, pagando-os de forma irrisória, mediante fraude, fazendo descontos de alimentação e de habitação desproporcionais aos ganhos, com violência ou grave ameaça, etc.

A primeira hipótese, que completa a diretiva do *caput* do artigo 149 do Código Penal, é a de “submeter” alguém a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, ou seja, sujeitando a pessoa a trabalhar contra a sua vontade ou a realizar atividade esgotante, além do que se entende por aceitável ao trabalhador médio.

A segunda conduta elencada é por meio da sujeição do trabalhador à atividade laborativa degradante. Deve-se entender por trabalho em condições degradantes “aquele em que não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador” (BRITO FILHO, 2006, p. 132).

A terceira hipótese é descrita por meio da *restrição*, de qualquer forma, do direito de locomoção do empregado, por dívida contraída com empregador ou responsável, ou seja, fica impossibilitado o trabalhador em seu direito de ir e vir, pela dívida contraída no local de trabalho, ficando o pagamento desta como condição para que possa se deslocar para onde queira. Vale ressaltar que atualmente essa hipótese pode ser identificada com frequência, principalmente no meio rural brasileiro, motivo pelo qual se faz necessário um estudo mais detalhado, o que será feito adiante, em tópico específico.

O tipo subjetivo que compõe as ações descritas no *caput* do artigo 149 é representado pelo dolo direto ou eventual, sendo que o primeiro consiste “na vontade livre e consciente de subjugar determinada pessoa, suprimindo-lhe, faticamente, a liberdade, embora esta remanesça, de direito” (BITENCOURT, 2011, p. 428). Já o segundo tem a previsibilidade do resultado e a realização da conduta, assumindo o risco de produção desse resultado, sendo, por fim, a aceitação da consumação do delito.

Vale lembrar que o consentimento do ofendido não afasta a ilicitude, pois “o estado de liberdade integra a personalidade do indivíduo”, portanto, é direito

indisponível. Mesmo que o sujeito passivo concorde com a inteira supressão de sua liberdade pessoal, não há a exclusão do delito, uma vez que “isso importaria em anulação da personalidade” (PRADO, 2013, p. 348).¹⁴

3.3.4 Consumação e Tentativa

O delito, quanto às condutas descritas no caput, consuma-se quando a vítima é efetivamente reduzida à condição análoga à de escravo por um certo período. Trata-se de delito permanente, “cuja execução se protraí ao longo do tempo, perdurando enquanto a vítima estiver sujeita ao controle exercido pelo sujeito ativo”. A posterior libertação da vítima não descaracteriza o delito (PRADO, 2013, p. 351). Admite-se a tentativa, como demonstra Luiz Regis Prado, “verificando-se quando o agente pratica atos de execução a fim de reduzir alguém a condição análoga à de escravo, mas não logra êxito por circunstâncias alheias à sua vontade”. Continua o autor através de um exemplo: “É o que ocorre, por exemplo, se o sujeito ativo for preso em flagrante delito quando transportava trabalhadores para a sua propriedade, onde iriam servi-lo por tempo indeterminado, sem poder retornar” (PRADO, 2013, p. 351), caracterizando, assim, que o crime não se consumou por questões alheias à sua vontade.

3.3.5 Formas Equiparadas

A Lei n. 10.803/2003 introduziu formas equiparadas de redução à condição análoga à de escravo (art. 149, § 1º, I e II), determinando que incorre nas mesmas penas quem:

- I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
- II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Convém ressaltar que, diferentemente do *caput*, as formas equiparadas exigem, além do dolo, o elemento subjetivo do injusto, “consistente no especial fim de agir - *com o fim de reter o trabalhador no local de trabalho*” (PRADO, 2013, p. 352), ou seja,

¹⁴ Neste sentido: COSTA JR. Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 426.

há que se debruçar o intérprete na finalidade além de tão somente realizar o elementos objetivos do tipo, identificando o desiderato de manter o trabalhador no local de trabalho.

O delito consuma-se “com o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte”, bem como com a vigilância ostensiva ou “com o assenhoreamento de documentos ou objetos pessoais do trabalhador” (PRADO, 2013, p. 352). Nas formas equiparadas, também se admite a tentativa.

3.3.6 Causas de Aumento de Pena

A pena é aumentada pela metade se o crime for cometido contra criança ou adolescente, ou por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem (art. 149, § 2º, I e II, CP).

O Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n. 8069/90) considera criança a pessoa até doze anos incompletos, e adolescente aquele entre doze a dezoito anos. Sobre o assunto Luiz Regis Prado (2013, p. 352) aduz que:

Trata-se de uma majorante que atua na medida do injusto, implicando maior desvalor da ação, já que a qualidade da vítima afasta a possibilidade de uma efetiva reação à ação delituosa e, conseqüentemente, aumenta a probabilidade de produção do resultado. O aumento do desvalor da ação, *in casu*, está lastreado não apenas na suposta vulnerabilidade da vítima, mas também na acentuada periculosidade da conduta.

Haverá também aumento da pena quando o crime é cometido por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. Nesse caso, o aumento justifica-se devido “a maior reprovabilidade pessoal da conduta” (PRADO, 2013, p.352), atuando assim em uma maior magnitude de culpabilidade.

Sobre a majorante, Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 434) comenta:

[...] Parece que há necessidade congênita do legislador brasileiro em demonstrar que não é preconceituoso, pulverizando com punições especiais não apenas o Código Penal, como outros diplomas legais repressivos, chegando a discriminar setores da minoria, sob argumento de pretender beneficiá-los. Contudo, para que essa majorante específica se faça presente é indispensável que seja orientada pelo especial *fim de discriminar* o ofendido por razão da *raça, cor, etnia, religião* ou

origem (elemento subjetivo especial do injusto), a exemplo do que acontece com a injúria preconceituosa ou discriminatória [...].

A citada majorante atua sobre a magnitude da culpabilidade, identificando-se maior reprovabilidade pessoal pela conduta do agente.

4. CONCLUSÃO

Com base na pesquisa realizada, tem-se que a ideia de trabalho escravo mudou ao longo dos tempos, não obstante a sua sempre característica desumana. Isso por conta da total desconsideração da pessoa humana que não pode ser coisificada, sob pena de a própria civilidade restar comprometida, uma vez que o homem é o destinatário final de todo e qualquer ato, nunca podendo ser um meio para a consecução de quaisquer fins.

Vale ressaltar que a dignidade é algo intrínseco ao homem enquanto ser, representando princípio basilar de um Estado democrático social de Direito, representando direito infranqueável do cidadão, sendo que no ordenamento jurídico brasileiro figura como fundamento da República.

Não obstante a identificação dos malefícios da escravidão ao longo da história, ainda hoje tal conduta é realizada, vinculando-se principalmente ao intento de empregadores que se utilizam do homem, visando tão somente o aumento da sua lucratividade. Dessa forma, o ordenamento jurídico busca coibir essas condutas através de vários dispositivos legais, sendo que no presente trabalho, buscou-se compreender melhor o tipo penal disposto no artigo 149 do Código Penal.

Em que pese o merecimento da proteção penal através do tipo penal: redução a condição análoga à de escravo que protege tanto a liberdade como a dignidade do trabalhador, há que se levantar a dificuldade de se desenvolver as políticas públicas necessárias para se coibir tal prática, tema este que não representou a base no presente estudo, mas que influencia sobremaneira a ineficácia das tutelas jurídicas que visem à proteção do trabalhador, seja em área rural ou urbana.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*, v. 2 – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

CEREZO MIR, José. *Derecho Penal: parte general*. São Paulo: RT; Lima, PE: ARA Editores, 2007.

COSTA JR. Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em:

<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso em: 16 jun. 2009.

LUIZ, Luisi. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NOVELINO, Marcelo. Da dignidade da pessoa humana: conteúdo jurídico. *Prática Jurídica*. ano VII, n. 77, ago. 2008.

ONU: Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em:

<http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em: 25 maio 2009.

PAIM, Paulo. Trabalho escravo no Brasil contemporâneo: tempo de olhar mais além. *Revista Jurídica Consulex*. ano XIII, nº 294, abr. 2009.

PALO NETO, Vitor. *Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

PEDROSO, Eliane. Da negação ao reconhecimento da escravidão contemporânea. In: PINSKY, Jaime. *A escravidão no Brasil*. 16. ed. São Paulo: Contexto, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação aos direitos humanos. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

PISTORI, Gerson Lacerda. Trabalho: um pouco da história da maldição. *Revista LTr*. v. 71, nº 12, 12 dez. 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – volume 1 – parte geral*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro – volume 2 – parte especial*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REZENDE, Gervásio Castro. Uma crítica à crença generalizada de que existe “trabalho escravo” na agricultura brasileira. *Revista Jurídica Consulex*. ano XIII, n. 294. 15 abr. 2009.

SALADINI, Ana Paulo Sefrin; MARANHÃO, Carolina Augusta Bahls. Considerações sobre trabalho escravo no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da UNIFIL*, ano VI, n. 6°. Londrina: UNIFIL, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: RT, 2010.

VIANNA, Segadas. Antecedentes Históricos. In: SÜSSEKIND, Arnaldo, *et al.* *Instituições de direito do Trabalho*. v. 1, 22. ed. atual. São Paulo: Ltr, 2005.

RETROATIVIDADE BENÉFICA OU LEX TERTIA? UM ESTUDO SOBRE O CONFLITO DE LEIS NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.

BENEFICIAL RETROACTIVITY OR LEX TERTIA? A STUDY ON THE CONFLICT OF LAWS IN THE CRIME OF DRUG TRAFFICKING

*Benedicto de Souza Mello Neto*¹
<http://lattes.cnpq.br/3556862559458054>

*Renê Chiquetti Rodrigues*²
<http://lattes.cnpq.br/3046870280940708>

RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar o problema do conflito de leis penais no tempo envolvendo o crime de tráfico de drogas no ordenamento jurídico brasileiro. A nova Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/06) determinou um tratamento mais gravoso ao traficante do que a legislação anterior (Lei n.º 6.368/76), aumentando-se a pena mínima abstratamente cominada no tipo penal. Conjuntamente, inovou no ordenamento jurídico ao prever uma causa de diminuição de pena para determinados casos de traficância. Desta sistemática, surge o questionamento acerca da possibilidade ou da impossibilidade da retroação da minorante mantendo-se intacta a pena abstrata do diploma legal anterior, por ser mais benéfica do que a estipulada na nova lei. Surgiram duas correntes teóricas no âmbito judicial visando resolver o problema proposto. Este artigo analisa o posicionamento dessas duas correntes, expondo a argumentação desenvolvida por cada uma delas.

PALAVRAS-CHAVE: CONFLITO DE LEIS; *LEX TERTIA*; LEI PENAL NO TEMPO; EXTRA-ATIVIDADE LEGAL; TRÁFICO DE DROGAS.

ABSTRACT

¹ Mestre em Direito Supraindividual pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), área de concentração em Direito Penal. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenador da Especialização em Direito e Processo Penal da Universidade Estadual de Londrina. Professor de Direito Penal Econômico e Tributário na Especialização em Direito e Processo Penal da Universidade Estadual de Londrina. Professor de Direito Penal e Processo Penal na Universidade Estadual de Londrina e na Faculdade Catuaí. Advogado Criminal.

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); atualmente cursa especialização em “Filosofia Moderna e Contemporânea” pela mesma instituição e especialização em “Direito Constitucional Contemporâneo” pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Advogado Criminal.

This work aims to study the problem of conflict of penal laws in time involving the crime of drug trafficking in the Brazilian legal system. The new Drug Law (Law n.º 11.343/06) determined a more severe penalty to the drug dealer than the previous legislation (Law n.º 6.368/76), increasing the minimum penalty abstractly restraint applied by the offense. Together, innovated in the legal system by providing a cause of reduced penalty for certain cases of drug trafficking. From this systematic, arises the question about the possibility or impossibility of the retroactivity of the cause of reduced penalty keeping intact the abstract penalty of the previous statute, to be more beneficial than that stipulated by the new law. Two theoretical positions have emerged in the courts to solve the proposed problem. This article analyses the positioning of these two currents, exposing the arguments of each one.

KEYWORDS: CONFLICT OF LAWS; *LEX TERTIA*; CRIMINAL LAW IN TIME; EXTRA-LEGAL ACTIVITY; DRUG TRAFFICKING.

INTRODUÇÃO

O advento da Lei n.º 11.343/06, popularizada como nova Lei de Drogas, despertou vários debates no âmbito jurídico-penal brasileiro. Alguns destes debates se encontram relativamente superados, como o da (des)criminalização do delito de porte de drogas para uso pessoal e a possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos³ nos delitos de tráfico de entorpecentes. Contudo, nem todos os debates suscitados por tal diploma legal se encontram plenamente solucionados.

Neste artigo pretendemos abordar um debate ocasionado pela respectiva lei e ainda não plenamente pacificado nos tribunais pátrios, especialmente nas cortes superiores: trata-se da (im)possibilidade da aplicação da minorante prevista no §4º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06 (nova Lei de Drogas) aos crimes cometidos sob a vigência da Lei n.º 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos). O texto da antiga Lei n.º 6.368/76 tipificava o delito de tráfico de entorpecentes em seu artigo 12 cominando pena abstrata de 3 a 15 anos e multa, enquanto a redação da nova Lei n.º 11.343/06 passou a tipificar o tráfico de drogas em seu artigo 33 aumentando a reprimenda mínima em abstrato ao cominar pena de 5 a 15 anos de reclusão e multa.

³ Sobre este último tópico, em 16 de fevereiro de 2012 entrou em vigor a Resolução n.º 5 de 2012 do Senado Federal, que reza em seu artigo 1º, *in verbis*: “É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus n.º 97.256/RS”. Trata-se de rara aplicação do tão controverso art. 52, X da Constituição Federal.

Em que pese ter elevado a pena mínima abstratamente cominada ao delito de tráfico de drogas, elevando-a de 3 (três) para 5 (cinco) anos, o novo diploma legal previu em seu § 4º do artigo 33 a seguinte causa de diminuição de pena:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

[...]

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Tal causa de diminuição de pena dirigida ao 'pequeno traficante', constitui inovação jurídica da Lei n.º 11.343/06. A minorante foi elaborada em razão de recorrentes pedidos para que fosse criado um tipo intermediário entre o delito de tráfico e o porte de drogas ilícitas. Isto, pois, aquele que era eventualmente responsável pela venda de entorpecentes, conhecido popularmente como “avião” ou “mula”, era punido da mesma forma que o verdadeiro traficante, não havendo proporcionalidade entre as penas abstratamente cominadas e o real desvalor da conduta dos agentes. Para que o réu faça jus à minorante prevista no § 4º, deverá cumprir cumulativamente quatro requisitos: a) ser agente primário; b) possuir bons antecedentes; c) não se dedicar a atividades criminosas, e d) não integrar organizações criminosas.

Entretanto, tendo em vista que tal causa de diminuição não havia sido prevista na lei revogada, surge o seguinte problema: sendo a pena mínima estipulada pela nova Lei (5 anos) maior do que a prevista no antigo texto legal (3 anos), seria possível fazer retroagir tão somente a diminuição prevista no § 4º, nos crimes cometidos sob a vigência da antiga Lei 6.368/76? Em outros termos, aos crimes cometidos antes de 08 de outubro de 2006 (vigência da nova legislação), poderíamos manter a pena abstrata de 3 a 15 anos fazendo retroagir apenas o §4º do art. 33 para diminuir a pena de 1/6 a 2/3 da pena nos casos onde o réu é primário, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra associação criminosa?

A jurisprudência brasileira tem se dividido em pelo menos duas posições básicas:

1) a primeira sustenta a impossibilidade da aplicação do §4º aos crimes cometidos sob a

vigência da antiga Lei de Tóxicos, sob o argumento principal da *vedação de combinação de leis no tempo* para beneficiar o réu (*Lex tertia*); 2) a segunda posição entende pela possibilidade da aplicação do referido parágrafo em respeito à *garantia constitucional da retroatividade da lei benéfica* ao acusado.

A controvérsia chegou aos pátios do Superior Tribunal de Justiça, dividindo o entendimento dos Ministros que compõem as Turmas responsáveis pelo julgamento das causas criminais. Enquanto a *Quinta Turma* firmou entendimento em sentido negativo, afirmando se tratar de combinação de textos legais para beneficiar o réu, o que seria proibido, a *Sexta Turma* possui vários precedentes que defendem possibilidade de retroação da nova causa de diminuição de pena.

O conflito de leis penais no tempo é tema pouco explorado pela doutrina e jurisprudência pátria, e os Tribunais superiores ainda não pacificaram o entendimento acerca dos problemas que envolvem casos onde a legislação mais nova é gravosa numa parte e mais benéfica noutra.

Este artigo procura explicitar melhor as teses envolvidas neste debate jurisprudencial analisando-se os argumentos sustentados no discurso de cada uma das vertentes teóricas formadas especialmente nos tribunais superiores. O presente estudo possui uma abordagem primordialmente expositiva, sendo composto de dois tópicos principais onde se analisam as duas posições teóricas que se antagonizam, escrutinando os argumentos sustentados por cada uma delas⁴. Iniciaremos pela exposição teórica dos argumentos daqueles que advogam a impossibilidade da conjugação dos diplomas legais.

1 PRIMEIRA CORRENTE: DA IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE DIPLOMAS LEGAIS

Tendo por paradigma a posição defendida pelo Ministro Felix Fisher, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento de que não é possível a aplicação retroativa somente de parte do novo artigo 33 aos casos ocorridos sob a vigência da antiga Lei de Tóxicos (Lei n.º 6.368/76)⁵.

⁴ O debate jurisprudencial sobre o assunto específico se inicia a partir de meados de 2006 no STJ, tendo atingido o STF apenas recentemente. Sustentando a vedação de combinação de leis, nos valem de vários votos proferidos principalmente pelo Ministro Félix Fisher. Os argumentos a favor da retroatividade da minorante foram fartamente sustentados no STJ pela Desembargadora convidada Jane Silva do TJMG e, atualmente, são desenvolvidos principalmente pelo Ministro Jorge Mussi.

⁵ Colacionamos alguns precedentes recentes do **STJ** onde foi adotada esta primeira orientação teórica – ressalta-se que nesta Corte este é o entendimento predominante atualmente: **AgRg no HC 199.324/MS**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 14/12/2012; **AgRg no REsp 1189603/MG**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012; **HC 128.577/SP**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2012,

Esta posição não nega que a nova minorante veio atender aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena na medida em que possibilita diferenciar a conduta do agente que não se encontra plenamente envolvido no mundo do crime do agir do traficante habitual, que faz do crime seu meio de vida⁶. Entretanto, sustenta-se que a *ratio* da previsão desta causa de diminuição de pena justifica-se *em razão do maior rigor que o atual diploma legal dispensou ao tratamento do crime de tráfico de drogas*.

DJe 16/11/2012; **HC 202.557/SP**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 21/11/2012; **HC 217.742/SP**, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2012, DJe 04/10/2012; **HC 240.771/SP**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 03/10/2012; **HC 227.353/SP**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 17/09/2012; **HC 200.127/PR**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 21/09/2012; **HC 193.700/SP**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 21/09/2012; **HC 167.829/MG**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012; **HC 197.210/SP**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 12/09/2012; **HC 174.878/SP**, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 21/09/2012; **HC 245.503/SP**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 21/09/2012; **AgRg no HC 168.549/RS**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 23/08/2012; **HC 178.859/MG**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 31/08/2012; **HC 168.040/SP**, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 20/08/2012; **HC 208.121/MS**, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012; **HC 181.830/RS**, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 02/08/2012; **HC 239.250/SP**, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012; **HC 163.920/SP**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012; **HC 176.339/RJ**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 27/06/2012; **HC 147.208/RS**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 13/08/2012; **HC 155.014/SP**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 18/06/2012; **HC 143.987/RJ**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 18/06/2012; **HC 232.115/SP**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 29/05/2012, DJe 18/06/2012; **HC 239.250/SP**, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012; **AgRg no AREsp 83.850/SC**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 25/06/2012; **HC 219.754/PR**, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012; **HC 211.882/DF**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012; **HC 187.699/RS**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011; **REsp 1117068/PR**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 08/06/2012; **HC 136.252/SP**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 22/08/2011; **HC 151.206/RJ**, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 03/08/2011; **AgRg no REsp 1075322/MG**, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 27/06/2011; **No STF esta tese foi adotada nos seguintes casos: HC 10.7583**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 31-05-2012 PUBLIC 01-06-2012; **HC 96.430**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-05 PP-00891.

⁶ No HC 96.242/SP, embora tenha entendido ser indevido a combinação de leis para beneficiar o réu, o relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, deixou assentado: “Inicialmente, cumpre frisar que a redução da pena objetivou suavizar a situação daqueles que não se dedicam ao tráfico como profissão, dos que cometeram o delito pela primeira vez, do traficante ocasional (a mulher que leva a droga para o marido ou o filho viciado na cadeia, por exemplo)”. Deste modo, o Ministro não fez ligação da minorante com o tratamento mais rigoroso que o tipo passou a ter debaixo da nova lei, mas entendeu que a causa de diminuição de pena veio para diferenciar a

Partindo do entendimento de que o motivo da criação desta minorante seria o tratamento mais gravoso dado pela nova Lei ao delito em questão (pena mínima de 5 anos), os adeptos deste posicionamento sustentam que o magistrado que aplicar retroativamente a referida causa de diminuição mantendo-se a pena abstrata da Lei antiga, estará contrariando tanto a *mens legis* quanto a *mens legislatoris* da norma: estaria atuando de modo indevido, usurpando as atribuições do legislador ordinário. Isto, pois, agindo de tal modo – unindo partes de dois textos legais diferentes para se extrair uma norma inédita – estaria atuando como verdadeiro legislador positivo, criando indevidamente uma terceira lei (*lex tertia*) não pretendida pelo Poder Legislativo, *violando, assim, os princípios constitucionais da separação de poderes* (art. 2º da CF) e da *reserva legal* (art. 5º. inciso II da CF).

Argumenta-se que pinçar apenas a causa de diminuição da pena e, ainda, substituir a reprimenda de privativa de liberdade por pena restritiva de direitos *violaria a sistemática interna proposta pelo legislador* que apenas previu a diminuição porque vedou a substituição da pena⁷. Não se poderia, assim, fazer retroagir a minorante aos casos anteriores sob pena de se promover a desconstituição do dispositivo legal.

Argumenta-se, também, que *a redução de pena ocasionada pela aplicação retroativa do § 4º seria demasiada e inaceitável*. Tal redução poderia ser verificada nos casos de delito cometido sob a vigência da Lei onde a pena-base fosse fixada no mínimo (03 anos) e fosse aplicado retroativamente a minorante em sua razão máxima (2/3). Nestes casos o réu receberia uma pena final de apenas 01 (um) ano de reclusão.

A inaceitabilidade se daria em virtude da pena mínima possível sob os auspícios da nova legislação ser de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão (pena base fixada em 5 anos menos 2/3 da minorante). Assim a aplicação retroativa da minorante poderia gerar uma redução de pena muito abaixo do mínimo possível atualmente na legislação em vigor. Tal redução seria uma afronta ao princípio da legalidade penal e à democracia, argumentam. Seria o arbítrio do magistrado criando uma pena não prevista pelo Congresso Nacional –

apenação de condutas distintas - HC 96.242/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 09/06/2008.

⁷ Argumento sustentado principalmente pela Ministra Maria de Assis Thereza Moura. Em seu voto proferido no *Habeas Corpus* HC 137161-SP, a Ministra manifesta o seguinte entendimento: “Coisa diversa é admitir a incidência de *circunstâncias* da nova lei *mais favoráveis ao paciente*, criando-se uma terceira lei mais benéfica, *mista*, que reúna dispositivos de ambas as leis. No caso em questão, trata-se de *desconfigurar os termos de um mesmo e único dispositivo*, o que, segundo meu entendimento extrapola a função judicial, imiscuindo-se o julgador na tarefa legislativa, ao rechaçar uma opção política, desestabilizando o equilíbrio entre os Poderes do Estado”. (HC 137161 SP 2009/0099843-2, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 03/11/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJE 27/09/2010). Portanto, seguindo a linha de raciocínio da nobre Ministra, poderíamos concluir, *a contrario sensu*, no sentido de afirmar a validade da combinação de circunstâncias favoráveis de dois textos legais distintos, pois o que estaria vedado seria apenas a *desconstituição de um dispositivo uno*.

representantes da soberania popular. Frustraria a vontade do legislador, que tornou a punição do delito mais rigorosa, fazendo uma aplicação híbrida de duas leis no tempo.

Assim, tendo em vista que a retroatividade parcial adviria de indevida combinação de leis para beneficiar o réu, consistindo em inaceitável invasão de competência do magistrado na seara do Poder Legislativo, criando lei nova e violando o princípio da separação de poderes, os adeptos dessa posição entendem que a garantia da retroatividade deve ser total (pena abstratamente cominada + minorante). O texto jurídico em questão não poderia ser cindido, devendo ser aplicado em sua inteireza – uma espécie de teoria do conglobamento (Direito do Trabalho) aplicada na esfera do Direito Penal.

A solução do problema, para os que esposam tal entendimento, seria analisar a situação mais vantajosa ao réu *in concreto*, caso a caso, ou seja, primeiro verifica-se a pena em concreto sob cominação da lei antiga e em seguida efetua-se nova dosimetria penal fixando-a no parâmetro da nova lei (5 a 15 anos) para, só então, incidir a causa de diminuição da pena. Assim fazendo, evitar-se-ia a combinação de textos normativos para a criação de uma terceira lei, aplicando-se ao caso concreto uma das duas disposições legislativas em sua integralidade.

Este entendimento é a solução proposta pelo juiz da Suprema Corte argentina Eugenio Raúl Zaffaroni:

Ante a complexidade dos elementos que podem ser tomados em consideração para determinar qual é a lei penal mais benigna, não é possível fazê-lo em abstrato, e sim frente ao caso concreto. Dessa maneira, resolve-se o caso hipoteticamente conforme uma e outra lei, comparando-se em seguida as soluções, para determinar qual é a menos gravosa para o autor. Nessa tarefa devem-se analisar em separado uma e outra lei, mas não é lícito tomar preceitos isolados de uma e outra, mas cada uma delas em sua totalidade. Se assim não fosse, estaríamos aplicando uma terceira lei inexistente criada unicamente pelo intérprete (ZAFFARONI, 1999, p. 228 e 229).

Outro ponto levantado pelos que compactuam deste entendimento é o argumento de que o próprio ordenamento jurídico brasileiro já teria se orientado contrariamente ao 'coquetel de normas' regulamentando devidamente o problema.

Neste sentido, apontam o seguinte comando do Código Penal Militar:

Lei supressiva de incriminação

Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.

Retroatividade de lei mais benigna

1º A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevindo sentença condenatória irrecorrível.

Apuração da maior benignidade

2º Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato.

Esta é a solução proposta pelo Desembargador do Tribunal de São Paulo, Guilherme de Souza Nucci:

Realmente, se houvesse permissão para a combinação de leis, colocar-se-ia em risco a própria legalidade, pois o magistrado estaria criando norma inexistente, por mais que se queira dizer tratar-se de mera integração de leis. Ora, a referida integração não passa do processo criador de uma outra lei, diferente das que lhe serviram de fonte. E quando se diz que o art. 2º, parágrafo único do CP, autoriza a aplicação da lei posterior benéfica que “de qualquer modo favorecer o agente” não está legitimando o magistrado a recortar pedaços da norma e aplicá-la em formação de uma outra totalmente inédita. Quer dizer simplesmente que uma lei penal nova mais benéfica, em qualquer ponto que seja, merece retroagir para favorecer o réu. A previsão do mencionado parágrafo único é uma cautela positiva, para que não se deixe de aplicar lei penal benéfica sob a assertiva de que não se cuida da pena propriamente dita ou da descrição da conduta típica. Há detalhes secundários que podem ser alterados na lei penal, merecedores de aplicação imediata. Exemplificando: se uma nova lei permite sursis sem o cumprimento de qualquer condição, embora não diga respeito ao tipo penal incriminador e ainda que o condenado esteja em liberdade, é um modo de favorecê-lo, logo, deve ser aplicada, eliminando-se as condições anteriormente fixadas (NUCCI, 1999, p. 105).

Entre os adeptos desta corrente encontramos vários juristas de grande respeitabilidade, tanto nacionais como estrangeiros. Entre os juristas brasileiros podemos alistar Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Fragoso⁸.

Sobre a questão em voga, o emérito penalista Nelson Hungria leciona:

[...] cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio pacífico

⁸ A partir deste momento, nos valem das profundas pesquisas feitas pelo Ministro Felix Fisher, registradas em inúmeros votos, para apresentar o rol de teóricos que adotam o posicionamento ora em análise. Os votos do referido Ministro serviram como paradigma para a consolidação deste entendimento, sendo acompanhado na maioria das vezes pelos demais Ministros da Quinta Turma do STJ – a exceção do Ministro Jorge Mussi, como veremos oportunamente.

em doutrina: não pode haver aplicação combinada das duas leis. (HUNGRIA, 1958, p. 112).

Também Aníbal Bruno, adverte que “esse princípio da aplicação da lei mais benéfica, como meio de resolver o conflito de leis penais sucessivas, sugere um problema nem sempre de fácil solução”, concluindo que “não é lícito tomarem-se na decisão elementos de leis diversas. Não se pode fazer uma combinação de leis de modo a tomar de cada uma delas o que pareça mais benigno. A lei considerada mais benévola será aplicada em sua totalidade”. (BRUNO, 1967, p. 255 e 256).

Na mesma linha, Heleno Cláudio Fragoso é enfático ao se posicionar que “em nenhum caso será possível tomar de uma e outra lei as disposições que mais beneficiem o réu aplicando ambas parcialmente”. (FRAGOSO, 1995, p. 105).

Entre os estrangeiros que aderem a este posicionamento, podemos mencionar Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, Reinhart Maurach, Heinz Zipf, Edgardo Alberto Donna, Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán, Gonzalo Quintero Olivares, Diego-Manuel Luzón Peña, Guillermo Fierro, José Cerezo Mir, Antonio García-Pablos de Molina e Germano Marques da Silva.

Jiménez de Asúa ensina que

interesa dejar bien sentado que para hallar la solución más favorable para el delincuente no es posible combina varias leyes; es decir, que no es dable dividir la ley antigua y la nueva en varias partes para aplicar al acusado las disposiciones más benignas de la una y de la otra al mismo tiempo, sino que, debiendo hacer uso el Juez de la ley más benigna, no puede darse al reo un trato jurídico que, por ser derivado de las dos, no es propio de la ley neuva ni de la antigua. Lo contrario sería autorizar al magistrado para crear una tercera ley - con disposiciones de la precedente y de la posterior -, con lu cual se arrogaría funciones legislativas que no tiene. (ASÚA, 1963, p. 634).

Sebastián Soler conclui que

ese examen comparativo debe conclui por la elección de una ley, es decir, que será ilícita la aplicación al mismo caso, simultánea e sucesivamente, de disposiciones de leyes distintas , en cuyo caso no se aplicaría en realidad ninguna ley, dictada por el poder legislador, sino una nueva ley confeccionada por el juez, con elementos de distintas leyes, para un caso concreto. No son lícitos los reenvios de una e otra ley en procura de las disposiciones más favorables: elegida una ley, ésta se aplica en su integridad, y en todo su régimen. (SOLER, 1992, p. 260).

Para Reinhart Maurach e Heinz Zipf, “*sólo procede la aplicación de la nueva ley y queda excluida una combinación de posibilidades que pudieren ser más favorables al autor*”. (MAURACH & ZIPF, 1994, p. 202).

Edgardo Alberto Donna consigna que

[...] no se deben hacer mixturas o combinaciones de leyes habida cuenta de que, en ese caso, sería el juez quien dicta una nueva ley violando el principio que los delitos y las penas deben ser sólo obra del legislador . Por eso aunque sea posible que la reforma parcial de la ley anterior pueda ser más beneficiosa en algunos aspectos y más gravosa en otros, sólo és procedente la elección de una de las leyes en cuestión. (DONNA, 2006, p. 414 e 415).

Idêntico é o ensino de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, que asseveram:

El segundo problema se plantea cuando la ley posterior contiene aspectos beneficiosos pero también perjudiciales, por ejemplo, disminuyendo la gravedad de la pena señalada para el delito pero estableciendo circunstancias agravantes que son aplicables al caso. Tal situación debe resolverse comparando las consecuencias concretas que una y otra ley supone para el caso en cuestión y aplicando de manera completa la ley que permita las menos gravosas. Lo que no resulta posible, pese a que se ha propuesto doctrinalmente, es aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra, pues con ello el tribunal estaría creando una norma nueva (lex tertia) y desempeñando con ello funciones legislativas que no le competen. (CONDE & ARÁN, 2002, p.144).

Gonzalo Quintero Olivares leciona que

[...] lo que resulta imposible, pues se opone al principio de legalidad, es aplicar una ley que nunca ha existido como tal y que el intérprete compone tomando lo que le parece mejor de cada ley en presencia, pues la competencia para crear leyes penales no pertenece al juez. (OLIVARES, 2005, p. 150).

Diego-Manuel Luzón Peña, seguindo as lições de Jiménez de Asúa, destaca que "*hay que optar por una o por otra ley, pero que no se pueden combinar los preceptos más favorables de la ley anterior y la posterior, pues eso sería formar una ley nueva.*" (PEÑA, 1996, p.187).

Para Guillermo Fierro

[...] la doctrina ampliamente mayoritaria como así también la jurisprudencia han concluido que no resulta lícito a los fines de establecer la mayor o menor benignidad de una ley, componer por parte del órgano judicial una tercera ley arrogándose facultades legislativas que le están vedadas, utilizando los fragmentos más favorables de la ley anterior en

forma conjunta con los más beneficiosos de la nueva [...]. (FIERRO, 2003, p. 324).

Para José Cerezo Mir:

Lo que no es posible es aplicar los preceptos más favorables de la ley posterior y de la anterior, porque ello implicaría, como señala Jiménez de Asúa, la creación de una tercera ley nueva, con la consiguiente interrogación de funciones legislativas. (MIR, 2007, p. 283).

Esse também é o parecer de Antonio García-Pablos de Molina, segundo o qual: *"A mi juicio [...] parece más convincente la opinión tradicional, esto es, la que propone se opte, caso de sucesión de leyes penales, por una de las normas en bloque, in toto: la anterior o la posterior, sin otras alternativas posibles."* (MOLINA, 2006, p. 911).

No direito português, Germano Marques da Silva defende igual solução:

Note-se que a escolha dos regimes penais em confronto, em sede de aplicação das leis no tempo, tem de ser feita em bloco, não podendo criar-se uma norma abstracta com os elementos mais favoráveis das várias leis. (SILVA, Germano; 1997, p. 265).

Concluimos esta breve exposição dos argumentos esposados por esta primeira corrente nos valendo da síntese desenvolvida por seu maior defensor na jurisprudência brasileira, o Ministro Félix Fisher⁹. O jurista apresenta a seguinte peroração em inúmeros votos proferidos:

Em suma, a Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita *in concreto*, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga¹⁰.

2 SEGUNDA CORRENTE: DA MÁXIMA EFETIVIDADE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA.

⁹ Em 12 de maio de 2010 a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou os Embargos de Divergência no Recurso Especial 1094499/MG, de relatoria do Ministro Felix Fischer, resolvendo de vez a discordância entre as Turmas (Quinta e Sexta Turma), fixando a primeira corrente como posição prevalecente na Egrégia Corte. (Cf. EREsp 1094499/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 18/08/2010).

¹⁰ Por todos os julgados analisados, conferir voto do Ministro no HC 145.730/DF; 2009/0167109-4.

Apesar de contar com a adesão de vários criminalistas nacionais e estrangeiros de grande respeitabilidade e de apresentar fortes argumentos em seu favor, a corrente que sustenta a impossibilidade de combinação de textos legais, pelo menos no que toca ao problema do delito de tráfico de drogas, passou a sofrer fortes críticas no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Estes outros doutrinadores, com argumentos igualmente sólidos, acham perfeitamente possível a aplicação de norma jurídica em favor do réu advinda da consideração simultânea de dois textos legais, formando uma segunda corrente teórica sobre o tema em estudo.

Foi possível observar tal entendimento menos de um ano depois da entrada em vigência da nova Lei de Drogas, em 06 de agosto de 2007, quando o Ministro Gilson Dipp da Quinta Turma do STJ julgou o HC 73.767/RJ, de sua relatoria, registrando em seu voto que ‘a redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deveria ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação’.

Após este julgado, a Sexta Turma passou a conceder vários *habeas corpus* determinando a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena no delito de tráfico de entorpecentes. A grande maioria dos precedentes que firmou este segundo posicionamento na Sexta Turma do STJ foi capitaneada pelos votos da Desembargadora Jane Silva, então julgando como magistrada convocada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ulteriormente, este entendimento tem sido firmemente defendido pelo Ministro Jorge Mussi, da Quinta Turma do STJ¹¹.

¹¹ A seguir apresentamos os precedentes do STJ em que foi adotado este segundo posicionamento: **HC 73.767/RJ**, Rel. Ministro Gilson Dipp – Quinta Turma – DJ de 06.08.2007, p. 573; **HC 83.716/SP**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJU de 1/10/2007; **HC 83.361/MS**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima. – Quinta Turma – DJ de 22.10.2007, p. 334; **HC 88.114/MS**, Rel. Ministro Paulo Gallotti – Sexta Turma – DJU de 03.12.2007; **HC 93.291/SP**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), julgado em 25-3-2008; **HC 103.541/RJ** Decisão Monocrática nº 2008/0071763-1 de Superior Tribunal de Justiça, Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) Sexta Turma, 04/04/2008; **HC 100.910/DF**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2008, DJe 22/04/2008); **HC 96.521/SP**, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJ 12.05.2008 p. 1; **HC 82.587/RJ**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 09/06/2008); **HC 100.442/SP**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 29/04/2008, DJe 09/06/2008); **HC 101.125/SP**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2008); **HC 104.798/MG**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 09/06/2008; **HC 107.451/RS**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 24/11/2008; **HC 95.816/SP**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2008, DJe 01/12/2008; **REsp 1042435/MG**, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 01/07/2008, DJe 01/12/2008); **HC 97.971/MG**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro

Os que afirmam a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena aos delitos de tráfico de drogas cometidos na vigência da Lei n.º 6.368/76 o fazem baseados na garantia constitucional da retroatividade da lei benéfica (art. 5º, LX, da CF) e no parágrafo 2º do Código Penal Brasileiro:

A lei posterior que, de qualquer modo favoreceu o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (BRASIL, Decreto-Lei n.º 2.848, 1940).

Como salientado anteriormente, o delito de tráfico da nova Lei de Drogas (art. 33 da Lei n.º 11.434/06) é praticamente o mesmo tipificado pela antiga Lei de Tóxicos (art. 12 da Lei n.º 6.368/76). O legislador ordinário alterou tão somente a pena mínima abstratamente cominada e o valor da pena de multa a ser imposta conjuntamente à pena privativa de liberdade.

Esta segunda corrente não aceita o argumento levantado pela primeira posição teórica, de que a causa de diminuição de pena do § 4º teria sido criada em razão do tratamento mais gravoso agora dispensado pelo legislador pátrio ao crime de tráfico de drogas.

De fato, não havia causa de diminuição de pena legalmente prevista para o agente primário, de bons antecedentes, que não se dedicava às atividades criminosas nem integrava organização criminosa, que fosse condenado pelo cometimento de conduta previsto art. 12 da Lei n.º 6.368/76. Não se fazia, então, qualquer diferença entre o indivíduo que se encontrava envolto no ‘mundo do crime’ e fazia do tráfico seu meio de vida e o sujeito que, sem ter passagens pela polícia, era, por exemplo, autuado em uma boate oferecendo ou fornecendo pílulas de ecstasy ou, ainda, a mulher que levava consigo drogas ao marido detento. Justamente por isso – defendem os teóricos que adotam este posicionamento teórico – o *novo*

OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 09/08/2010; **HC 94244/SP** 2007/0265659-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 15/09/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/09/2009; **AgRg no HC 119.429/SP**, Rel. Ministro CELSO LIMONGI DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 22/03/2010; **No âmbito do STF os seguintes julgados seguiram esta segunda orientação teórica: HC 97.128**, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-03 PP-00449; **HC 97.992 SP**, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 08/09/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-03 PP-00477; **RE 59.6152**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012; **HC 105.282 RS**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 13/12/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-061 DIVULG 23-03-2012 PUBLIC 26-03-2012; **HC 97.955**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 12-04-2012 PUBLIC 13-04-2012; **HC 97094**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 28-11-2012 PUBLIC 29-11-2012; **HC 113254**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 13/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 06-12-2012 PUBLIC 07-12-2012.

diploma legal, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, veio sanar essa disparidade de tratamento, como bem reconhecem os adeptos da primeira corrente.

Assim, conforme a segunda corrente teórica, a *ratio iuris* da minorante foi corrigir a desproporção legal gerada pelo diploma anterior que condenava do mesmo modo, a uma mesma quantidade de pena, condutas claramente desiguais.

Obviamente, o legislador brasileiro também percebeu que o tráfico de drogas atualmente não pode ser (des)valorado do mesmo modo e receber o mesmo tratamento que foi dado pelo legislador de 1976. Isto, pois, é público e notório que considerável parcela da criminalidade perpetrada em território nacional se encontra de algum modo vinculada, direta ou indiretamente, ao tráfico ilícito de drogas. Visando uma maior repressão de tais condutas ilícitas, o legislador contemporâneo optou por valorar mais gravosamente o crime de traficante de drogas, aumentando a pena mínima abstratamente cominada, vedando a conversão da privativa de liberdade em restritivas de direitos e, posteriormente, equiparando o delito de tráfico aos crimes hediondos.

Se a *ratio* da causa de diminuição de pena foi corrigir uma prévia desproporção punitiva ao agente primário, ela é claramente autônoma em relação ao *caput* e subsiste por si mesma, não mantendo relação necessária para com o *quantum* de pena abstratamente cominado no tipo. Entretanto, se é verdade que a razão-de-ser da minorante é o novo tratamento mais rigoroso dado ao traficante – *ratio legis* defendida pela primeira corrente –, impossível será observá-la sem ligação ao *caput* de pena mais gravosa.

Contudo, *afirmar que a ratio legis da causa de diminuição de pena é o novo tratamento mais gravoso dispensado ao traficante, como faz a primeira corrente, implicaria em se negar que havia uma prévia desproporção de tratamento no crime de tráfico de entorpecentes na legislação penal anterior.* Não se pode sustentar conjuntamente as duas razões-de-ser sem incorrer em evidente contradição: ou a minorante foi criada para sanar errôneo (injusto) juízo de (des)valoração já existente na legislação anterior ou foi criada em virtude do tratamento mais gravoso dispensado ao tráfico ilícito de entorpecentes. Uma coisa ou outra; não há compatibilidade entre estas duas possibilidades interpretativas. Em um caso (segunda corrente) já existia violação ao princípio da proporcionalidade, no outro (primeira corrente) a desproporcionalidade apenas surgiria se o novo tipo mais gravoso não previsse a causa de diminuição da pena. Cada *ratio juris* importa em uma consequência diversa: autonomia ou dependência do *caput* mais gravoso.

Assim, ao sustentar ambas as hipóteses, a primeira corrente não teria observado que o parágrafo § 4º consiste em uma inovação institucional autônoma, onde a sua razão-de-ser, sua ratio, não se encontra de modo algum vinculado ao tratamento mais rígido dado ao criminoso. Ou seja, a causa de diminuição de pena não foi criada em virtude do novo *caput*, pois, a conduta descrita no mesmo já era considerada crime na legislação anterior e já existia a necessidade de correção dos padrões punitivos. Não foi criada em virtude do tratamento mais gravoso agora dispensado ao delito de tráfico, como se anteriormente não houvesse desproporção a ser sanada. Foi, sim, criada para atender aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena corrigindo o injusto parâmetro punitivo da Lei n.º 6.368/76 que tratava do mesmo modo condutas claramente distintas, que exigem respostas de diferentes pesos por parte de um Estado Democrático de Direito.

Nesta linha segunda linha de pensamento, a causa de diminuição de pena prevista no parágrafo § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas possuiria evidente autonomia em relação ao aumento da pena abstratamente cominada no novo texto legal, podendo retroagir no tempo de modo a incidir nos casos onde o agente é primário, de bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa e foi condenado pelo delito do art. 12 da Lei n.º 6.368/76.

Consta do voto-vista do Ministro Cezar Peluso proferido no julgamento do *Habeas Corpus* 95.435/RS o depoimento do Deputado Federal Paulo Pimenta – relator do PLS 115/2002 que deu origem a Lei 11.343/2006, nova Lei de Drogas – na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, em um parecer de 10 de fevereiro de 2004, onde o mesmo deixou claro os motivos da criação da causa de diminuição de pena:

Não nos olvidamos da diferença existente entre pequenos e grandes traficantes. Por isso, mantivemos uma causa especial de diminuição de pena para o agente que seja primário e de bons antecedentes e cuja conduta caracteriza por ausência de habitualidade e caráter não profissional. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2008).

A fala do parlamentar esclarece qualquer dúvida quanto ao motivo da criação da minorante estipulada no novo diploma legal. De tal modo, sendo a minorante fruto de uma nova valoração da conduta menos perigosa daquele que se convencionou chamar de 'pequeno traficante' – em oposição ao traficante organizado, habitual – não haveria motivos para se repudiar a aplicação da causa de diminuição aos casos anteriores. Não há correlação, por si, da minorante com as novas penas abstratamente cominadas, pois, o propósito claro do

legislador foi punir de modo menos severo aqueles que se encaixam no perfil do §4º, independentemente do tratamento mais rigoroso previsto no novo *caput*.

A causa de diminuição de pena, em verdade, refere-se não ao *caput* do tipo, mas, sim, às condutas nele descritas - condutas estas que já eram tipificadas na legislação revogada. O fato da minorante ter sido prevista como parágrafo do artigo 33 e não estipulada em um artigo autônomo decorre de mera técnica legislativa (forma legal), não vinculando materialmente os dispositivos. Sustentar a dependência da minorante à pena prevista no *caput* unicamente pelo fato da mesma ter sido prevista em um parágrafo do mesmo artigo, seria privilegiar uma interpretação formalista da norma jurídica, afastando-se toda reflexão hermenêutica que envolve seu conteúdo, suas valorações e seu contexto histórico.

Não existiria, assim, segundo este segundo entendimento, a criação judicial de terceira lei não prevista pelo legislador ou uma invasão de competências legislativas pelo juiz. A aplicação da nova lei à pena fixada com base na antiga Lei de Tóxicos seria mera decorrência do preceito da máxima efetividade da Constituição na aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Salienta-se, também, que a vedação de combinação de leis diversas (*Lex tertia*) – que não ocorreria no caso em questão – é apenas produto de interpretação doutrinária e jurisprudencial desenvolvida em uma época de “baixa constitucionalidade” (STRECK, 2004, p. 216/220), quando se interpretava a Constituição pela legislação ordinária, e não o contrário.

O argumento de que o próprio ordenamento jurídico brasileiro já teria se orientado contrariamente a este entendimento no §2º do art. 2º do Código Penal Militar também não mereceria acolhimento. Isto, pois, o CPM que contém dispositivo explícito sobre o tema é lei especial aplicável apenas em determinados e restritos casos. Conforme a hermenêutica jurídica clássica, não se pode tomar norma especial, de âmbito restrito, e interpretá-la como se disposição geral tivesse. Tal operação faria uma norma jurídica criada para um delimitado e específico campo especial ser aplicada como se regulamentasse os casos gerais do ordenamento jurídico. Em verdade, se tal vedação vigorasse a todo o sistema de Direito Penal (comum), o legislador teria deixado disposição explícita no Código Penal assim como o fez no Código Penal Militar. Tal raciocínio é o bastante para se afastar o supracitado argumento.

Demais disso, além do fato de a norma especial ser interpretada sempre restritivamente a casos a que se refere, o princípio da reserva legal seria óbice intransponível para a aplicação do referido preceito, visto ser de conhecimento geral a impossibilidade do emprego de analogia em desfavor do réu. Assim, não se pode aplicar analogicamente referida

disposição do Código Penal Militar a casos disciplinados pelo Código Penal ou legislação penal esparsa.

De acordo com este segundo entendimento teórico, a leitura da *lex mitior* proposta pela primeira corrente acaba por limitar injustificadamente o alcance de aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, não sendo a melhor interpretação da garantia constitucional. Nesse sentido, alegar que o Poder Judiciário estaria invadindo a esfera de atribuições do Poder Legislativo, na medida em que “criaria” uma terceira lei, é fazer tábula rasa do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Apesar de se valer de dois diplomas legais para a produção da norma jurídica penal, o caso da aplicação retroativa do parágrafo §4º não incorreria na construção teórica da vedação de combinação de leis ou *Lex tertia*. Vejamos:

O HC 68.416 de relatoria do Ministro Paulo Brossard é recorrentemente citado como referência para demonstrar o que seria uma vedação da *lex tertia*. Nesse julgamento, o que se pretendia na verdade era, com relação à liberdade provisória do preso, a aplicação conjunta dos requisitos da lei antiga com os da lei nova. Tal caso constitui autêntica e inadmissível tentativa de criação indireta de lei processual penal. A *Lex tertia*, portanto, é uma criação teórica que impede a combinação de partes de dois institutos para fazer surgir um terceiro. No caso mencionado, o julgado relatado por Brossard envolvia um pedido de aplicação de alguns requisitos da lei nova conjuntamente a alguns requisitos da lei anterior, criando um *tertium genus*, uma nova lista (híbrida) de requisitos para a concessão da liberdade provisória.

Entretanto, coisa diferente é a retroatividade da minorante no caso do tráfico de drogas ora em estudo, pois não há que se falar em alteração do instituto jurídico. Não há qualquer espécie de fusão entre o antigo crime de tráfico de entorpecentes e o novo delito de tráfico de drogas, pois a materialidade típica continua a mesma. O que retroage é meramente um instituto autônomo e independente – a causa de diminuição da pena, anteriormente não prevista, que surgiu para tentar corrigir antigo problema decorrente da falta de proporcionalidade na aplicação das penas, alteração que já se fazia necessária inclusive sob a égide da lei antiga.

Ressalte-se que o próprio STJ já chancelou a possibilidade de se combinarem validamente textos legais para que o réu fosse penalmente beneficiado. Tal fato se deu com a combinação legal levada a efeito entre o art. 8º da Lei de Crimes Hediondos e o artigo 14 da antiga Lei de Tóxicos, onde se evidenciou a distinção e a independência das normas que

definem o tipo das que regem a cominação da pena. Neste sentido, aponta-se o seguinte julgado:

PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 8.072/90, ART. 8º. LEI Nº 6.368/76, ART. 14. INTEGRAÇÃO DE NORMAS. INTERPRETAÇÃO CORRETIVA. - O Supremo Tribunal Federal, por decisão majoritária, proclamou o entendimento de que em tema de associação para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, impõe-se a integração das duas normas regentes - art. 14 da Lei de Tóxicos e art. 8º da Lei nº 8.072/90 -, tomando-se a definição do tipo para a primeira e a fixação da pena para a segunda. - Recurso especial não conhecido. (308893 SP 2001/0027659-8, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 25/02/2002, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 18.03.2002 p. 308).¹²

De tal modo, a jurisprudência sobre a vedação de *Lex tertia* não deve ser repetida acriticamente e sem maiores reflexões voltadas à especificidade teórica dos problemas jurídicos, como se fosse um mantra ou um dogma intocável. Ao produzir a norma aplicável ao caso concreto o intérprete pode, licitamente, se valer de dois textos legais distintos, preservando a ultratividade da pena abstrata fixada no *caput* fazendo incidir retroativamente a causa de diminuição da pena prevista na nova lei em virtude da autonomia dos institutos¹³.

Ressalte-se que, mesmo que não se admita a “mescla” de diplomas legislativos no caso de institutos autônomos, ainda assim o primeiro entendimento se encontraria prejudicado. Eis que a minorante instituída pela nova lei não pode ser confrontada com a lei anterior, pois, o texto antigo não cuidava desse tipo de causa de diminuição, sendo completamente inédita. Inexiste assim qualquer “mesclagem de sistemas”.

Aceitar a solução proposta pela primeira corrente – uma espécie de aplicação da Teoria do Conglobamento do Direito do Trabalho na esfera do Direito Penal – seria reconhecer a possibilidade de aplicação da retroatividade *in pejus* ao réu, atribuindo-se um desvalor inexistente à conduta do agente quando do cometimento da ação. Em outros termos,

¹² No mesmo sentido: PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 8.072/90, ART. 8º. LEI Nº 6.368/76, ART. 14. INTEGRAÇÃO DE NORMAS. INTERPRETAÇÃO CORRETIVA. O Supremo Tribunal Federal, por decisão majoritária, proclamou o entendimento de que em tema de associação para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, impõe-se a integração das duas normas regentes – art. 14 da Lei de Tóxicos e art. 8º da Lei nº 8.072/90 –, tomando-se a definição do tipo para a primeira e a fixação da pena para a segunda. - Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial nº 273245 – SP, 6ª Turma, Rel. Min. VICENTE LEAL, j. 14/05/2002, D.J.U. de 05/08/2002, p. 418).

¹³ Assim se manifestou a Sexta Turma do STJ, ao julgar o HC 96521/SP relatado pelo Min. Nilson Naves: “4. Isso não significa que se esteja aqui juntando as Leis nºs 6.368/76 e 11.343/06 com o objetivo de se produzir uma terceira lei, ou que se esteja colhendo benefícios daqui ou dali. 5. Impõe-se, isto sim, se extraiam conseqüências de um bom, se não excelente princípio/norma, que cumpre ser preservado para o bem do Estado democrático de direito”(HC 96521/SP, Relator Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJ 12.05.2008 p.1).

aplicar um dos diplomas legais em sua inteireza no problema em questão, implicará ou na retroatividade *in pejus* ou na não aplicação da lei penal posterior que beneficia o réu, fulminando a garantia da constitucional da retroatividade (art. 5º, XL, da CF).

Muitos autores de renome, como José Afonso da Silva, Frederico Marques, Júlio Fabbrini Mirabete, René Ariel Dotti, Rogério Grecco, César Roberto Bittencourt, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Fernando Galvão entendem ser possível a combinação de dois textos legais para a produção de norma que beneficia o réu.

O emérito constitucionalista José Afonso da Silva, comentando o inciso XL da Carta Magna brasileira explana:

EXCEÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA: De fato, diz o inciso que ‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’. Tem-se, no caso, a exceção da lei mais benéfica [...]. A lei nova também retroage se altera o regime anterior em favor do réu – seja por exemplo, cominando pena menor ou estabelecendo atenuante, ou qualquer outro benéfico. (SILVA, José; 2008, p. 138).

Neste mesmo sentido, segue o processualista José Frederico Marques:

[...] dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, o julgador em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando, *ex nihilo*, a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos por que se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente a Constituição. Se lhe está afeto escolher “o todo”, para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepassar a pruridos de lógica formal. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação pelo papel preponderante do texto constitucional. A verdade é que não estará retroagindo a lei mais benéfica, se, para evitar-se a transação e o ecletismo, a parcela da lei posterior não for aplicada pelo juiz; e este tem por missão precípua velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama os direitos do homem. Quando está em jogo a Constituição, o juiz, para cumpri-la, pode até mesmo usar poderes pretorianos de *adjuvare, supplere, corrigere*, sem que esteja se exorbitando. Por que lhe cercear, portanto, a escolha da regra aplicável quando esta é tirada de lei anterior ao julgamento? (MARQUES, 1997, p. 256/257).

Este também é o entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete apontado em duas obras distintas:

A melhor solução, porém, é a de que pode haver combinação de duas leis, aplicando-se ao caso concreto os dispositivos mais benéficos. A conjugação pode ser efetuada não só a inclusão de um dispositivo de lei nova, como também com a combinação de parte de dispositivo de lei anterior e posterior. Apesar das críticas de que não é permitido ao julgador a aplicação de uma terceira lei formada por parte das duas em confronto, é a orientação mais aceitável, considerando-se que o sentido do princípio constitucional da retroatividade obrigatória da lei mais benigna é que se aplique sempre a norma mais favorável, seja ela um artigo, um parágrafo, um inciso, ou parte dele quando for mais favorável ao agente. (MIRABETE, 2003, p. 113).

A conjugação pode ser efetuada não só com a inclusão de um dispositivo da outra, como também com a combinação de partes de dispositivos das leis anterior e posterior. Apesar das críticas de que não é permitido ao julgador a aplicação de uma “terceira” (formada por parte de duas), essa orientação afigura-se mais aceitável, considerando-se que o sentido da Constituição é de que se aplique sempre a norma mais favorável. (MIRABETE, 2002, p. 67).

René Ariel Dotti também adere a esta possibilidade:

Quando as leis em conflito não possam ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto e suas normas aplicáveis ao fato, há necessidade de se promover uma combinação para se extrair, de uma e de outra, as disposições mais benéficas. Essa é a orientação mais avançada segundo a lição dos mestres e os precedentes da jurisprudência. (DOTTI, 2004, p. 271).

Rogério Grecco leciona:

Entendemos que a combinação de leis levada a efeito pelo julgador, ao contrário de criar um terceiro gênero, atende aos princípios constitucionais de ultra-atividade e retroatividade benéficas. Se a anterior, já revogada, possui pontos que, de qualquer modo, beneficiam o agente, deverá ser ultra-ativa; se na posterior que revogou o diploma anterior também existem aspectos que o beneficiam, por respeito aos imperativos constitucionais, devem ser aplicados. (GRECCO, 2006, p. 123).

César Roberto Bittencourt, comungando com os demais autores, registra sua posição:

A nosso juízo, esse é o melhor entendimento, que permite a combinação de duas leis, aplicando-se sempre os dispositivos mais benéficos. O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de examinar essa matéria e decidiu pela possibilidade da conjugação de leis para beneficiar o acusado (HC 69.033-5- Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 1992, p. 2925). (BITTENCOURT, 2006, p. 169).

Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, ao estudarem a matéria relativamente ao artigo 33, §3º da Lei 11.343/2006, enfatizam:

Conclusão: preenchidos os requisitos desse novo art. 33, §3º, ele deve ter incidência retroativa e vai alcançar todos os fatos passados, aplicando-se a pena privativa de liberdade da nova, mantendo-se a pena de multa da antiga. Com isso fica patente que o juiz não está “criando” uma terceira, ou seja, o juiz não está “inventando” nenhum tipo de sanção: apenas vai aplicar as partes benéficas de cada lei, aprovada pelo legislador. O que está vedado ao juiz é ele “inventar” um novo tipo de sanção. Isso não pode. Aplicar tudo aquilo que foi aprovado pelo legislador o juiz pode (e deve). (*in* “Nova Lei de Drogas: retroatividade ou irretroatividade? (GOMES & CUNHA).

Por fim, apresentamos o entendimento de Fernando Galvão:

Ao contrário, pode-se entender que a possibilidade da combinação das leis é extraída do próprio sistema normativo. Se a finalidade da garantia constitucional que impõe retroatividade *in melius* é beneficiar o autor do fato, impedir a retroatividade da parte benéfica da lei nova é impedir a aplicação do benefício pretendido pela carta constitucional. Portanto, a combinação das leis é solução acolhida pelo ordenamento jurídico, quando resultar em benefício para o autor do fato. (GALVÃO, 2007, p. 96).

O debate que vinha sendo realizado ante o Superior Tribunal de Justiça alcançou recentemente a mais alta Corte brasileira. No ano de 2008, a Excelsa Corte apreciou o HC 96.430 de relatoria da Min. Ellen Gracie, enfrentando o problema pela primeira vez e julgando que a retroatividade do § 4º implicaria na violação do princípio da separação de poderes (1ª corrente). Mais recentemente, contudo, nos julgamentos dos HCs 97.128 e 97.992 de relatoria do Min. César Peluso, foi adotada a tese da máxima efetividade das normas constitucionais (2ª corrente), fazendo retroagir o §4º em obediência à garantia constitucional da retroatividade benéfica. Recentemente o plenário do Supremo Tribunal Federal pôde apreciar a questão no julgamento do RE 59.6152/SP de relatoria do Min. Ricardo Lewandowsky, confrontando ambos os entendimentos.

Neste julgado, os Ministros Lewandowski, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Marco Aurélio decidiram pela adoção da posição tradicional – aplicação integral do diploma jurídico (vedação da *Lex tertia*). Já os Ministros Ayres Britto, Cesar Peluso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello entenderam pela adoção da segunda corrente, sustentando o não impedimento da retroatividade benéfica. Tendo em vista que a Ministra Rosa Weber ainda não havia sido empossada na ocasião do julgamento, o caso restou empatado (5x5) resolvendo-se o problema por meio da aplicação do artigo 146 do Regimento Interno da Corte – em caso de empate prevalece a decisão mais favorável ao réu.

CONCLUSÃO

Das várias discussões que a nova Lei de Drogas provocou no âmbito jurídico brasileiro, nem todas ainda foram devidamente pacificadas pela doutrina e pela jurisprudência. Uma destas questões ainda controvertidas consiste na possibilidade de aplicação da causa de diminuição no crime de tráfico de drogas aos fatos ocorridos anteriormente à vigência da Lei. O presente estudo verificou a existência de duas posições teóricas acerca desta questão. A controvérsia se deve ao fato de que a antiga Lei de Tóxicos previa uma pena mínima abstrata de 03 (três) anos, mas não estabelecia qualquer causa de diminuição de pena. Já a nova Lei de Drogas aumentou a pena mínima abstratamente cominada para 05 (cinco) anos, instituindo uma minorante (1/6 a 2/3) ao agente primário, de bons antecedentes, que se dedica a atividades criminosas e não integra organizações criminosas.

A primeira posição segue uma linha de entendimento tradicional, sendo atualmente a posição dominante no Superior Tribunal de Justiça. Esta corrente nega a incidência retroativa da causa de diminuição do § 4º em conjunto com a pena abstrata cominada pela antiga Lei de Tóxicos, pois referida aplicação implicaria na cisão de dispositivos legais e na combinação indevida de leis, criando uma terceira hipótese não prevista pelo legislador ordinário. Tal situação resultaria na violação do princípio da separação de poderes. A solução do problema se daria no âmbito do caso concreto, pela aplicação integral de um ou outro diploma legal, verificando-se qual pena é mais benéfica ao réu.

A segunda posição surge em contraposição ao entendimento tradicional e tem encontrado uma adesão maior no Supremo Tribunal Federal. Esta corrente afirma que o problema em questão não importa na combinação de combinação de leis (*Lex tertia*), pois não se está criando um instituto híbrido, mas apenas fazendo prevalecer a garantia constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica (*Lex mitior*) em atenção ao princípio da máxima efetividade da Constituição. Sustenta-se, assim, a independência da minorante em relação ao *caput*, que veio para resolver uma desproporção prévia que conferia o mesmo tratamento penal à condutas desiguais.

De nossa parte, concordamos com os argumentos desenvolvidos pela segunda corrente teórica. Do exposto, parece-nos claro que a *ratio legis* da minorante prevista no novo diploma legal não se encontra no tratamento mais gravoso dado ao delito de tráfico de drogas e sim na correção de uma valoração penal equivocadamente feita pela antiga Lei de Tóxicos. Pensamos que uma interpretação constitucionalmente adequada não pode se basear

unicamente em aspectos formais da constituição abstrata do tipo penal, mas deve levar em conta o aspecto substancial do texto jurídico, reconstruindo o sentido histórico dos institutos.

Referências Bibliográficas

ASÚA, Jiménez, *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, 5ª edição, Buenos Aires: Editora Losada, 1963.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. vol. 01, 10.ed, São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 95435-RS*, Segunda Turma, Relatora: Min. Ellen Gracie. Data de Julgamento: 21/10/2008; Data de Publicação: DJe-211 Divulgação: 06-11-2008; Publicação: 07-11-2008, EMENT VOL-02340-04 PP-00691.

BRUNO, Aníbal; *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

CONDE, Francisco Muñoz & ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: Parte General*, 5ª edição, Valencia: Editora Tirant lo Blanch Libros, 2002.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

FIERRO, Guillermo. *Legalidad y Retroactividad de las Normas Penales*. Buenos Aires: Editora Hamurabi, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 15ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Luiz Flávio & CUNHA, Rogério Sanches. *Nova Lei de Drogas: Retroatividade ou Irretroatividade?* (primeira parte). Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI32259,81042-Nova+lei+de+drogas+retroatividade+ou+irretroatividade>>. Acesso em 10 de julho de 2012.

GOMES, Luiz Flávio & CUNHA, Rogério Sanches. *Legislação Criminal Especial*. coleção ciências criminais vol. 6, São Paulo: RT, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. vol. 01, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. vol. I, 4ª ed., Forense, 1958.

- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. vol. 01, Campinas: Bookseller, 1997.
- MAURACH, Reinhart & ZIPF, Heinz. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução da 7ª edição alemã, Buenos Aires: Editora Astrea, 1994.
- MIR, José Cerezo. *Derecho Penal: Parte General*. São Paulo: RT, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 18.ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Introducción al Derecho Penal*. 4ª ed., Madri: Editora Ramón Areces, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de Direito Penal: Parte Geral. Parte Especial*. 6ª edição, São Paulo: RT, 2009.
- OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Parte General del Derecho Penal*, Pamplona: Editora Thomson-Aranzadi, 2005.
- PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Curso de Derecho Penal: Parte General I*, Madri: Editorial Universitas, S.A. 1996.
- SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português: Parte Geral*, Lisboa: Editora Verbo, 1997.
- SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOLER, Sebatián. *Derecho Penal Argentino*. Volume 1, 4ª edição, Buenos Aires: Editora Tipografica, 1992.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Rediscutindo a definição do delito de tortura e sua relação com o crime de maus-tratos

Rivisitando la definizione di tortura e la sua relazione al reato di maltrattamenti

Vanessa Chiari Gonçalves¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceituando o delito de tortura: a tortura-prova e a tortura-pena; 3. A tortura-pena e o delito de maus-tratos; 4. Considerações Finais.

RESUMO

A Lei 9455/97 quando criminalizou o delito de tortura no Brasil ampliou o seu âmbito de abrangência para além da chamada tortura-prova (praticada com a finalidade de obter informações da vítima). Incluiu no conceito de tortura as violências físicas ou psicológicas praticadas também com a finalidade de corrigir ou de castigar crianças e adolescentes. Tal ampliação, no entanto, tem produzido na jurisprudência confusão entre os delitos de tortura e maus-tratos. Os excessos na maneira de castigar/corrigir os filhos e demais dependentes do agente, por meio de violência física (quando resultam em hematomas e escoriações) têm sido considerados tortura por alguns julgadores e maus-tratos por outros. Produz-se, assim, um severo enquadramento penal do agente e a banalização da tortura, que é um delito equiparado aos crimes hediondos no Brasil.

Tortura; Maus-tratos; Crianças e adolescentes.

RIASSUNTO

La Legge 9455/97, quando criminalizzato il reato di tortura in Brasile ha ampliato il proprio ambito di copertura oltre la chiamata torture-test (fatto con lo scopo di ottenere informazioni dalla vittima). Incluso nel concetto di tortura, violenza fisica o psicologica praticata anche per correggere o punire i bambini e gli adolescenti. Questa espansione, tuttavia, ha prodotto

¹ A autora é Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. É professora adjunta de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Centro Universitário Metodista IPA, além de advogada em Porto Alegre.

confusão nella giurisprudenza tra i crimini di tortura, abuso e lesioni. L'eccesso sotto forma di correzione dei bambini e altre persone a carico dell'agente con la violenza, se è il risultato di lividi e abrasioni sono stati considerati un crimine di tortura da parte di alcuni giudici e maltrattamenti o lesioni di altri. Produce fino dunque al di sopra dell'agente quadro penale e banalizzazione della tortura, che è considerato un crimine efferato in Brasile.

Tortura; Maltrattamenti; Bambini e adolescenti

Introdução:

A Lei 9455/97 quando criminalizou o delito de tortura no Brasil ampliou o seu âmbito de abrangência para além da chamada tortura-prova. Incluiu no conceito de tortura as violências físicas e psicológicas praticadas também com a finalidade de corrigir ou castigar crianças e adolescentes. Tal ampliação, no entanto, tem produzido no âmbito das decisões judiciais confusão entre os delitos de tortura e de maus-tratos. Além disso, está em desacordo com a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que restringe o conceito de tortura à submissão da vítima a intenso sofrimento físico ou psicológico com a finalidade especial de obter declarações ou confissões, por parte de agentes públicos.

Desse modo, este estudo pretende desenvolver a ideia de que a definição de tortura possui um conteúdo histórico-normativo que não deveria ter sido desprezado pela legislação em vigor e que deve preocupar o intérprete do direito por diversas razões. Em primeiro lugar porque a tortura tradicional vincula-se a uma finalidade específica, que é a de obter declarações (tortura-prova); em segundo lugar porque pressupõe a utilização de métodos e circunstâncias especiais de imposição de sofrimento; em terceiro lugar porque a banalização do conceito de tortura-pena permite que haja confusão entre os delitos de maus-tratos e de tortura, especialmente quando a violência é praticada pelos detentores do poder familiar com a finalidade de corrigir crianças e adolescentes.

1. Conceituando o delito de tortura: a tortura-prova e a tortura-pena

O delito de tortura, como foi abordado na introdução deste artigo, possui um conteúdo histórico-normativo que não deve ser desprezado pelo operador do Direito. A tortura relaciona-se, normalmente, com um ritual meticuloso e previamente planejado de imposição

de dor e de sofrimento ao corpo ou a psique do Outro. O caráter histórico da tortura revela uma variação conceitual significativa que algumas vezes permite que se confunda a tortura, enquanto um método com finalidade específica, ao mero ato de castigar para corrigir. Ocorre que nem todo o ato de crueldade ou forma de violência física ou psicológica pode ser enquadrado como tortura.

A expressão tortura deriva do latim, como sinônimo de suplicio (*cruciatu*s), mas é inegável que existe uma relação histórica desse tipo de conduta com a finalidade de obter algum tipo de informação por parte do supliciado. O jurista romano Ulpiano, no século III, já definia a tortura como sendo o “tormento e o sofrimento do corpo com a finalidade de obter a verdade”. (PETERS, 1989, P. 7). Nesse sentido, Ana Lúcia Sabadell, em seu estudo sobre a regulamentação e a prática da tortura judicial no âmbito do processo penal, entre os séculos XVI e XVIII, definiu este instituto como um “método de prova juridicamente regulamentado”. Esse método destinava-se a “induzir o interrogado a “dizer a verdade” por meio do emprego de violência física, confessando a autoria e/ou fornecendo informações sobre as circunstâncias de comissão de um delito a respeito de cúmplices”. Dessa definição resultam duas peculiaridades que diferenciam a tortura de outras formas de violência: o seu caráter legal e investigatório (probatório) e a utilização da dor física como mecanismo de pressão em detrimento de ameaças e sofrimentos psíquicos (SABADELL, 2006, p. 35-36).

Contemporaneamente, reconhece-se tanto a tortura física como a psicológica como formas possíveis de se praticar o delito em questão. A tortura física abrange toda a forma de submissão do corpo do Outro a dor e ao sofrimento, denotando “a manifestação produzida pelas terminações nervosas que captam” sensações desagradáveis no corpo humano. Os métodos utilizados são os mais variados como choques elétricos, espancamentos, afogamentos, violência sexual, entre outros. (COIMBRA, 2002, p. 177)

Já, a tortura psicológica ocorre quando, em vez do emprego de violência física contra o corpo do indivíduo, há simulação ou ameaça de agressão contra a vítima ou seus afetos. O sofrimento mental acontece por meio de um estado de estresse e de angústia gerado no torturado. Reconhece-se que o sofrimento físico também acarreta sofrimento mental, podendo reduzir as funções cerebrais mediante a privação de comida, água, oxigênio, espaço físico adequado ou, ainda, estimulando a sensibilidade cerebral do sujeito passivo por meio da sua exposição contínua a sons, a luz, ao frio ou ao calor excessivos, somente para citar. (PETERS, 1989, p. 9)

No que tange à finalidade, a tortura pode ser classificada como tortura-prova e tortura-pena. Entende-se por tortura-prova todo tipo de sofrimento físico ou psicológico infligido a alguém com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, mediante o emprego de violência física ou grave ameaça. A segunda, a tortura-pena, não se diferencia da tortura-prova quanto aos seus mecanismos de produção, mas em relação à sua intencionalidade que, neste caso, será a de submeter à vítima a um intenso e diferenciado sofrimento físico ou psíquico como forma de aplicação de um castigo.

É importante observar, também, que a história semântica da expressão tortura possui uma dimensão pública, porque a tortura apresenta como elemento fundamental o fato de ser um tormento tolerado ou praticado por uma autoridade pública com finalidade pública. Não se pode esquecer de que a ampliação da definição da tortura, para incluir outros tipos de brutalidades ou coerções praticadas por particulares, vincula-se a um fenômeno que ocorreu após o século XVII, quando a conceituação legal de tortura foi paulatinamente sendo substituída, em um primeiro momento, por uma definição de ordem moral e, especialmente, após o século XIX acabou alcançando uma proporção moral-sentimental “que designa o ato de causar sofrimento de qualquer tipo em qualquer pessoa, para qualquer propósito – ou mesmo sem propósito” previamente determinado. (PETERS, 1989, p. 9).

Para a Anistia Internacional a expressão “tortura” abrange “o abuso de prisioneiros efetuado por funcionários, militares ou civis, sob a ordem e sob a cobertura das autoridades superiores”. Assim, não haveria diferença entre a tortura imposta a um suposto criminoso, para lhe extrair a confissão ou a delação de cúmplices, e aquela empregada com a finalidade de criar artificialmente uma atmosfera de medo e angústia coletivos, aterrorizando o ambiente por aversão ao inimigo. (BIOCCA, 1974, p. 182-183). Reforça-se, desse modo, o caráter histórico das mais diversas formas de tortura, não sendo, por isso, correto afirmar que haveria necessariamente um processo contínuo ou uma evolução linear entre a tortura praticada em outros tempos e aquela que se pratica na contemporaneidade.

Do ponto de vista da legalidade, o processo de repúdio e, posteriormente, de criminalização da tortura é ainda muito recente. Embora alguns autores façam referência à abolição da tortura, sabe-se que ela nunca foi abolida na prática, permanecendo viva e sendo aplicada cotidianamente. Michel Foucault refere que a redução do suplício consiste numa tendência com origem na “grande transformação de 1760-1840, mas que não chegou ao termo”. (FOUCAULT, 1993, p. 19). Ao final da primeira metade do século XX, a criação da

Organização das Nações Unidas e a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) deram um caráter internacional aos bens jurídicos violados mediante a prática da tortura, que passaram a ser vistos como inerentes a todo ser humano. Seguiram-se a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985). Mais recentemente, as Nações Unidas aprovaram o Estatuto de Roma que arrola uma série de delitos considerados crimes contra a humanidade, entre os quais está a tortura e, por isso, passíveis de julgamento pelo Tribunal Penal Internacional.

A Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, em seu art. 5º, inciso III dispõe: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, reproduzindo assim dispositivos dos tratados internacionais de direitos humanos. Já no inciso XLIII do mesmo artigo, afirma que a prática da tortura, entre outros crimes, é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Nessa esteira, em 1997, a tortura foi tipificada no Brasil, por meio da Lei 9455/97. Pela referida lei, vários tipos de condutas que importem sofrimento físico ou psíquico são consideradas tortura. A chamada tortura-prova, prevista no art. 1º, I, a, foi assim definida: “Constitui crime de tortura constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa”. No parágrafo 4º, inciso I, do art. 1º, da Lei 9455/97, está prevista uma causa de aumento de pena quando o crime for cometido por agente público. Pode-se perceber, portanto, que o conceito de tortura-prova na Lei brasileira é bastante amplo e inclui qualquer tipo de violência empregada com a finalidade de obter uma confissão. (GONÇALVES, 2011, p. 24).

Por sua vez, o art. 1º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes define o termo “tortura” da seguinte forma:

Para fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência. Não se considerarão como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Tanto a definição de tortura dada pela Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, como a definição da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura² exigem a autoria ou a participação de agente do Poder Público para a configuração do delito. A qualidade especial do sujeito ativo como condição do crime é diversa da lei brasileira que considera a presença de agente público dispensável para a configuração do crime, constituindo, dessa forma, a sua presença apenas uma causa de aumento de pena (BIERRENBACH, 2006, P. 13).

No âmbito do direito comparado, destaca-se que, na Espanha, o crime de tortura está tipificado no artigo 174 do Código Penal Espanhol, cujo texto corresponde ao conceito de tortura das normas internacionais, uma vez que o referido tipo penal exige a concorrência de três elementos para que o delito se configure: um elemento material que diz respeito às próprias ações ou métodos que constituem tortura, a qualificação do sujeito ativo como representante do poder do Estado e um elemento teleológico que exige uma determinada finalidade para configurar autonomamente o delito. Segundo Muñoz Conde, o tipo penal do artigo em questão exige efetivamente que o sujeito ativo “seja autoridade ou funcionário público (anexo 1) ou bem, autoridade ou funcionário de instituições penitenciárias ou de centros de proteção e correção de menores (anexo 2)”. Esse especial elemento subjetivo do tipo é o que constitui a essência da chamada “tortura indagatória”. Isso justifica a previsão de uma pena de maior gravidade por expressar não só um ataque contra bens jurídicos fundamentais de caráter individual, mas também um abuso por parte do sujeito ativo da sua condição de funcionário público. Ultrapassa as fronteiras de sua legitimidade para investigar um determinado fato ou atribui a si mesmo faculdades que lhe são alheias, como o poder de aplicar um castigo por um fato cometido ou que se suspeite que o sujeito passivo tenha cometido. (CONDE, 2004, p. 194-195).

² Art. 2º Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo o ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam unicamente consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo. Art. 3º Serão responsáveis pelo delito de tortura: Os empregados ou funcionários públicos que instiguem, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam. As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea “a”, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices (Artigos da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura).

Ainda no tocante às críticas quanto à restrição do delito de tortura para os casos em que o agente exerce funções públicas, José Arzamendi argumenta que a condição de funcionário público como sujeito ativo do delito em questão é inerente à “história semântica da tortura”. Essa, juridicamente, conectava-se com a produção de uma prova por meio da confissão ou do testemunho de alguém e não com atividades vinculadas à vingança privada. É justamente essa peculiaridade que distingue a tortura enquanto injusto penal das demais formas de crueldade e maus-tratos, elevando a repressão do delito de tortura ao interesse internacional, especialmente porque “sua prática por elementos pertencentes ao aparato de Estado deixa as vítimas absolutamente desprovidas de proteção”. (ARZAMENDI, 1990, p. 34).

Com relação à definição do crime de tortura, percebe-se que há uma dificuldade de se compreenderem quais condutas são consideradas graves o suficiente para se enquadrarem no conceito de tortura ou, então, não tão graves a ponto de se enquadrarem no conceito de tratamentos desumanos ou degradantes, segundo a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, de 1984. A indeterminação presente nas definições legais do crime de tortura preocupa juristas de vários países signatários da Convenção contra a Tortura, dada a dificuldade de precisar o que se entende por grave sofrimento físico ou psíquico. Há quem sugira a valoração do contexto social e cultural para a determinação do que seja grave sofrimento, uma vez que, em países onde o castigo corporal é tolerável, esse conceito seria relativizado. Há ainda quem defenda o critério de aptidão da conduta praticada para vencer a resistência da vítima. No entanto, tal indeterminação não tem como ser superada com base em critérios subjetivos, ficando ao arbítrio de o julgador determinar o alcance do delito de tortura, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. (ARZAMENDI, 1990, p. 42-43)

Já em Portugal, a tipificação do delito de tortura também pressupõe que o agente seja funcionário público. Sua função, preferencialmente, é a investigação e a prevenção de infrações penais, podendo praticar a conduta tanto com a finalidade de obter declaração ou confissão do acusado como a de aplicar-lhe castigo corporal.³

³ Texto literal do Código Penal Português: **Artigo 243º** Tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos: 1 - Quem, tendo por função a prevenção, perseguição, investigação ou conhecimento de infracções criminais, contra ordem nacionais ou disciplinares, a execução de sanções da mesma natureza ou a proteção, guarda ou vigilância de pessoa detida ou presa, a torturar ou tratar de forma cruel, degradante ou desumana para: a) Obter dela ou de outra pessoa confissão, depoimento, declaração ou informação; b) A castigar por acto cometido ou supostamente cometido por ela ou por outra pessoa; ou c) A intimidar ou para intimidar outra

Defende-se, neste estudo, a ideia de que a nomenclatura do delito de tortura deveria restringir-se à noção de tortura-prova, isto é, aquela que se realiza com a finalidade de obter informações ou confissão do acusado. Qualquer outro tipo de tormento aplicado com a finalidade de castigar deveria receber nome e classificação penal distinta, como tratos desumanos ou degradantes, maus-tratos ou lesão corporal qualificada pelo meio cruel. Isso também porque o delito de tortura preocupa tanto que veio elencado no rol de crimes contra a humanidade, previstos no Estatuto de Roma.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi promulgado no Brasil por meio do Decreto presidencial 4388, de 25 de setembro de 2002. Esse Estatuto, em seu artigo 7º, parágrafo 1º, apresenta uma série de ações que são definidas como crimes contra a humanidade, desde que sejam cometidas “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”. Dentre as ações mencionadas, está a tortura (alínea f). Já, no parágrafo 2º, do mesmo artigo 7º, aparecem algumas definições importantes. Na alínea a, consta que, por ataque contra a população civil, deve-se entender “qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política”. E, na alínea e, está disposto que, por tortura, entende-se

o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas.

pessoa; é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. 2 - Na mesma pena incorre quem, por sua iniciativa ou por ordem superior, usurpar a função referida no número anterior para praticar qualquer dos actos aí descritos. 3 - Considera-se tortura, tratamento cruel, degradante ou desumano, o acto que consista em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou psicológico grave ou no emprego de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação de vontade da vítima. 4 - O disposto no número anterior não abrange os sofrimentos inerentes à execução das sanções previstas no nº 1 ou por ela ocasionados, nem as medidas legais privativas ou restritivas da liberdade. **Artigo 244º** Tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos graves: 1 - Quem, nos termos e condições referidos no artigo anterior: a) Produzir ofensa à integridade física grave; b) Empregar meios ou métodos de tortura particularmente graves, designadamente espancamentos, eletrochoques, simulacros de execução ou substâncias alucinatórias; ou c) Praticar habitualmente actos referidos no artigo anterior; é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos. 2 - Se dos factos descritos neste artigo ou no artigo anterior resultar suicídio ou morte da vítima, o agente é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos. **Artigo 245º** Omissão de denúncia: O superior hierárquico que, tendo conhecimento da prática, por subordinado, de facto descrito nos artigos 243º ou 244º, não fizer a denúncia no prazo máximo de 3 dias após o conhecimento, é punido com pena de prisão de 6 meses a 3 anos.

Observa-se, assim, que o Estatuto de Roma ao definir a tortura enquanto crime contra a humanidade, seguiu, em parte, a tradição dos tratados e das convenções internacionais, no sentido de vincular aos agentes estatais a possibilidade de sua autoria. Estendeu, também, o lugar de sujeito ativo aos membros de organizações subversivas ou terroristas que mantenham as vítimas em seu poder, com restrição da liberdade de ir e vir. Salienta-se, no entanto, que o elemento objetivo configurador do tipo passou a ser a dor ou os agudos sofrimentos físicos ou mentais, sem a exigência de dolo específico, no sentido da obtenção de declaração ou confissão dos torturados.

2. A tortura-pena e o delito de maus-tratos

A opção da lei brasileira por criminalizar sob a mesma nomenclatura tanto a tortura-prova, destinada à obtenção de informações, delações ou confissões, como a tortura-pena, método cruel de imposição de castigo para a correção, gerou um fenômeno inquietante na jurisprudência. São raros os julgados a respeito do delito de tortura-prova praticado por policiais contra cidadãos, o que indica que cifra obscura desse tipo de crime é elevada. Por outro lado, são volumosos os casos de condenação por tortura praticada por pais ou responsáveis contra crianças e adolescentes.

A consolidação de uma jurisprudência vinculando o delito de tortura aos excessos nos meios de correção praticados contra crianças e adolescentes têm consequências preocupantes. Confunde-se o delito de maus-tratos tipificado no Código Penal (art. 316) com o delito de tortura-pena, previsto no artigo 1º, II, da Lei 9455/97 que é equiparado aos crimes hediondos. Por mais que se pretenda combater a forma violenta e inadequada com que crianças brasileiras são culturalmente e historicamente “disciplinadas”, não podem ser confundidos ambos os delitos por diversas razões.

O direito de correção foi considerado natural e decorrente do poder do chefe do grupo familiar durante boa parte da história. A maioria das legislações do século XIX não tipificava o delito de maus-tratos. No Brasil, punia-se apenas as lesões corporais. O próprio Código Imperial de 1830, no seu artigo 14, par. 3º, considerava justificado o delito de lesões corporais quando o mal consistisse no castigo moderado que os pais aplicassem a seus filhos, os senhores a seus escravos e os mestres a seus discípulos. (PIERANGELI, 2005, p. 175). O Código de 1890 não dispôs nada a esse respeito. Assim, a tipificação do delito de maus-tratos

só foi introduzida na legislação brasileira com o Código de Menores, de 1927, que em seus artigos 137 a 140, punia os abusos dos meios corretivos praticados “contra os menores de 18 anos, mesmo quando constituíssem simples perigo à vida ou saúde do sujeito passivo”. O delito era qualificado quando os castigos causassem lesão corporal grave ou comprometessem “gravemente o desenvolvimento intelectual do menor”, e se o delinquente pudesse prever esse resultado” (HUNGRIA, 1958, p 448).

Ao tratar do delito de maus-tratos, o artigo 136 do Código Penal atualmente vigente dispõe: “expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina”. Interessa compreender a amplitude da última circunstância descrita no tipo penal: o abuso dos meios de correção ou disciplina. Existe uma finalidade em princípio justa que é a da corrigir ou disciplinar, mas a conduta é tipificada porque o justo fim não pode autorizar o excesso do meio.

Mesmo na década de 40 do século XX, época em que o Código Penal foi publicado no Brasil, já se sabia que a violência como meio de reprovação não era adequada do ponto de vista pedagógico porque deprime em vez de corrigir, suscita o ódio em vez da confiança, “fomenta a hipocrisia, atrofia a dignidade, paralisa a vontade”. No entanto, a confusão que se faz entre o antigo injusto penal de maus tratos e o recente injusto penal da tortura-pena não se justifica juridicamente. Observa-se que é qualificado o delito de maus tratos se do fato resulta lesão corporal de natureza grave ou morte, desde que estes eventos qualitativos sejam preterdolosos, uma vez que se forem dolosos passarão a ser definidos como lesão corporal grave ou homicídio doloso, respectivamente. Nelson Hungria advertia que o delito de maus-tratos é crime de perigo, cujo dolo específico é a “vontade consciente de maltratar o sujeito passivo, de modo a expor-lhe a perigo a vida ou saúde”. Não há necessidade de subordinação dos maus-tratos ao critério da habitualidade, embora se reconheça que em alguns casos sem a habitualidade não há como haver causação de perigo. (HUNGRIA, 1958, p. 452-453).

Por sua vez, o delito de tortura-pena, previsto no artigo 1º, II, da Lei 9455/97, está assim definido: “submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo”. A pena prevista é de dois a oito anos de reclusão. Novamente é importante destacar que caberá ao intérprete estabelecer a amplitude

da expressão intenso sofrimento físico ou mental, tomando como referência o critério da proporcionalidade e o bom senso, especialmente quando relações familiares estão em jogo.

A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul posicionou-se da seguinte maneira sobre essa questão:

APELAÇÃO CRIME.

CRIME DE TORTURA CONTRA UMA CRIANÇA DE TRÊS ANOS DE IDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA PROVADAS.

DECLASSIFICAÇÃO PARA OS DELITOS DE MAUS TRATOS E LESÕES CORPORAIS. IMPOSSIBILIDADE. Impossível a desclassificação para qualquer outro delito, quando a prova carreada aos autos, comprova, modo categórico, ter sido a vítima, criança de três anos de idade, diariamente submetida a agressões cruéis, sem motivo nenhum que as justificasse, gerando intenso sofrimento físico e mental. Resta caracterizado, portanto, o crime de tortura.

QUALIFICADORA. A qualificadora prevista no § 3º do art. 1º da Lei 9.455/97, veio devidamente comprovada pelos laudos de exame de corpo de delito que atestaram ser as lesões de natureza grave. Por outro lado, as contradições alegadas, quanto aos referidos laudos, não se verificam, pois aquele que silenciou quanto ao quesito – perigo de vida –, foi referente ao exame de conjunção carnal e ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

PENA. REDIMENSIONAMENTO. Ocorrência de *bis in idem* na análise dos vetores judiciais do artigo 59 do Código Penal. Não pode ser atribuída às circunstâncias, consequência do crime, assim como o comportamento da vítima, a idade da vítima, pois esta é causa da majoração de pena conforme se verifica do artigo 1º, § 4º, inciso II, da Lei nº 94.55/97. Pena reduzida.

DECISÃO MAJORITÁRIA NO SENTIDO DE DAR PROVIMENTO, EM PARTE, AOS APELOS DEFENSIVOS, REDUZINDO OS APENAMENTOS, VENCIDO O RELATOR, QUE NEGOU PROVIMENTO. (JAHP nº 70010433753, 2004)

Como se pode perceber no precedente critérios como a idade da vítima, a frequência e a gravidade das lesões foram consideradas determinantes para o enquadramento da conduta no tipo penal da tortura-pena. Mas, retornando à problematização do último aspecto do tipo penal do artigo 136 do CP, isto é, o abuso de meios de correção ou disciplina, algumas conclusões são relevantes. É justamente no abuso dos meios de correção que a violência física ingressa mais fortemente. Pode-se afirmar que é o excesso do meio corretivo, colocando em risco a vida ou a saúde da vítima, que irá caracterizar o crime de maus-tratos, em que pese reconheça-se o direito de correção aos pais e responsáveis. Cezar Bitencourt refere que “o corretivo aplicado pelo pai que resulta em leves escoriações ou hematomas, não afetando a saúde do menor, nem colocando em risco sua vida, não caracteriza o excesso do *ius corrigendi*”, não configurando, portanto sequer o crime de maus-tratos (BITENCOURT, 2012, p. 305).

Entende-se que o castigo físico imposto pelos pais aos filhos menores com moderação e finalidade pedagógica não configura o delito de maus-tratos. Diferente será a situação de um pai que “desfere um soco no filho menor ou produz nele lesões corporais pelo uso de ferro em brasa” porque nesse caso estaria claro o exercício abusivo e inadequado do direito de corrigir. (PIERANGELI, 2005, p. 179). No mesmo sentido segue precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Distinção com tortura – TJSP: “Se o pai cruel impunha ao filho atroz sofrimento por não aceitar o comportamento da criança, que costumeiramente fazia necessidades fisiológicas nas próprias vestes, o comportamento anormal não caracterizou, certamente, o crime de tortura que é praticado por puro sadismo imotivado e sim o de maus tratos que diz respeito ao propósito de punir para corrigir” (RT 699/308 e RJTJESP 148/280).

É importante sintetizar as inúmeras circunstâncias e consequências que diferenciam o delito de maus-tratos do delito de tortura-pena contra crianças ou adolescentes. A finalidade de corrigir e disciplinar aparece em ambos os tipos penais, mas para que se configure o delito de tortura deve-se infligir um intenso sofrimento físico ou psicológico na vítima. Para que se possa concretamente avaliar a intensidade do sofrimento causado é preciso que se observe a idade da vítima, a gravidade, a extensão e número de lesões provocadas que indicariam o meio cruel, bem como a frequência e o método ritualizado. Tudo acompanhado de uma intencionalidade do agente voltada para a causação de sofrimento intenso e não apenas de agressões físicas ou verbais decorrentes de uma forte emoção ou cólera momentânea. Em alguns casos, a extrema crueldade que caracteriza a tortura-pena fica bastante evidenciada, como se verifica no precedente a seguir:

“TORTURA - Agressão sistemática a menor sob guarda - laudo pericial -configuração do delito do artigo 1, II da lei 9455/97 e não maus tratos. 1. Sinais de agressão física disseminados por todo o corpo da criança, com informações de sessões de ameaça de afogamento, configuram tortura e não maus tratos. A intenção de causar sofrimento esta comprovada pela sistemática e indiscriminada agressão somada a outras práticas cruéis, muito além da pretensa correção, que não teria qualquer efeito em um bebê com um ano e oito meses. 2. Tortura pode ser física ou mental; esta não deixa vestígios materiais, prescindindo o tipo, de laudo pericial, se o relatório médico, somado aos testemunhos, é substancial. 3. Negado provimento. (8 fls.) *Apelação Crime nº 70001485325, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des.ª. Elba Aparecida Nicolli Bastos, julgado em 19/10/00.*

Deve-se compreender que a banalização da definição de tortura não contribui para a prevenção de novas condutas violentas. É preciso transformar a cultura de violência como

forma de disciplina por meio da instrução de pais e responsáveis. A condenação de um pai ou de uma mãe, que se excedeu nas formas de correção causando lesões corporais leves no filho, por delito de tortura, fere o princípio da proporcionalidade. A tortura como se sabe possui um conteúdo histórico muito expressivo que a vincula à tortura-prova. Ainda que se admita a opção legislativa de nominar de tortura (tortura-pena), a imposição de métodos cruéis, de verdadeiras técnicas de tortura contra crianças e adolescentes com o vago argumento da disciplinarização, sabe-se, que as circunstâncias do caso concreto são extremamente reveladoras da real intencionalidade do agente.

Vive-se num momento em que o clamor por punições cada vez mais severas é estimulado pelo aparato midiático, fundado na crença de que o sistema de justiça criminal tem o poder e a função de disciplinar as pessoas, alterando padrões de comportamento culturais. No entanto, é preciso compreender a dinâmica da violência doméstica contra crianças e adolescentes na sua complexidade. É inegável que a violência acarreta inúmeras consequências para o desenvolvimento da pessoa. Uma pesquisa realizada pelo Centro Latino-Americano de Estudos de Violência e Saúde Jorge Careli, entre os anos de 2002 e 2003 com estudantes do curso diurno das 7^a e 8^a séries do ensino fundamental e dos 1^o e 2^o anos do ensino médio de escolas públicas e particulares do município de São Gonçalo, na região metropolitana do Rio de Janeiro, que contou com 309.216 crianças e adolescentes entre 0 e 19 anos chegou a conclusões muito reveladoras:

Os resultados deixam clara a elevada frequência com que a violência ocorre no âmbito da família e das pessoas próximas aos adolescentes. Quase um quinto desses jovens sofre agressões severas, que envolvem chutes, mordidas, espancamento e até ameaças com arma de fogo ou faca. Quanto à violência psicológica, cerca de metade dos adolescentes convive com ela direta ou indiretamente. Os adultos os humilham, não os elogiam quando agem corretamente e não os estimulam para os desafios que precisam enfrentar. Também quase um quinto desses adolescentes já passou por experiências sexuais traumáticas ou perturbadoras; já testemunhou violência sexual sofrida por algum membro da família; já teve medo de sofrer violência sexual quando um dos pais estava sob efeito de álcool ou drogas; e já se envolveu em relação sexual com os pais.

Ficou constatado que adolescentes que sofreram maus-tratos familiares sofrem mais episódios de violência na escola, vivenciam mais agressões na comunidade e transgridem mais as normas sociais, fechando assim um círculo de violência. Eles também têm menos apoio social, menor capacidade de resiliência e uma baixíssima autoestima. A violência psicológica, por sua vez, mostrou-se mais presente entre aqueles com menos resiliência – capacidade de seguir em frente superando as dificuldades impostas pela vida, essencial para o desenvolvimento pessoal e para uma boa qualidade de vida do indivíduo consigo mesmo e com a sociedade. Percebe-se, assim, como essa forma de violência pouco valorizada pela sociedade é capaz de fragilizar a posição do adolescente e dos futuros adultos no mundo (AZEVEDO, 2005, p. 18).

No mesmo sentido, Winnicott ao abordar as raízes da agressividade na infância afirma que a agressão tem um duplo significado: é uma fonte de energia do indivíduo e representa uma reação direta ou indireta à frustração. (WINNICOTT, 1982, p. 262). A “tendência antissocial não se relaciona com uma carência, mas sim como uma privação”, de modo que se pode entender que um fracasso específico teria mais importância do que um fracasso social geral no desenvolvimento da criança. Certas modificações ambientais podem alterar a vida inteira da criança quando estas mudanças acontecem numa idade em que ela já possui condições para entender as coisas. Assim, mesmo diante de uma privação decorrente do rompimento do lar, da separação dos pais com desavenças mútuas, a sensação de insegurança e o grau de ansiedade que atingem a criança são muito expressivos, podendo gerar quadros de agressividade e até mesmo antissociais (WINNICOTT, 1999, p. 82 e 86). Os efeitos nocivos da violência presenciada ou sofrida no desenvolvimento da personalidade são imensuráveis. Há, inclusive, uma tendência de que essa criança na fase adulta venha a reproduzir o mesmo padrão de comportamento dos seus pais com os seus dependentes alimentando o mesmo círculo de violência na família. Por isso, o enfoque estatal deve concentrar-se em primeiro lugar no acompanhamento das vítimas de violência na infância e no esclarecimento dos pais agressores. Punições severas, além de tecnicamente inadequadas, não solucionam ou, ainda, agravam os conflitos familiares. É preciso compreender a complexidade do problema da violência contra crianças e adolescentes para que o círculo de agressividade possa então ser quebrado.

Considerações Finais:

Entende-se que a denominação tortura deveria ter sido destinada especialmente para os casos de tortura-prova, seguindo-se a tradição de outros países e dos tratados internacionais do quais o Brasil é signatário. De qualquer modo, os tratos desumanos ou degradantes, tipificados como tortura-pena no Brasil, não podem ser confundidos com o delito de maus-tratos de crianças e adolescentes por inúmeras razões. Para que se configure a tortura-pena para além de observar as condições da vítima (idade e gravidade das lesões) é imprescindível que se investigue a intencionalidade específica do agente de causar um intenso sofrimento físico ou psíquico na vítima. Nesse aspecto, critérios como a frequência das agressões e os métodos empregados são muito importantes.

Não se desconhece que os efeitos da violência na infância são extremamente danosos ao desenvolvimento de crianças e adolescentes como se pôde observar. No entanto, por se tratar de um problema cultural: a falsa crença de que a violência é uma forma eficaz de educar, a solução deve necessariamente passar, de um lado pelo esclarecimento de pais e educadores e, de outro, pelo acompanhamento psicológico da vítima. A intervenção mais dura por parte do Estado, mediante a imposição de pena privativa de liberdade e equiparação a delito hediondo, deve-se restringir às condutas realmente graves e injustificáveis, que denotam um especial grau de perversidade do agente. Não se pode confundir a amplitude do delito de maus-tratos (punido com pena de dois meses a um ano de detenção, quando resulta perigo, e com pena de reclusão de 1 a 4 anos se resulta lesão corporal de natureza grave) com o gravíssimo delito de tortura-pena, que é equiparado para vários fins aos delitos hediondos e para o qual está prevista uma pena de reclusão de 2 a 8 anos.

As inúmeras pesquisas na área da psicologia também podem embasar as interpretações dos operadores do Direito, a fim de que a questão da violência familiar contra crianças e adolescentes possa ser pensada de forma sensata. Sabe-se que adultos violentos muitas vezes estão apenas reproduzindo com os seus filhos a mesma forma prejudicial de disciplinar que receberam na sua infância, porque esta é a maneira de lidar com os conflitos conhecida por eles. O desconhecimento da complexidade do problema da violência doméstica contra crianças e adolescentes, resulta num enfoque voltado para a punição do agressor, enquanto a vítima permanece sem a devida assistência. Ocorre que tal opção não contribui para a ruptura do círculo de violência nas famílias.

Bibliografia:

ARZAMENDI, José L. de la Cuesta. *El Delito de Tortura: concepto, bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del Código Penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1990.

AZEVEDO, Maria Amélia. Um Cenário em (des)construção . In: UNICEF. (Org.). *Direitos Negados/A Violência contra a Criança e o Adolescente no Brasil*. Brasília: UNICEF, 2005, v. , p. –Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_01.pdf

BIERRENBACH, Sheila e LIMA, Walberto Fernandes. *Comentários à Lei de Tortura – Aspectos Penais e Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

BIOCCA, Ettore. *Strategia del Terrore: il modello brasiliano*. Bari: De Donato Editore S.p.A., 1974.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Vol. 2. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COIMBRA, Mário. *Tratamento do Injusto Penal da Tortura*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho Penal*. Parte Especial. 15.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

DICIONÁRIO DE PORTUGUÊS – LATIM. 2. ed. Portugal: Porto Editora, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 10. ed. Tradução de Lígia Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1993.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. *A tortura como violência instituída e instrumento para a simulação do réu confesso*. Tese de Doutorado em Direito defendida na Universidade Federal do Paraná, 2011. Acesso em 20 de agosto de 2012. Disponível no Banco de Teses da UFPR: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26300/tese%20FINAL.pdf?sequence=1>

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 5. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PETERS, Edward. *Tortura: uma visão sistemática do fenômeno da tortura em diferentes sociedades e momentos da história*. Tradução de Lila Spinelli. São Paulo: Editora Ática, 1989.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial (arts. 121 a 234)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta juris permissione: tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI-XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

WINNICOTT, D. W. *Tudo Começa em Casa*. Tradução de Paulo Sandler. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WINNICOTT, D. W. *A Criança e o seu Mundo*. Tradução de Álvaro Cabral. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.