

## **Ensaio acerca dos fundamentos da defesa do infrator da norma penal**

*Rafael Augusto De Conti<sup>1</sup>*

A questão mais controversa sobre a advocacia criminal, tecida por leigos e profissionais de outras áreas do saber jurídico, diz respeito à presença ou não de fundamentos éticos na defesa, por exemplo, de um marginal que roubou, estuprou e matou uma mãe jovem e trabalhadora. Que justificativa haveria para a defesa desta pessoa que o senso comum define como monstro?

O tecnicismo jurídico responderia que o agente criminoso deve ser defendido em função do princípio do devido processo legal, garantidor do contraditório e da ampla defesa. Tal resposta não está errada, mas é incompleta e não satisfaz aquele que a ouve a ponto de obter o seu assentimento racional. Nela, não há explicação dos fatores sociológicos, das ciências psi, filosóficos e econômicos que engendram a necessidade da defesa do infrator e nem da fonte do princípio aludido. Passemos, então, a buscar tais fatores e tal fonte a fim de se construir uma resposta consistente.

Se atentarmos para a raiz da palavra marginal, verificaremos que o seu significado é “a margem de”. A margem, ao lado, fora, não apenas da lei, interpretação que implicaria em outro reducionismo técnico-jurídico, mas, também, de uma condição humana de vida considerada como digna pela coletividade. Condição esta formada por diversos aspectos que variam desde a saúde financeira até a psicológica.

---

<sup>1</sup> Advogado formado pela MACKENZIE, Bacharel em Filosofia pela USP e Mestrando em Ética e Filosofia Política também pela USP.

Endereço Virtual: <http://www.rafaeldeconti.pro.br>

E-mail para Assuntos Acadêmicos: [professor@rafaeldeconti.pro.br](mailto:professor@rafaeldeconti.pro.br)

E-mail para Assuntos Consultivos: [consulta@rafaeldeconti.pro.br](mailto:consulta@rafaeldeconti.pro.br)

Acrescentando a esta linha de pensamento que o processo de individuação do sujeito durante a sua existência está atrelado a caracteres endógenos, ou biológicos, e exógenos, ou ambientais, e que estes últimos possuem peso determinante para a definição da personalidade, lógico se faz concluir que um meio violento tende a tornar uma pessoa violenta, por mais que a sua constituição fisiológica não seja propensa à agressividade. Assim, a falta, por exemplo, de uma estrutura familiar mínima e/ou um alto índice de pobreza, contribuem quase que decisivamente na constituição do caráter criminoso.

Um roubo, de modo geral, é praticado por uma pessoa que advém de um meio socialmente doente, com alto índice de criminalidade e baixas condições de vida. Um estuprador possui grande probabilidade de ter sofrido na infância abusos sexuais por integrantes de sua própria família. A grande maioria dos crimes está relacionada a deficiências estruturais das mais diversas que a própria coletividade gerou e mantém. Ou seja, quase a totalidade dos infratores estão à margem da condição digna de vida e são doentes sociais.

Uma possível objeção a este raciocínio consubstancia-se na tese de que sempre haverá o livre arbítrio para aquele que pode sofrer responsabilização criminal em face de seu estado psíquico não patológico no momento da ação delituosa. Não importa se a pessoa não teve condições de ir à escola, alimentar-se adequadamente ou que possui um histórico de violência familiar, ela tem que sofrer as conseqüências penais de suas atitudes.

Parece-me que tal pensamento deve ser relativizado. As faculdades de julgar e de agir do homem não são construídas de maneira instantânea em um presente, mas resultam de um processo lento que só é vislumbrado quando olhamos para o passado do indivíduo. Assim, aquele que teve sua personalidade moldada à base de sofrimento está condicionado a ter determinadas reações aos estímulos que recebe. Este condicionamento acarreta não em uma liberdade de escolha de ação, o que, genericamente, caracteriza o livre arbítrio, mas sim na própria impossibilidade, pelo desconhecimento do diverso, de

se tomar esta ou aquela atitude. As predeterminações inconscientes enraizadas na pessoa que vive em um meio marginal constroem modelos muito restritos de respostas, que possuem como base a agressividade, para os estímulos da vida social, principalmente para aqueles estímulos que são causa de frustração. O outro é visto pelo marginal como uma constante ameaça, como uma potencial fonte agressora.

É provável que um jovem, que desde a tenra infância sempre apanhou, não conheça a possibilidade de escolha entre o diálogo e a agressão física. Portanto, muitas vezes, o delinqüente não possui o livre arbítrio por falta de opção, pois só há um único caminho e não dois ou mais. Conseqüentemente, ele não é livre, mas está preso em apenas uma via que já é pré estabelecida pelas falências sociais. Em razão disso, faz-se necessário lhe proporcionar a educação, que as condições precárias do local em que esteve o impossibilitaram de receber, para que possa saber que existe o caminho do respeito e que o outro não necessariamente irá agredi-lo.

Os estudiosos da ciência criminal defendem o aspecto reeducativo da pena, ou seja, o aspecto que permite ao indivíduo voltar a viver em comunidade. Educação é a porta de entrada para o convívio coletivo, tendo como peculiaridade a idéia de modelação, de esculpimento do que é torto, seja ela uma educação do tipo repressora ou liberal, seja ela do tipo que busca o afastamento ou aproximação da simplicidade natural. Reeducar, portanto, significa tornar novamente reto aquilo que já o foi, mas encontra-se torto. O termo não é muito preciso, visto que a grande maioria dos infratores da norma penal nem sequer foram retos algum dia, ou seja, nunca foram educados.

Neste sentido, a punição não deve ser encarada como algo que provoque sofrimento. Ela deve ser encarada como algo que provoque esclarecimento. O sentimento de dor por uma privação muito forte, quando analisado sob o prisma das ciências psi, pode produzir resultados diametralmente opostos. É possível que ao experienciar a dor provocada pela restrição em sua liberdade, por exemplo, de locomoção, o infrator faça de tudo para que tal situação não se repita em seu futuro, abrindo-se para o aprendizado. É possível que ao sentir esta dor, ao invés do sujeito criar mecanismos de freio para seus

impulsos, ele crie um sentimento de revolta ainda maior pela piora de sua condição no mundo. Logo, pela possibilidade deste último resultado, o sofrimento do claustro deve ser evitado sempre que possível, sob pena de uma provável piora do estado psico-social do recluso.

A pena privativa de liberdade, a mais forte das espécies de pena, aplicada nos moldes da maioria dos estabelecimentos penais, mostra-se como um contra senso ao aspecto reeducativo. Ora, se uma pessoa é retirada do convívio coletivo e colocada em um ambiente onde não há relações sociais normais, e sim o isolamento destas, ela não irá se regenerar, mas, pelo contrário, poderá ter sua marginalidade social agravada e enrijecida. Como já mencionado, o fator ambiental é decisivo na educação de um sujeito. O exemplo também o é. Se o exemplo que é dado é o da não liberdade, a pessoa só irá aprender o que é liberdade por um raciocínio de negação dialética. Só que a negação que determina o conceito positivo neste caso determina um sentimento negativo. Como o homem é composto de sentimento e razão, e o equilíbrio nas atitudes se encontra na sincronização destas esferas, o preso continuará a ser desequilibrado, já que sabe racionalmente o que é liberdade, mas não pode senti-la. Além disso, quando a pessoa voltar a ser livre encontrará dificuldade em retornar para o corpo social não só pelas seqüelas mentais e muitas vezes físicas, mas, também, pelo preconceito que terá de enfrentar para conseguir um trabalho, que é uma das próprias condições de vida digna. Sem este, cria-se uma dificuldade em se estabelecer trocas e, logo, de relacionar-se na sociedade.

Privar alguém de sua liberdade mais básica e natural, que é a locomoção, é o mesmo que retirar a sua condição de ser humano, considerando-o como coisa, assim como os escravos o foram. Se o corpo é aquilo que nos permite experienciar o mundo e, portanto, construir a maneira de ser de cada um, quando reduzimos sua capacidade de absorção de fatos novos, reduzimos a capacidade da pessoa de lidar com a diferença e, conseqüentemente, com as dificuldades que a vida apresenta. Assim, após um estado passivo, vegetativo, que é o que a prisão causa no indivíduo, o mesmo, ao ter sua auto-estima reduzida, por ser tratado como coisa, e sua potência de aprender também reduzida,

em função da falta de experiências novas por vários anos, terá mais dificuldade do que antes de viver em sociedade.

Economicamente, um estabelecimento prisional, como é estruturado na atualidade, demonstra-se desvantajoso pelo alto custo de sua manutenção e pouco benefício que a sociedade recebe, já que raramente há uma recuperação do sujeito. Existe uma falsa idéia instalada no consciente de muitos cidadãos de que o rigor e o afastamento do delinqüente provoque um aumento na segurança pública. Na verdade, tal pensamento está pautado na hipocrisia de parte do coletivo que ao querer afastar um problema ao invés de resolvê-lo, justifica o claustro com uma visão educacional que mostra a repressão como meio de esclarecimento. Talvez, mais sincero seria queimar as conquistas dos direitos humanos e declarar um estado de sociedade civil mecanicista e utilitarista aos moldes do nazismo. Pelo menos assim, a realidade do mundo físico teria correspondência com o mundo cultural. Seguem-se daí duas conseqüências: i.) ao cessar a força que represa a instabilidade do infrator, esta virá a tona novamente; ii.) a violência utilizada para reprimir alimentará e aumentará a violência reprimida.

É importante frisar que não se está renegando a possibilidade de se retirar do seio social indivíduos com alta periculosidade para o coletivo. Situações há, em que a emergência é tamanha, que a reclusão temporária se justifica. O que se quer explicitar é que tal mecanismo de defesa social é tão monstruoso da maneira como é realizado na maioria dos presídios, a ponto de coisificar o sujeito, que ele se mostra como a pior alternativa para tentar a reeducação de alguém. O que se quer explicitar é que o delinqüente é uma vítima da falência de inúmeras estruturas sociais, que o delinqüente é um doente social que tem como causa de sua patologia a sua marginalização e, muitas vezes, a própria negação de sua condição humana. Desta forma, ele tem o direito de ser tratado e a sociedade o dever de tratá-lo. E isso, não apenas por um adágio humanitário, mas, também, por um utilitarismo que evita a piora de uma pessoa que retornará ao convívio coletivo.

Existem formas mais brandas de privação como as penas restritivas de direito e mecanismos que contornam a via do cárcere como a suspensão condicional da pena e a liberdade condicional. São por estas formas e mecanismos que o advogado criminal deve lutar. Luta que tem como objetivo: i.) afastar a idéia retrógrada da repressão como expressão de segurança; ii.) fazer com que o aspecto reeducador da pena passe a ter efetividade no mundo concreto assegurando o tratamento destes doentes sociais.

Após estabelecer as fundamenções relativas à sociologia, as ciências psi, a filosofia e a economia sobre a necessidade de defesa do infrator da norma penal, passemos a analisar a questão sob um prisma jurídico.

Há várias hipóteses para a formação da sociedade civil e do direito de punir. Umam tomam como premissa que a natureza do homem é boa. Outras, que é má. Tomemos a premissa avalorativa de que o homem age por instintos e pela sua necessidade de sobrevivência (posição esta que se for vista por olhos cristãos, torna a natureza humana má). Assim, a junção de nossos semelhantes em comunidade, hipoteticamente, deu-se como forma de assegurar a sua sobrevivência de maneira mais eficaz. Juntos, há a possibilidade de especialização e conseqüente aumento de eficácia na produção de meios de subsistência e de proteção contra outros grupos humanos e as intempéries da natureza. Ademais, alguns ainda dizem que existe uma afeição social que se encontra no seio da natureza humana e que até pode ser encarada como um mecanismo de adaptação evolucionista, o qual a própria espécie gerou para sua tentativa de perpetuação.

Para a união social, porém, faz-se necessário que exista uma convenção na qual cada indivíduo doe uma parte de sua liberdade no sentido de que ele terá que respeitar regras de conduta, não podendo mais agir da maneira que quiser. Ao quebrar estas regras ele atenta contra todos os integrantes do grupo ao mesmo tempo, ou seja, a coletividade. Em princípio, cada um, então, passa a ter o direito de puni-lo, pois, de maneira indireta, foi prejudicado. Prejudicado porque para se ter determinadas condutas sociais, várias vezes repressoras de tensões internas naturais, gasta-se energia (no sentido de mediação

que o ego faz entre o id e o superego). Se um indivíduo gasta esta energia para atingir finalidades comuns, é plausível que se sinta prejudicado quando outro indivíduo não gasta esta energia e usufrui, hipoteticamente, dos mesmos benefícios que o alcance dos objetivos coletivos proporciona. Só que, primeiro, os benefícios de uma finalidade comum não são por todos usufruídos e, segundo, pelas paixões humanas, alguém que recebe uma agressão sempre irá retribuí-la de modo desproporcionado, fato este que condena a “justiça com as próprias mãos”.

Não obstante, o todo, ou Estado, como ente racional que é, consegue estabelecer, ao menos em princípio, uma proporção entre a ação negativa prejudicial ao coletivo e a reação necessária para anular o seu efeito. Note-se que tal reação não deve se concretizar com outra violência, mas com a educação. Exemplificando, o pai de uma criança que foi morta a facadas, provavelmente, irá querer ver o assassino de seu filho morto, o que é natural, e o pai do assassino, provavelmente, não irá querer ver seu filho morto, o que também é natural. Como o Estado não está na relação agente-vítima de modo próximo no aspecto dos sentimentos, ele está mais apto para anular o efeito negativo do homicídio no corpo social.

É com base nestes pensamentos que podemos dizer que o direito de punir nasce da necessidade de preservação do todo, pois a preservação deste é a melhor maneira de cada ser se preservar individualmente, e dizer que sua legitimidade encontra-se no coletivo e não no singular.

O Estado, então, divide-se em duas partes, a que defende a sociedade (ou acusação) e a que julga o particular. Geometricamente, acima se posiciona o juiz ou júri, conforme o caso e, abaixo, de um lado o promotor e, de outro, estabelece-se a defesa do acusado como infrator da norma penal. Nesta relação triangular a premissa, que é inerente a todos os lados, consubstancia-se no fato de que seus representantes possuem uma capacidade de julgar que é relativa à personalidade e aos interesses de cada um, que são frutos de experiências individuais passadas e presentes no mundo. Assim, por mais que ambos os pólos diametralmente opostos busquem o justo na aplicação da pena, este

justo será, antes de tudo, uma visão particular dos fatos, da realidade. Pode ser que estas visões se tornem correspondentes. Na grande maioria das vezes não é isto que acontece, e cada pólo tentará fazer prevalecer aquilo que considera como sendo o justo.

A justiça é algo que na história do homem já foi pensada como sendo pertencente a uma esfera ideal, estando presente em qualquer lugar do globo da mesma forma, como também já foi pensada como sendo algo pertencente ao contingente, sendo diferente conforme os costumes criados em determinada região. Fiquemos com uma espécie de síntese entre estas duas correntes. A justiça é algo ideal no sentido de que deve ser buscado o menor sofrimento possível para o ser. E ela é contingente no sentido que, por cada indivíduo ser um estranho ímpar, cada um possui um tipo de sofrimento. O que se faz como justo para um não se faz para o outro.

A dialética inerente ao processo possui como função a constante verificação do que é o mais justo para o caso em análise de acordo com a máxima individuação que pode ser feita do sofrimento do acusado. Ao serem confrontados dois olhares diferentes sobre o mesmo objeto de análise, faz-se possível conhecê-lo melhor e aproximar-se daquilo que ele realmente é. Este é o porque lógico-formal do princípio do devido processo legal, garantidor da ampla defesa e do contraditório. Um outro porque, pautado na natureza humana, é que o homem tem como característica essencial a imperfeição, e, portanto, que ele é passível de erro. Neste sentido, a necessidade de se colocar um contra ponto a uma visão funciona como um verificador da posição que está mais próxima da verdade. Ademais, pode-se dizer que ele é “devido” em razão de sua necessidade e que é “legal” em razão de sua posituação que o esculpi literalmente em uma lei.

Por fim, após ter-se percorrido algumas razões que servem de fundamento para a defesa daquele que esteve e está a margem da sociedade e acreditando que foi construída uma resposta consistente à perquirição feita, resta apenas, e tão somente, a esperança de que o desejo do famoso escritor se realize um dia no espírito daqueles que julgam o infrator da norma penal: *“Desejo ... que seja tolerante, não com os que erram pouco,*

*porque isso é fácil, mas com os que erram muito e irremediavelmente, que fazendo bom uso dessa tolerância, você sirva de exemplo aos outros.”*

São Paulo, dezembro de 2005.

\_\_\_\_\_ .: \_\_\_\_\_

**PUBLICAÇÃO:** Texto originalmente publicado no JusNavigandi nº 1599 em 17.11.2007. [Visitar](#).

É PERMITIDA A REPRODUÇÃO DO PRESENTE MATERIAL, DESDE QUE SEJAM MENCIONADOS EXPRESSAMENTE OS DIREITOS AUTORAIS RESERVADOS A RAFAEL AUGUSTO DE CONTI.

**PARA CITAR:** “CONTI, Rafael Augusto De. Ensaio acerca dos fundamentos da defesa do infrator da norma penal . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1599, 17 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10667>>. Acesso em: \_\_/\_\_/\_\_\_\_”

**ADVERTÊNCIA:** As interpretações e análises constantes do presente artigo são de responsabilidade do autor, não representando a posição de nenhuma Pessoa Jurídica a que ele esteja vinculado.