



G7 JURÍDICO

BLOCO DOS APROVADOS

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez)

Direito Penal

Prof. Cléber Masson

Direito Penal

Aula na íntegra · 27:16

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez)

Vamos lá. Próximo ponto aqui. Vamos falar sobre as velocidades do direito penal.

Essa teoria foi idealizada por um penalista espanhol chamado Jesús María Silva Sánchez. Jesús María Silva Sánchez. Silva Sánchez é o professor titular da Universidade Pompeu Fabra, de Barcelona, catedrático da Pompeu Fabra de Barcelona, e, para mim e para muitos, um dos maiores, um dos grandes nomes do direito penal atual.

Ele tem algumas obras fantásticas. Tem um livro dele, para você anotar — não para ler agora. Acho que foi um dos livros, um dos melhores livros que eu li nos últimos 15 anos, chamado Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo. Não há tradução para o português; tem que ler em espanhol. Hoje, na internet, na rede social, você acha tudo, mas não tinha tradução em português, pelo menos quando eu li. E eu lembro que, quando eu li esse livro, eu lia uma página, duas, parava, raciocinava, um monte de ideia na cabeça, voltava a ler. Um livro fantástico.

Mas ele tem um outro livro também, e esse tem tradução para o português, chamado A Expansão do Direito Penal. Ele quer falar do direito penal nas sociedades pós-modernas; ele dá esse nome. E nessa obra, A Expansão do Direito Penal, ele trata das velocidades do direito penal.

O que ele diz? Qual é o ponto de partida dele? Ele diz que o direito penal sempre se desenvolveu em duas velocidades. Então sempre existiu um direito penal de primeira velocidade e um direito penal de segunda velocidade.

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez) (cont.)

Direito penal de primeira velocidade. Eu vou fazer um círculo pequeno. É o que ele chama de direito penal da prisão. Direito penal de primeira velocidade, então, é o chamado direito penal da prisão.

Ô, Cléber, você pode me perguntar: esse é o direito penal em que é cominada uma pena privativa de liberdade? Esse é o direito penal em que é cominada uma pena privativa de liberdade? É isso? Não, não é isso. Não é disso que se trata. Quando eu falo de direito penal da prisão, são aqueles poucos crimes que efetivamente levam o responsável à perda da liberdade. Porque, se a gente for falar em direito penal da prisão enquanto pena privativa de liberdade, todo crime praticamente tem pena privativa de liberdade. Todo crime tem pena de reclusão, de detenção, isolada, alternativa ou cumulativamente com pena de multa. Isso é o que está lá no artigo primeiro da Lei de Introdução ao Código Penal — lembra disso? Então todo crime no Brasil tem pena de reclusão ou de detenção. A única exceção é o artigo 28 da Lei de Drogas, posse de droga para consumo pessoal.

Quando ele fala em primeira velocidade, em direito penal da prisão, são aqueles poucos crimes, pouquíssimos crimes, que inevitavelmente levam à perda da liberdade. Quem praticou um crime desses, mais cedo ou mais tarde, uma hora vai perder a liberdade. Quantos crimes a gente bota aqui? Poucos. Vai, um homicídio, um latrocínio, um estupro, uma extorsão mediante sequestro. No passado eu falava de tráfico de drogas. Hoje o tráfico de drogas é tratado com uma extrema benevolência pela jurisprudência brasileira. Tem traficante com regime aberto, com penas alternativas, enfim. Então são poucos os crimes que inevitavelmente levam o seu autor à prisão.

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez) (cont.)

O que caracteriza esse direito penal de primeira velocidade? Ele é lento e ele é garantista. Esse direito penal de primeira velocidade é um direito penal lento. Ele caminha a passos lentos, e ele é garantista. Por que ele é lento? Vem cá. Porque a liberdade do ser humano está em jogo, e, para tirar a liberdade de alguém, é preciso agir com extrema cautela. Bem jurídico mais importante: que a pessoa tenha liberdade. Então, para tirar a liberdade de alguém, é preciso agir com extrema cautela. Com extrema cautela.

E quando eu falo que ele é garantista, garantista em que sentido? De irrestrito respeito aos direitos e garantias do cidadão. Então é um direito que se pauta pelo irrestrito, pelo absoluto respeito aos direitos e garantias do cidadão, aos direitos e garantias previstos na Constituição e nas leis.

Então, gente, olha aí esse direito penal de primeira velocidade. Como o próprio nome diz, como eu já anotei, ele vai ser lento. Lento, repito, porque a liberdade está em jogo. A liberdade está em jogo. Vem cá. Para tirar a liberdade de alguém, eu preciso dar prazos dilatados de defesa, oportunidades diversas de recursos, de contestar decisões judiciais, duplo grau de jurisdição, presunção de inocência, etc., etc., etc. A liberdade está em jogo.

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez) (cont.)

Vamos pegar um exemplo de direito penal de primeira velocidade. Vamos pegar aqui os crimes de competência do Tribunal do Júri. Pensemos — acho que um bom exemplo são os crimes de competência do Tribunal do Júri. Venha comigo. Imagina: o camarada praticou um homicídio qualificado. O delegado de polícia instaura o inquérito policial. Ele vai ouvir testemunhas de acusação. Ele vai ouvir testemunhas — ele não vai qualificar como de acusação ou de defesa, vai ouvir testemunhas. Ele vai interrogar o réu. Se é um caso de tentativa de homicídio, ele vai ouvir a vítima. Vai produzir exames periciais, reconstituição dos fatos. Concluiu o inquérito policial. Ele relata esse inquérito policial e encaminha para o fórum. Lá no Poder Judiciário, vai descer um promotor. O promotor oferece uma denúncia. O juiz recebe a denúncia. Houve testemunhas de acusação, houve testemunhas de defesa, interroga o réu, pronuncia. Vai pronunciar, cabe recurso. Recorre. O tribunal mantém a pronúncia. Vai para o julgamento em plenário. Houve testemunha de acusação, houve testemunho de defesa, interroga o réu, debates orais, acusação e defesa, sentença, condenou, recurso, e assim vai.

Veja, então: chances de defesa, diversos momentos para o exercício de ampla defesa, diversos recursos cabíveis, porque a liberdade está em jogo. É preciso andar devagar, é preciso ter calma, o processo demora para terminar.

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez) (cont.)

Agora, de outro lado, o direito penal de segunda velocidade. E aqui eu vou fazer um círculo grande. Por que é um círculo grande? É um direito penal sem prisão. E por que um círculo grande? Porque, no direito penal moderno, poucos crimes levam efetivamente à perda da liberdade. A grande maioria dos crimes não acarreta prisão. A grande maioria dos crimes não acarreta prisão.

Então, quando a gente fala em direito penal sem prisão — pode anotar — é o direito penal das penas restritivas de direitos, é o direito penal da pena de multa, é o direito penal do regime aberto e de outros benefícios despenalizadores. É um direito penal em que se busca a fuga da pena de prisão. Em que se busca a fuga da pena de prisão.

Vamos falar disso. Olha, esse direito penal, se a liberdade não está em jogo, ele é rápido. Ele caminha a passos largos, a passos rápidos, porque a liberdade não está em jogo. E ele é rápido por quê? Porque ele admite a flexibilização de direitos e garantias do ser humano. Olha a palavra: eu não falei eliminação, eu falei em flexibilização de direitos e garantias do ser humano. Eu falei em flexibilização de direitos e garantias do ser humano, não falei em eliminação. Tudo bem?

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez) (cont.)

Venha comigo, chega aqui. Então, é possível flexibilizar, mitigar direitos e garantias previstos na Constituição e nas leis. A liberdade não está em jogo, dá para andar rápido. Qual é um exemplo disso? O melhor exemplo, para mim, é a Lei 9.099, de 95. Melhor exemplo aqui, para mim: nós temos, na Lei 9.099 de 95, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, nos juizados especiais criminais. Nos juizados especiais criminais. Tudo bem?

Vamos imaginar o seguinte: uma briga no boteco, uma lesão corporal leve, dois homens. Então, tiramos aí gravidade da lesão, tiramos violência contra a mulher — dois homens brigaram no bar, a polícia chega lá, pega todo mundo, leva à delegacia de polícia. Imagina: chega lá a viatura da Polícia Militar, conduz todo mundo para o distrito policial. Lá o delegado de polícia não vai instaurar sequer um inquérito policial. O que ele instaura? Um termo circunstanciado de ocorrência, um TC, um termo circunstanciado. O que é um termo circunstanciado? É mais que um boletim de ocorrência e menos que o inquérito policial. Ali ele ouve o autor do fato, ele ouve a vítima, ele ouve as testemunhas, coloca tudo no papel — pela lei. Na prática é diferente, mas, pela lei, em alguns estados — o Rio de Janeiro funciona muito assim — encaminha todo mundo ao juizado especial criminal. Então já encaminha todo mundo para o juizado especial criminal.

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez) (cont.)

Lá no juizado tem um juiz, tem um promotor, tem um defensor. E aí o que se faz? O juiz realiza uma audiência preliminar. Nessa audiência preliminar, o promotor olha ali e fala: "Bom, estou diante de uma infração penal de menor potencial ofensivo, o camarada é primário." O promotor oferece ali uma proposta de transação penal. Basicamente, o que é essa transação penal? É a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou de multa. Venha cá. Então, basicamente, é o seguinte: o promotor olha e fala: "Olha, tem representação da vítima, temos aqui o camarada, é primário, eu te ofereço uma proposta de transação penal. Você vai pagar três cestas básicas para o asilo. Você tem direito a esse benefício uma vez, e acabou. Em 5 anos você não pode ter outro, e acabou. O senhor aceita?" "Aceito."

Veja, o promotor ofereceu, ele aceitou, a defesa aceitou, o juiz homologou. Esse camarada sai dessa audiência preliminar com uma pena para cumprir, e ele não foi sequer processado formalmente. Não teve uma denúncia contra ele, não teve uma ação penal, não teve defesa, não teve contraditório, não teve nada. Ele não foi sequer acusado formalmente, e ele sai daquela audiência preliminar com uma pena para cumprir.

Mas cuidado aqui, olha aqui: não é, nunca vai ser também uma pena privativa de liberdade. Nunca será uma pena privativa de liberdade. O que vai ser? Vai ser uma pena ou restritiva de direitos ou uma pena de multa. Ou uma pena restritiva de direitos ou uma pena de multa. Nunca uma pena privativa de liberdade.

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez) (cont.)

Olha como dá para ser rápido. Mitigamos direitos e garantias do ser humano — devido processo legal, contraditório, ampla defesa, produção de provas. Mas veja, não sou eu que estou fazendo isso. A própria Constituição admite isso lá no artigo 98, inciso I, quando fala da transação penal. Pegou? Por que pode ser rápido assim? Repito, porque a liberdade não está em jogo; é um direito penal extremamente mais rápido.

O que tem de interessante aqui? Essas duas velocidades do direito penal são aplicadas pela justiça penal. Olha o ponto de diferença lá do direito de intervenção. O direito de intervenção do Hassemer é aplicado pela administração pública. É aplicado pela administração. Aqui não. Aqui as duas velocidades do direito penal, tanto o direito penal de primeira como o direito penal de segunda velocidade, são aplicadas pela justiça penal. Então não tem nada de descriminalização, despenalização, nada disso. São aplicadas pela justiça penal.

Bom, vem cá. Nós falamos de primeira velocidade, o direito penal da prisão; a segunda velocidade, o direito penal sem prisão. E essas duas primeiras velocidades são do Silva Sánchez. Fala-se também — o próprio Silva Sánchez — em uma terceira velocidade do direito penal. O que seria essa terceira velocidade do direito penal? É o nosso próximo tema. Então só vamos mencionar aqui: é o direito penal do inimigo. Aqui, na terceira velocidade do direito penal, nós temos o chamado direito penal do inimigo, o chamado direito penal do inimigo. Tudo bem? Depois, no momento certo, eu vou te dizer por que a terceira velocidade.

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez) (cont.)

Há também quem fale, só para a gente: essa terceira velocidade, então, é o direito penal do inimigo, uma criação do alemão de quem a gente falou agora há pouco, no funcionalismo, o Günther Jakobs. Jakobs, portanto, fala dessa terceira velocidade do direito penal, o chamado direito penal do inimigo. Ótimo.

Vamos lá. Fala-se também de uma quarta velocidade do direito penal. Também se aponta uma quarta velocidade do direito penal. E essa quarta velocidade do direito penal — vem cá comigo: primeira e segunda velocidades, o espanhol Silva Sánchez; terceira velocidade, o alemão Günther; mas Silva Sánchez também chama o direito penal do inimigo de terceira velocidade. A quarta velocidade é criação de um argentino. Quando se fala em argentino, todo mundo fala do Zaffaroni, né? Mas isso aqui não é Zaffaroni. Essa quarta velocidade é um argentino chamado Daniel Pastor. Daniel Pastor.

E o que seria essa quarta velocidade? É o que ele chama de panpenalismo. Ele usa dois nomes aqui: ele usa panpenalismo e ele também fala de neopunitivismo. Então essa quarta velocidade do direito penal seria aquilo que ele chama de panpenalismo ou de neopunitivismo. Vamos falar disso.

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez) (cont.)

Por que panpenalismo? Panpenalismo significa um direito penal total, um direito penal absoluto, de "pan", penalismo — direito penal total, direito penal absoluto. Neopunitivismo, uma nova forma de punir. A que ele se refere nessa quarta velocidade? Ele se refere aos crimes praticados por antigos chefes de Estado, envolvendo, por assim dizer, crimes de guerra. Então essa quarta velocidade do direito penal seria o direito penal aplicado a antigos chefes de Estado responsabilizados por crimes de guerra.

Vamos pegar um exemplo: a antiga Iugoslávia. Mas o exemplo, acho, mais marcante que ficou ali foi o do Saddam Hussein, né? Vão lá os Estados Unidos. Vi isso mais recentemente na Venezuela, mas vamos lá no Iraque do Saddam Hussein. Vão lá os Estados Unidos, compõem ali um tribunal, acusam, defendem — entre aspas —, julgam, condenam, executam Saddam Hussein e, no final, ainda derrubam a estátua dele. Lembra essas imagens? Marcou: as correntes derrubando a estátua do general, do ditador Saddam Hussein, como fim de um regime.

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez) (cont.)

Agora, o que o Daniel Pastor fala aqui? Ele vai dizer: "Olha, essa quarta velocidade do direito penal é um direito penal mais autoritário até do que o direito penal do inimigo." Então esse panpenalismo é um direito penal mais autoritário que o direito penal do inimigo. Por quê? Ele vai dizer o seguinte: "Olha, em primeiro lugar", ele diz, "esse direito penal de quarta velocidade ignora os princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal." Então esse direito penal de quarta velocidade ignora os princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal. Olha aí, os Estados Unidos chegaram lá, falaram: "Ó, Saddam, você fez isso aqui mil vezes? Mil vezes. Isso aqui caracteriza mil crimes de nome X. Eu aplico." "Poxa, mas cadê esse crime previsto em lei do país?" "Não, não tem." "Eu digo qual é a lei?" "Poxa, mas essa lei tinha que ser anterior ao fato." "Não, eu aplico agora."

Esse princípio, esse panpenalismo viola o princípio do juiz natural. Ele viola o princípio do juiz natural. O que é o juiz natural? É aquele juiz previamente competente para o processo e julgamento de um crime — competência anterior à prática do crime. Viola. Por quê? Porque esse direito penal de quarta velocidade é aplicado, na verdade, por um tribunal de exceção. Olha, os Estados Unidos chegam ali, montam um tribunal e julgam. Julgaram Saddam Hussein. É aplicado, portanto, por um tribunal de exceção.

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez) (cont.)

E mais do que isso, esse direito penal de quarta velocidade ofende o próprio sistema acusatório. O que é o sistema acusatório? Vem cá. As funções de acusar, de defender e de julgar são exercidas por pessoas diferentes, por órgãos diversos. Então, no Brasil, o MP acusa, a Defensoria Pública ou um advogado constituído efetuam a defesa, defendem o réu, e um juiz, um integrante do Poder Judiciário, julga, decide. As funções são exercidas por pessoas diversas, por órgãos diversos. Lá não: chega um tribunal de exceção, quem acusa faz uma defesa meramente formal, julga, condena, executa, e acabou. Então isso é a quarta velocidade do direito penal, esse panpenalismo, esse neopunitivismo.

Daí uma outra pergunta: será que existe uma quinta velocidade do direito penal? E uma quinta velocidade existe? Aí eu brinco. Eu não lembro. Eu nunca ouvi, eu só vi as bagunças. Mas lembra daquela música que tinha o "créu"? Créu, créu, créu, créu, créu. Lembra? Tinha lá velocidade um, era um funk, né, André? Um funkão, né? Velocidade um, velocidade dois, três, quatro e até cinco, né? O direito penal está igual o "créu": cinco velocidades.

Velocidades do direito penal (Silva Sánchez) (cont.)

Existe uma quinta velocidade do direito penal? Olha, gente, houve um tempo em que se falou um pouco disso no direito penal das redes sociais. Cada um vai criando uma coisa. Então, velocidades do direito penal, para valer, são três. São as três primeiras. Essa quarta — sim, desculpa, não quero criticar, mas aparece um argentino desconhecido e, pum, solta algo mirabolante. Mas é interessante; ele queria criar uma quarta velocidade. Parece uma forma de buscar atenção, de buscar os holofotes, mas ele cria uma quarta velocidade. Aí aparecem vários brasileiros — nada contra brasileiros, contra argentino, alemão, espanhol —, mas aparecem os brasileiros no Twitter e começam a criar a quinta velocidade do direito penal. Aí já é demais, né?

O que seria essa quinta velocidade? Falaram, na época, o seguinte — depois passaram um pouco de vergonha e pararam — que era um direito penal da presença maciça de policiais, de órgãos de segurança nas vias públicas. É essa, né? Então pegaram lá, por exemplo, na Copa do Mundo — lembra? —, nas Olimpíadas, 2014, 2016 no Brasil, tinha lá Polícia Militar, Exército, Força Nacional de Segurança Pública fazendo ali a segurança dos estádios de futebol, das arenas, nas proximidades, nas cidades. Seria uma quinta velocidade do direito, mas não tem nada a ver com a proposta do Silva Sánchez.

Seria a presença efetiva, maciça de órgãos de segurança nos ambientes públicos. Acho muito forçado.

Está bom, a gente tem aqui dois minutos. Eu não vou começar a falar de direito penal do inimigo para começar e parar. Na próxima aula, esse tema é fantástico. A gente vai falar de direito penal do inimigo, está bom? Até lá.

FECHAMENTO

ÍNTEGRA TRANSMITIDA NA AULA.

Material com a fala do professor na íntegra, revisada em português, sem acréscimo de conteúdo externo.

Fonte: transcrição integral — Prof. Cléber Masson, G7 Jurídico · Velocidades do direito penal (Silva Sánchez)



G7 JURÍDICO