

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

CLAMOR PUNITIVO CONTRA ADOLESCENTES

No último 7 de fevereiro fez um ano que João Hélio foi morto, arrastado pelo cinto de segurança do carro de sua mãe. O crime, atribuído a um grupo de cinco jovens (apenas um deles menor de 18 anos), reacendeu o debate sobre o aumento do prazo de internação para adolescentes infratores.

O projeto de Lei 2.847/2000, que aumentava esse prazo, antes arquivado em janeiro de 2007, foi rapidamente desarquivado. Logo, outros 31 projetos foram pensados àquele, alguns com proposta de aumento do prazo de internação de adolescentes para até 20 anos de idade.

Elaborou-se, em seguida, um projeto substitutivo, na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, prevendo o prazo máximo de até 8 anos de internação para quem cometer atos infracionais com violência ou grave ameaça, ou para infrações tipificadas também como crimes hediondos, sendo o primeiro relatório técnico, nesses casos, encaminhado ao Juízo apenas após 1 ano de internação. Ao mesmo tempo, esse substitutivo admitiu a internação de até 3 anos para adolescentes que pratiquem condutas de quadrilha ou de tráfico de drogas, ainda que primários. Estabeleceu também o substitutivo que o ECA poderá ser excepcionalmente aplicado às pessoas entre 18 e 26 anos de idade.

No parecer respectivo, o subscritor do substitutivo menciona que *“após a audiência com especialistas no tema”, formou “a convicção de que o período de 8 anos é compatível com o repúdio social à conduta infracional e o propósito do ECA, que é o de garantir a reeducação e consequente reinserção na sociedade daqueles que praticam atos dessa gravidade”*. Afirma ainda o parecer que esse aumento de internação não deve ser razão de polêmica, já que *“vai ao encontro do clamor da sociedade”*, com a vantagem, ainda, de evitar uma discussão maior que é aquela da redução da maioridade penal.

Por esse substitutivo, portanto, o roubo simples passa a incorrer na mesma reprimenda dos crimes hediondos. Apesar da consciente distorção criada — inicialmente o projeto defendia a ressocialização dos adolescentes —, o parecer defende que esse substitutivo, *“longe de permitir que mais e mais jovens venham a ser internados, desestimulará os mesmos a praticarem essa modalidade de infração, propiciando, ainda, uma reflexão sobre a gravidade de seus atos e as consequências deles advindas”*. E, continua o pa-

recer, *“ao saberem, como de fato saberão, que este tipo de ato infracional poderá ensejar medida de internação por até 8 anos, não tenham dúvidas de que pensarão muito antes de praticá-lo”*. Não esclarece o parecer, no entanto, como quatro dos cinco jovens que mataram João Hélio tiveram, então, coragem para fazê-lo, mesmo sabendo-se penalmente imputáveis e incorrendo em penas altíssimas.

O substitutivo, portanto, centra-se na ultrapassada e improvável idéia de que a imposição de pena maior reduzirá maniqueísticamente a quantidade de determinados crimes, como se houvesse uma relação de interdependência entre esses fatores. O aumento de pena nunca foi, não é e jamais será razão para diminuição da criminalidade. É evidente que as causas da violência e da criminalidade, passando pela efetivação de direitos sociais comumente violados no Brasil, são muito mais complexas que o raciocínio apresentado no substitutivo.

Preocupa, ainda, que a discussão do aumento do prazo de internação de adolescentes, como exposta no parecer, esteja baseada na lógica de tratar mais severamente os autores de crimes mais graves, fazendo-o como alternativa politicamente factível à redução da maioridade penal, e tudo de forma a atingir, por caminho oblíquo, aquilo que é proibido expressamente pela Constituição da República.

O substitutivo apresentado, aparentemente dirigido a alguns poucos crimes, na verdade opera grande alteração, a ponto de ensejar até que um adolescente primário, autor de um roubo simples, fique mais tempo internado do que ficaria se fosse um adulto que houvesse cometido o mesmo roubo. Ou seja, essa alteração contraria um dos pilares do princípio da proteção integral: o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso que aquele dado ao adulto.

Atente-se que, segundo pesquisa de maio de 2006 da ex-Febem/SP, 51% dos adolescentes estavam internados por roubo ou porte de arma, enquanto 14% estavam internados por crimes contra a vida e com uso de violência. Isso significa que, em São Paulo, o substitutivo ensejaria que 65% dos internos ficassem privados de liberdade por até 8 anos. Trata-se de imensa alteração que não deve passar despercebida, sobretudo para os governos estaduais que já hoje não dispõem das vagas necessárias para cumprir nossa atual legislação.

Mas, não só. O aumento do prazo de inter-

EDITORIAL:

CLAMOR PUNITIVO
CONTRA ADOLESCENTES 1

EXIGÊNCIAS PARA OBTENÇÃO
DE LIBERDADE PROVISÓRIA
E PROPORCIONALIDADE

Fernando Vernice dos Anjos 2

PESQUISA INOVADORA
OU REPRISE LOMBROSIANA

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira 3

A INCONSTITUCIONALIDADE
DA CRIMINALIZAÇÃO DO LIVRE
EXERCÍCIO DOS DIREITOS
SEXUAIS E REPRODUTIVOS:
OBSERVAÇÕES SOBRE
O PL 478/2007

Carmen Hein de Campos
e Samantha Buglione 4

A NORMA JURÍDICA INFRACIONAL

Luís Fernando Camargo de B. Vidal 6

MOVIMENTOS CONTEMPORÂNEOS
DO CONTROLE DO CRIME

Vera Regina Pereira de Andrade 7

SOCIEDADE, DESENVOLVIMENTO
E LIBERDADE: CONECTANDO
O PENSAMENTO ECONÔMICO
DE AMARTYA SEN COM O
PRINCÍPIO JURÍDICO-PENAL
DA CO-CULPABILIDADE

Eduardo Luiz Santos Cabette 9

APLICAÇÃO DA PENA
NO “CRIME REGRESSIVO”

Carlos Henrique Borlido Haddad 11

SOBRE A INIMPUTABILIDADE
DO PSICÓTICO

Domingos Barroso da Costa 12

JUIZ DECIDE

Janaina Conceição Paschoal 14

CRITÉRIOS PARA A AFERIÇÃO
DA INSIGNIFICÂNCIA EM
CRIME CONTRA A
ORDEM TRIBUTÁRIA

Paulo Henrique Aranda Fuller 15

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE:
A DISPARIDADE ECONÔMICA
ENTRE OS AGENTES DO
TRÁFICO DE DROGAS E A
INDIVIDUALIZAÇÃO DA
PENA DE MULTA

Rafael Folador Strano 18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

PROVA PENAL
E FALSAS MEMÓRIAS 1153

EMENTAS

Supremo Tribunal Federal 1155

Superior Tribunal de Justiça 1156

Tribunais Regionais Federais 1156

Tribunais de Justiça 1159

nação, além de inconstitucional, contraria ainda tratados internacionais ratificados pelo Brasil (Convenção sobre os Direitos da Criança, Regras de Beijing e Regras Mínimas da ONU para Jovens Privados de Liberdade). Todos, de forma uníssona, repetem que a privação de liberdade de adolescentes

deve necessariamente atender os princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Em suma, o substitutivo pretendido, ou seu esforço retórico, certamente viola a Constituição da República e todos os tratados internacionais que o

Brasil ratificou nessa matéria. Se isso passar despercebido pelo Poder Legislativo, certamente não será aceito, assim, passivamente, por quem, para além do mero sensacionalismo, realmente vela pela ordem constitucional e pelo Estado Democrático de Direito em nosso país.

EXIGÊNCIAS PARA OBTENÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA E PROPORCIONALIDADE

Fernando Vernice dos Anjos

O presente artigo visa analisar a proporcionalidade nas medidas cautelares de prisão e o que pode ser exigido para a obtenção de liberdade provisória. Na verdade, as duas questões se entrelaçam, pois qualquer exigência para análise de pedido de liberdade provisória só faz sentido quando a prisão cautelar for proporcional à pena que se anteveja no caso de eventual condenação.

Com efeito, incabível será a denegação da liberdade provisória, ou sua submissão a qualquer formalidade, quando o juiz perceber que irá aplicar uma reprimenda não reclusiva no final do processo. Não é concebível que uma medida cautelar (prisão) seja mais grave do que o fim que se pretende acautelar (pena restritiva de direitos ou qualquer medida diversa de prisão).

No entanto, a proporcionalidade da prisão cautelar não é observada na prática. Segundo pesquisa de **Fabiana Costa Oliveira Barreto**, em São Paulo o tempo médio de permanência de uma pessoa presa processualmente por furto e condenada à pena restritiva de direitos no final do processo é de 71,59 dias.⁽¹⁾ Assim sendo, a desproporcionalidade na prisão cautelar é a regra em nosso sistema.

Nesse contexto, é comum a exigência, por parte dos magistrados, de comprovantes de ocupação lícita e de residência para análise dos pedidos de liberdade provisória, mesmo quando a pena em perspectiva não é privativa de liberdade. Lembramos que nenhum dos dois comprovantes é exigido por lei.⁽²⁾

A exigência de comprovante de trabalho tem sua origem na redação original do Código de Processo Penal de 1941, que vedava a liberdade para qualquer preso em flagrante considerado vadio, não importando o crime imputado. Nos termos do sistema inquisitivo e autoritário reinante na época, no qual a prisão processual era a regra, justificava-se a exigência de atestado de ocupação lícita.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que instituiu o regime democrático

no qual a liberdade é a regra, carece de sentido a exigência de atestado de trabalho para análise do cabimento de liberdade provisória. Lembramos que não há mais óbice legal para a concessão de liberdade provisória para quem é considerado vadio, dada a atual redação do Código de Processo Penal. No mais, a Constituição Federal, em seu artigo 6º, prevê que o trabalho é um direito do cidadão, sendo impossível de ser imposto como um dever no momento da análise de um benefício processual.

Por outro lado, a exigência de atestado de ocupação lícita não condiz com a realidade social. Grande parte da população brasileira está desempregada ou exerce subempregos. Para imensa parcela da população seria praticamente impossível obter um atestado de emprego, o que torna injusta tal exigência.

A respeito do atestado de residência, sua exigência não é razoável quando a pena em perspectiva não for privativa de liberdade. Isso porque a pena restritiva de direitos ou mesmo a suspensão condicional do processo não exigem residência fixa para serem aplicadas. Assim, não é razoável exigir atestado de residência para a obtenção de liberdade provisória quando a pena que se busca acautelar não impõe tal exigência.

Em casos em que a pena a ser aplicada em eventual condenação for privativa de liberdade, a princípio se justifica a exigência de comprovação de residência fixa. Em qualquer caso, no entanto, não se pode olvidar da realidade social da população brasileira. De fato, expressiva parcela da população nacional vive em habitações precárias, como favelas e cortiços, sendo impossível ou extremamente difícil para essa parcela obter comprovantes oficiais de residência, como contas de água e de luz. Nesses casos, é necessário complacência do julgador na análise de eventuais comprovantes de residência juntados aos autos, pois é absurdo que uma pessoa permaneça presa meses a fio em situação que, não fosse ela miserável, poderia ser beneficiada com a liberdade provisória.

Acreditamos que uma solução para minorar a desproporcionalidade da prisão processual seria o criterioso controle judicial sobre a prisão em flagrante.⁽³⁾ De posse da folha de antecedentes do réu (facilmente obtida em segundos no cartório judicial), e do auto de prisão em flagrante, é plenamente factível ao juiz antever que eventual sanção a ser aplicada não será privativa de liberdade. Nesses casos, a prisão deve ser relaxada, sem que seja exigida qualquer formalidade, sob pena de afronta ao princípio da proporcionalidade.

Essa solução não prescinde de uma visão realista da sociedade brasileira. Os operadores do Direito, sobretudo juízes e promotores, devem agir como pessoas de seu tempo, sem impor exigências dificilmente atendíveis pela empobrecida população de nosso país, evitando-se a penalização ainda maior da miséria. Agindo assim, os operadores do direito caminharão no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, nos exatos termos do artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal.

NOTAS

- (1) **BARRETO, Fabiana Costa Oliveira**. *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 59. A autora, em excelente pesquisa de campo, fornece dados de outras capitais em que a situação é ainda pior, como Belém e Recife. Apenas em Porto Alegre a situação é sensivelmente melhor.
- (2) Geralmente a justificativa usada para se exigir tais comprovantes está na garantia de aplicação da lei penal, o que é bastante discutível, conforme se verá a seguir.
- (3) No mesmo sentido, cf. **BARRETO, Fabiana Costa Oliveira**. *Op. cit.*, pp. 119-123. A autora traz dados que atestam que esse procedimento é feito com sucesso em Porto Alegre, localidade na qual 59,1 % das prisões em flagrante por furto são relaxadas em até um dia, sobretudo por conta do princípio da proporcionalidade, no momento de apreciação da legalidade (e da constitucionalidade) da prisão em flagrante (pp. 54-55).

Fernando Vernice dos Anjos

Defensor público e mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo

PESQUISA INOVADORA OU REPRISE LOMBROSIANA

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira

Turim, 1876, **Cesare Lombroso** publica *O Homem Delinqüente*. A partir dos ventos cientificistas darwinianos da época, o médico italiano procura aplicar aos “pacientes” do sistema penal, métodos capazes de identificar características comuns e peculiares dos presos, buscando, assim, traçar e, por que não, desenhar o retrato do criminoso.

Um dos tópicos abordados por **Lombroso** é “a loucura moral e o delito entre as crianças”. Entre suas conclusões afirma **Lombroso** que “impedir a união tristemente fecunda dos alcoólatras e dos delinqüentes, que nós sabemos uma fonte tão grande de criminosos precoces, seria o único meio de fazer desaparecer o delinqüente nato, este infeliz que, segundo os fatos que relatamos, é absolutamente incurável”.

De tal posição, sugere: “e se, partindo daí, encontramos **Roussel, Barzillai e Ferri** para censurar as casas de correção, que infelizmente poderíamos chamar com justiça de oficinas de corrupção, acreditamos que haveria para o país uma imensa vantagem em fundar em seu lugar manicômios criminais, ou melhor ainda um asilo perpétuo para os menores afetados por tendências criminosas obstinadas, ou por loucura moral”.

Porto Alegre, janeiro de 2008, professores dos departamentos de Neurologia e de Genética das duas mais importantes Universidades do Rio Grande do Sul — PUCRS e UFRGS, respectivamente — propõem a elaboração de um trabalho científico de duração de dois anos no qual pretendem investigar, a partir de entrevistas com as mães, com os menores, avaliação psicológica, exame genético e ressonância magnética do cérebro, os mais variados aspectos, a fim de “explicar” o que leva um jovem a se “comportar de maneira violenta”. Têm como objeto de seu estudo 50 jovens internados na Fase — neologismo de Febem — acusados da prática de homicídio.

A polêmica é posta à mesa em um banquete de acusações de obscurantismo e de determinismo.

Estas linhas não têm qualquer cunho de opor-se à pesquisa científica ou ao necessário diálogo interdisciplinar tão esquecido no tratamento das questões criminais de nosso País. O que assusta é a justificativa e o que por trás da pesquisa, aos poucos, se desvela.

Preocupa o discurso dos pesquisadores⁽¹⁾ que dentre suas justificativas afirmam que gostariam que os resultados da pesquisa fossem utilizados para impulsionar políticas públicas de prevenção e evitar consequências, “em vez de pensar na doença, pensar na

vacina” e, para mim, a mais emblemática das afirmações, a de que “com o que se conhece até agora a situação não mudou”.

É inegável que a pesquisa “secreta”, justa possuidora de tal adjetivo já que segundo o pesquisador “mesmo se procurassem não saberiam detalhes do projeto, porque a gente não fica divulgando (...) quem tem de conhecer somos nós, as comissões científicas, os comitês de ética e os sujeitos da pesquisa”, terá como principal consequência fundamentar um discurso punitivo maior em relação aos menores que integram o sistema penal — não se fale que Fase não é sistema penal, pois é tão ou mais acre quanto.

Outro ponto sociologicamente superado que pode ser, e, não tenho dúvidas, será revisitado pela pesquisa, é o da separação entre o bem e o mal. O paradigma do bem e do mal que sustentou a ideologia da defesa social, superado pela teoria estrutural-funcionalista, postada com os fundamentos desenvolvidos especialmente por **Durkheim** e **Merton**, revigora-se. Os resultados da pesquisa que se propõe, míope no que se refere às relações de interação do sujeito com o meio social, ao que parece, correm o risco de desconsiderar a desproporção entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos à disposição do indivíduo para chegarem a tais fins.

Finalmente, ao menos para início de conversa, os pesquisadores devem estar atentos para não incorrerem no mesmo “equivoco” de **Lombroso**: “esquecer” que o fato de estar fora das grades do sistema penal não significa ser o indivíduo dócil ou não ter ele praticado delitos. Traduz, apenas, que a seletividade do direito e do processo penal não lançou contra eles a sua força; informa, tão-somente, que seus atos violentos e seu desrespeito à lei não foram identificados pelo ogro penal.

Para concluir, cumpre relembrar a profética previsão de **Lombroso**, que no fim do prefácio da quarta edição da referida obra afirma: “Talvez de minha obra não reste em breve pedra sobre pedra, mas a idéia que lhe deu origem, pouco a pouco transmitida e revigorada por esses pensadores, cursores qui vitae lampada trahunt, esta idéia não perecerá.”

NOTA

(1) Entrevista concedida ao *Jornal Zero Hora*, em 28 de janeiro de 2008, fl. 4.

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira

Advogado, professor universitário e conselheiro fundador do IBCCRIM



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2007/2008

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

1ª VICE-PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

2ª VICE-PRESIDENTE: Theodomiro Dias Neto

1º SECRETÁRIO: Carlos Alberto Pires Mendes

2ª SECRETÁRIA: Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

2ª TESOUREIRA: Sílvia Helena Furtado Martins

CONSELHO CONSULTIVO:

Carlos Vico Mañas

Marcio Bártoli

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maurício Zanoide de Moraes

Tatiana Viggiani Bicudo

COORDENADORES-CHEFES:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Carina Quito

CURSOS: Cristiano Avila Maronna

COMUNICAÇÕES: Renato Sérgio de Lima

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Guilherme Madeira Dezem

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Heloisa Estellita

NÚCLEO DE PESQUISAS: Jacqueline Sinhorotto

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM

junto ao Olapoc:

Flávia D'Urso,

Glauber Callegari

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS: Juliana Garcia Belloque

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

CONVÊNIOS: André Augusto Mendes Machado

HISTÓRIA: Roberto Maurício Genofre

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Renata Flores Tibyriçá

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vítto

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Andrei Koerner

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Rui Stoco

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO LIVRE EXERCÍCIO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: OBSERVAÇÕES SOBRE O PL 478/2007

Carmen Hein de Campos e Samantha Buglione

Historicamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres têm sido objeto de regulação formal e informal. No campo da regulação formal, o Direito tem sido utilizado para controlar o desejo e o direito das mulheres de determinar quando, como e quantos filhos ter. A criminalização do aborto é a forma mais usual em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.⁽¹⁾ No entanto, a lei punitiva incide, diferentemente, sobre mulheres e homens. São as mulheres pobres, de baixa escolaridade e socialmente vulneráveis as que mais sofrem as consequências do proibicionismo.⁽²⁾ Contrariamente, o corpo masculino não está sujeito a qualquer regulação jurídica que impeça o pleno exercício de sua sexualidade e de sua procriação.

O Projeto de Lei 478/2007, de autoria dos deputados Luiz Bassuma e Miguel Martini, que estabelece o Estatuto do Nascimento, é mais uma tentativa de regular o corpo feminino através da criminalização de todas as formas de aborto. Ao estabelecer o direito de vida desde a concepção, o projeto pretende não só criar um novo conceito de pessoa como revogar todas as possibilidades de autonomia reprodutiva das mulheres, ao arrepio da Constituição e dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

O recurso discursivo utilizado é transformar o feto em um ser autônomo, independente do corpo feminino. Entretanto, se a mulher quiser recorrer ao aborto ela será punida. A criminalização do aborto representa, então, não a pretensão autonomia do nascituro como objetivam os autores do PL, mas o reconhecimento da íntima ligação do feto ao corpo feminino.

Resumidamente, o PL 478/2007 estabelece proteção integral ao nascituro (art. 1º), eleva-o à condição jurídica de pessoa (art. 2º), reconhece sua natureza humana desde a concepção e o protege através do “*estatuto, da lei civil e penal*” (art. 3º).

O projeto é inconstitucional porque estabelece uma concepção de pessoa fundada em uma perspectiva religiosa, violando o princípio da liberdade de consciência e da laicidade do Estado. Pessoa é uma categoria moral. A afirmação de ser o nascituro pessoa humana só é possível a partir de determinada concepção moral, crença ou ponto de vista. Ao impor uma concepção que não é compartilhada pelos vários sujeitos morais e de direitos, ele fere os princípios, direitos e garantias fundamentais

que asseguram a liberdade de crença, pensamento e igualdade. Não há problema em o Estado adotar uma definição de pessoa, desde que essa não impeça o exercício da liberdade de crença e pensamento.

A delicadeza do tema exige ponderação de perspectivas. Ocorre, entretanto, que o Projeto tenta impor uma moralidade hegemônica. Critica-se não as possibilidades de proteção à vida do feto, mas o fato de violarem os direitos fundamentais das mulheres e vincularem o Estado a uma moral religiosa específica.

Se há consenso científico na Biologia e na Medicina é sobre a condição do feto como um estágio do desenvolvimento celular, e a vida como um processo de auto-produção contínuo e infinito. Considerar o feto ou um estágio desse processo evolutivo da vida humana como pessoa é admitir uma única concepção válida.

A Constituição reconhece a inviolabilidade do direito à vida. No entanto, o direito à vida e a vida como um bem juridicamente protegido pela Constituição são fenômenos distintos. O direito à vida supõe a titularidade para seu exercício que, como todos os direitos, está restrita à pessoa humana, enquanto que a proteção da vida inclui o direito daqueles que não alcançaram esta condição. Ademais, apesar de seu caráter constitucional, a vida não possui valor absoluto, devendo ser ponderada com outros valores, princípios e direitos constitucionais.

A vida humana transcorre em diversas etapas e goza de diferente proteção jurídica. O ordenamento jurídico ao outorgar proteção ao nascituro não o faz no mesmo grau e intensidade que à pessoa humana. Tanto é assim, que o Código Penal sanciona com maior rigor o homicídio e o infanticídio e, em menor grau, o aborto. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC 84.025/RJ (04.03.2004),⁽³⁾ em cujo voto, o ministro **Joaquim Barbosa** garantiria o direito à interrupção da gravidez em um caso de feto anencefálico. No mesmo sentido, a Suprema Corte da Colômbia⁽⁴⁾ estabeleceu distinção entre o direito à vida e a proteção da vida reconhecendo que a proibição de todas as formas de abortamento violava os direitos humanos e constitucionais das mulheres colombianas. Portanto, afirmar que o nascituro, em todo o seu processo de desenvolvimento, deve ter seus direitos reconhecidos no mesmo grau que os direitos de uma criança ou uma mulher, é

ignorar elementos básicos da personalidade como: a) capacidade de viver a vida, b) consciência, c) nascimento com vida, d) participação em uma comunidade política, e) registro de nascimento, entre outros que diferenciam o pertencimento à espécie da categoria pessoa.

Além disso, o conflito entre a vida humana e a liberdade é hipotético e só faz sentido em democracias constitucionais que asseguram a liberdade de crença, inclusive a de conceber o feto como pessoa. Na verdade, estão em disputa diferentes concepções e crenças decorrentes de um mesmo direito fundamental: a liberdade.

Inconstitucional, ainda, o artigo 13 do PL, ao dispor que o nascituro, fruto de violência, não sofrerá qualquer discriminação e terá prioridade de acesso à saúde,⁽⁵⁾ pois institucionaliza a violência sexual, a tortura e a subjugação do sujeito feminino, violando os direitos fundamentais à saúde física e mental, à liberdade, à dignidade e à autonomia reprodutiva das mulheres, expressos na Constituição e em tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.⁽⁶⁾ O Comitê de Direitos Humanos da ONU, no caso *K.L. v. Peru* (2005),⁽⁷⁾ afirmou que o Estado do Peru violou os direitos humanos de *K.L.* e a submeteu à tortura ao negar-lhe acesso ao aborto terapêutico, em caso de um feto anencefálico decorrente de estupro.

Por fim, tem-se que o poder do legislador em matéria penal encontra seu fundamento e limite na Constituição. Assim, mesmo sendo titular da capacidade de configuração normativa, em política criminal, este poder não é absoluto. A constitucionalização do Direito Penal impede o legislador de criar normas que violem os princípios e garantias fundamentais.

Os direitos reprodutivos das mulheres são direitos fundamentais — base da dignidade humana — e, portanto, não estão sujeitos à revogação infraconstitucional. Por isso, a criminalização de todas as formas de aborto não está autorizada constitucionalmente.

NOTAS

- (1) *The World's Abortions Law*, Center for Reproductive Rights, Nova York, 2007.
- (2) As mulheres com poder aquisitivo podem exercer sua autonomia reprodutiva sem incidir em crime, realizando o aborto, por exemplo, em um país onde é autorizado. Nesse caso, não haverá crime por força da aplicação do princípio da extraterritorialidade (“b”

COORDENADORES REGIONAIS:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):

João Guilherme Lages Mendes

2ª REGIÃO (AC, AM e RR):

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3ª REGIÃO (PI, CE e RN):

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª REGIÃO (PB, PE e AL):

Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (BA e SE):

Wellington Cesar Lima e Silva

6ª REGIÃO (RJ e ES):

Márcio Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):

Ricardo Guinalz

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Carina Quito

COORDENADORES ADJUNTOS:

Andre Pires de Andrade Kehdi,
Caroline Braun, Cecilia Tripodi,
Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana
e Renato Stanzola Vieira

"A relação completa dos colaboradores do Boletim do IBCCRIM encontra-se em nosso site."

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas
Tel./Fax (11) 6215-3596
E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: Ativa/M - Tel. (11) 6602-3344

"O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas."

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

TIRAGEM: 15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Administrativo Financeiro	2
Comunicação e Eventos	3
Biblioteca	4
Diretoria/Presidência	5
Internet	6
Secretaria	7
Núcleo de Pesquisas	8
www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e boletim@ibccrim.org.br	

do § 2º do artigo 7º, do Código Penal).

(3) O HC 84.025/RJ foi prejudicado pela ocorrência do parto durante o julgamento do writ. O ministro **Joaquim Barbosa** argumentou que não havia proteção penal para feto inviável e que a liberdade e a autonomia reprodutiva feminina eram direitos fundamentais a serem respeitados.

(4) Decisão C-355-2006.

(5) "Art. 13 - O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes: I - direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante; II - direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos; III - direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento."

(6) Menciona-se, particularmente, a Convenção para a Eli-

minação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e sua Recomendação Geral Nº 24.

(7) *K.L. v Peru - Communication No. 1153/2003*: Peru. 22/11/2005. CCPR/C/85/D/1153/2003.

Carmen Hein de Campos

Mestre em Direito pela UFSC, mestre em Direito pela Universidade de Toronto (Programa Direito à Saúde Sexual e Reprodutiva) e advogada visitante no Center for Reproductive Rights, Nova York

Samantha Buglione

Mestre em Direito pela PUC/RS, doutoranda em Ciências Humanas pela UFSC e professora de bioética e direito na Univali/SC

PARTICIPE POR ACREDITAR

FORUM ONLINE IBCCRIM

Continuamos dando sequência à programação do **FORUM ONLINE IBCCRIM**. Toda quarta-feira, sempre às onze horas da manhã (horário de Brasília), o associado, pelo Portal do Instituto na Internet, pode acessar com exclusividade esse espaço de debates científicos e acadêmicos. É a sua oportunidade de, como associado do **IBCCRIM**, encontrar-se com especialistas especialmente convidados para nossos encontros, levando-lhes suas perguntas, pontos de vista e questionamentos, e tudo em tempo real e com a mediação do próprio Instituto. Veja, abaixo, nossa programação para os próximos encontros já confirmados:

- 5/3/08: **Maria Lúcia Karam** (juíza aposentada), conversando sobre "A Violência e a Cidade do Rio de Janeiro".
- 12/3/08: **Alessandra Teixeira** (mestre e doutoranda em Sociologia pela USP, pesquisadora do sistema de Justiça e presidente da Comissão do Sistema Prisional do **IBCCRIM**), conversando sobre "O PCC e a Política Prisional Brasileira na Contemporaneidade".
- 19/3/08: **Geraldo Prado** (desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e professor adjunto de Processo Penal na Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá), conversando sobre "O Sistema Acusatório e o Processo Penal Brasileiro".
- 26/3/08: **Kenarik Boujikian Felipe** (juíza em São Paulo e ex-presidente da Associação Juízes para a Democracia), conversando sobre "A Situação da Mulher Encarcerada".
- 02/04/08: **Ana Sofia Schmidt de Oliveira** (procuradora do Estado em São Paulo; ex-coordenadora-chefe da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP), conversando sobre "Vitimologia".
- 09/04/08: **Mariângela Gama de Magalhães Gomes** (professora doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP; ex-coordenadora-chefe do *Boletim IBCCRIM*; presidente da Comissão sobre o Código Penal do **IBCCRIM**), conversando sobre "O Valor da Jurisprudência Criminal".

LEMBRE-SE: QUARTA-FEIRA, SEMPRE ÀS ONZE, É O FÓRUM QUE VAI ATÉ VOCÊ.

V CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU

O Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), reunirão uma vez mais professores portugueses e brasileiros, para discussão de teses na área do Direito Penal Econômico.

Professores do IDPEE: Cláudia Maria Cruz Santos, Jorge de Figueiredo Dias, Nuno Brandão, Manoel da Costa Andrade e Susana Aires de Sousa.

Professores do IBCCRIM: Andrei Z. Schmidt, Carolina Yumi de Souza, Celso Sanchez Vilardi, Heloisa Estellita, Hugo de Brito Machado, Luis Eduardo Martins Ferreira e Marcelo Moscolgiato.

O Certificado do Curso Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e Europeu será conferido pela Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito do Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu.

Início das inscrições: Março/2008

Valores: R\$ 2.700,00 para associados e R\$ 3.200,00 para não-sócios

Formas de pagamento: Cartão de Crédito (parcelamento até 6 vezes - março: 6 vezes, abril: 5 vezes, junho e julho: 3 vezes), Boleto Bancário (à vista), Empenho (a inscrição será confirmada após recebimento da Nota de Empenho).

Aguardem em breve outras informações!

Contato: www.ibccrim.org.br ou na Seção de Produção Científica - Rua XI de Agosto, 52 - 3º andar - Centro - São Paulo - SP - Tel./Fax: (11) 3105-0109 / Tel.: (11) 3105-4607 ramal 140/144

A NORMA JURÍDICA INFRACIONAL

Luís Fernando Camargo de Barros Vidal

I
A norma jurídica, o define **Goffredo Telles Junior**, é um imperativo *autorizante*.⁽¹⁾

Imperativa porque impõe um dever qualquer às pessoas, como o *não matarás* apenado com a reclusão própria da norma penal, ou como o dever civil de indenização àquele que causa dano a outrem.

Explica **Maria Helena Diniz** que a idéia de autorização supera a compreensão da norma como imperativo *atributivo*, e mesmo antes como imperativo *coativo*. Na esteira do ensinamento de **Goffredo Telles**, explica ela que a norma jurídica permite ao lesado exigir o cumprimento da norma ou a reparação do mal causado.⁽²⁾

Autoriza, pois, a imposição da sanção, definida esta como a consequência da violação da norma jurídica.⁽³⁾ Nada mais que relação de causa e efeito, ou de consequência, de caráter cultural e normativo. O termo sanção designa a consequência da violação de determinada obrigação jurídica. Não se trata, exclusivamente, de pena criminal.

Fundamental observar que a norma completa compreende aquilo que manda e aquilo com que sanciona o descumprimento. Mas, como ensina **Goffredo Telles Junior**,⁽⁴⁾ pode ocorrer que o mandamento e a sanção estejam expressos em artigos diferentes da norma.

Convém anotar a observação de **Lourival Vilanova** de que nem sempre está a proposição normativa em toda a sua integridade num só artigo de lei ou decreto, nem sempre toda uma norma se encontra presente num dispositivo da Constituição ou de um estatuto de ente público ou privado.⁽⁵⁾

No tema de ato infracional, o art. 103 do ECA o define como o comportamento considerado pela lei como crime ou contravenção. Mas, dispõe o mesmo Estatuto em seu art. 112, que à prática do ato infracional corresponderá medida sócio-educativa, e não a pena prevista em cada dispositivo legal violado. Disto deduz-se, com meridiana clareza, que o dever jurídico é descrito num dispositivo legal, e a consequência ou sanção decorrente é prevista noutro.

A rigor, todo o vasto universo de comportamentos proibidos pela lei penal, constituído conforme o princípio da legalidade em vários códigos e leis esparsas, reduz-se a poucas hipóteses de sancionamento previstas num único diploma legal, que é o ECA.

Assim, a norma pode ser entendida de acordo com a seguinte estrutura. Prescreve de modo imperativo um dever genérico de abstenção da prática de atos definidos

em lei como crimes ou contravenções, o que significa impor a cada adolescente sujeito de direitos o dever de não praticar tais comportamentos. Dada a violação de tal dever, a norma autoriza a imposição de determinada consequência, certa sanção. A sanção corresponde a quaisquer das medidas sócio-educativas previstas no ECA.

O comportamento prescrito, encontra-se na lei penal. A sanção autorizada encontra-se no ECA. Tal é a norma jurídica de que cuidamos, fruto da conjugação de prescrição e sanção fixadas em diversos artigos de lei, e mesmo em diplomas legais diferentes.

Assim, temos que o direito da infância e da juventude tem por objeto uma norma jurídica composta de proibições descritas na lei penal e sanções autorizadas no ECA, o que em sua unidade confere natureza diferenciada em relação às classes de normas jurídicas. Podemos perfeitamente definir esta espécie de norma jurídica como infracional, posto que não se confunde com as demais e se constitui de modo autônomo.

Tal é a norma jurídica infracional. À toda evidência, ela não tem conteúdo meramente retributivo.

II

Caracterizar a norma como infracional implica reconhecer-lhe dignidade.

A figura do ato infracional em si é de assento constitucional, pois é o art. 227, § 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que se refere primeiramente a tal categoria. Relaciona-a imediatamente às garantias processuais especificadas e regidas por legislação tutelar específica.

No arranjo sistêmico constitucional, o ato infracional integra-se indubitavelmente com a previsão de aplicação extremada de medida privativa de liberdade sujeita às garantias da excepcionalidade e brevidade, conforme o inciso V do § 3º do art. 227, e à garantia da imputabilidade estabelecida pelo art. 228 da Carta Política.

Daí se depreende, já no plano constitucional, e independentemente do conceito legal, que a categoria ato infracional se caracteriza como ilícito sancionável com rigor afletivo, mas não penal.

As palavras, aqui, têm expressivo significado.⁽⁶⁾ Referimo-nos a ato ilícito sancionável com rigor afletivo, e não a ilícito penal sancionado de forma diferenciada.⁽⁷⁾

Prova disto é que no inciso V do § 3º do art. 227 da CF, a norma se refere à privação da liberdade como *medida*, ao passo que no inciso XLVI do seu art. 5º, ao dispor sobre a individualização e modalidades de retri-

buição imponíveis aos adultos, emprega o termo *pena*.

A sanção, genericamente designada pelo texto constitucional como *medida*, é denominada como sócio-educativa (no ECA), sobre a qual dispõe o Capítulo IV do Título III.

Importa aqui destacar o sentido comunicacional da opção normativa, que é antes de tudo política. Recusa-se, no final de contas, a rotulação do agente adolescente como criminoso, e sobretudo sua abordagem como criminoso.⁽⁸⁾ Recusa-se o mero retributivismo penal.

Não há, dentre a generalidade dos países latino-americanos e europeus, algum com organização constitucional semelhante e conteúdo comunicativo semelhantes ao brasileiro.

A boa dogmática sobre o Direito Penal juvenil que se colhe lá fora, aqui não se ajusta ao texto constitucional.⁽⁹⁾

III

Caracterizar a norma como infracional, reconhecendo-lhe dignidade própria e consequentemente conteúdo comunicacional privilegiado,⁽¹⁰⁾ não a priva dos cuidados da legalidade.

A norma jurídica infracional se constrói a partir da norma penal, a cujo preceito primário se equipara.

Este processo de empréstimo não é gratuito. Explica-se na evolução histórica pela superação do paradigma protetivo, para o que a noção de legalidade é o instrumento elementar da transformação.

Foi abandonado o conceito de conduta anti-social em favor da equiparação ao crime ou contravenção. Sai o conceito aberto e vago, entra o *nullum crime sine lege*.

A adoção do princípio da legalidade traz consigo todas as garantias e métodos do Direito Penal, próprios da sua interpretação e aplicação, dentre os quais tem relevo a culpabilidade, a proporcionalidade e o devido processo.

Daí que, tudo quanto não é permitido impor ao adulto conforme as regras do direito penal, não é possível impor ao adolescente conforme as regras do direito da infância e juventude.⁽¹¹⁾

Dizer da garantia da legalidade ou mais amplamente do Direito Penal limite ou garantia à intervenção estatal,⁽¹²⁾ dada a sua conexão com o preceito primário da norma infracional, não significa, pois, reduzir esta àquela em quantidade ou qualidade.

A norma jurídica infracional persiste, assim, com sua particular dignidade estrutural.⁽¹³⁾

IV

Disto resulta que, a nosso ver, é um equívoco denominar o âmbito de estudo e aplicação do ato infracional como direito penal juvenil.

A estrutura da norma jurídica não o permite. Também o sentido comunicacional do arranjo constitucional brasileiro sobre a adolescência não o permite.

O direito penal juvenil não está na abordagem sócio-educativa do adolescente, mas na imposição de penas particularmente individualizadas ao jovem penalmente imputável mas ainda no limiar da vida adulta, hoje desprotegido pela limitada atenuante de menoridade relativa.

As gradações de responsabilidade são possíveis onde o sistema se estrutura com o mesmo paradigma; naquilo em que o ordenamento projeta sistema e paradigmas distintos, o que é possível e desejado é harmonizar.

Porém, repita-se, isto não significa recusar a legalidade e o Direito Penal como limite de intervenção estatal em todas as fases da abordagem sócio-educativa, com

forte e necessário conteúdo garantista que nem mesmo a lei por si só e a prática penal na sua generalidade concebem aqui ou lá fora, especialmente para os clientes do sistema penal, aos quais não convém reduzir os adolescentes por açodado acesso ao Direito Penal.

NOTAS

- (1) *Estudos*, Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 10. O conceito originariamente foi desenvolvido em *O Direito Quântico*.
- (2) *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*, Ed. Saraiva, pp. 121-124.
- (3) *Goffredo Telles Junior*, ob. cit., p. 32.
- (4) Ob. cit., p. 34.
- (5) *Lógica Jurídica*, José Bushatsky Editor, 1976, p. 113.
- (6) Ressalve-se que já tivemos a oportunidade de afirmar do ato infracional mero eufemismo jurídico de delito (*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 18, 1997). De certo modo, nem se pode dizer que estas linhas retificam aquela posição. Trata-se de outra ótica de análise, com objetivos distintos. Ali pretendia-se a defesa ao ataque conservador, aqui não.
- (7) Este é o termo empregado por *Karina Batista Spasato* na excelente monografia *O Direito Penal Juvenil*, Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- (8) A propósito, é de se notar a parte final do art. 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

- (9) Na essência das coisas, nossa Constituição rompeu com a herança das práticas jesuítas de impor aos curumins os ônus da Conversão dos gentios. Isto havemos de defender das persistentes práticas memoristas, mas também das práticas penais.
- (10) Este conteúdo comunicacional privilegiado se constrói a partir dos fundamentos das Regras de Beijing, especialmente o item 1.2.
- (11) Esta é a recomendação do item 56 da Normas de Riad.
- (12) Na doutrina portuguesa, esta é a percepção de **Ana-bela Miranda Rodrigues** e **Antônio Carlos Duarte-Fonseca**, em *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, 2003. Vide ainda, o último autor, em *Internamento de Menores Delinquentes*, Coimbra Editora, 2005.
- (13) **Paulo Afonso Garrido de Paula** oferece interessante abordagem sobre outra ótica para concluir no mesmo sentido pela existência de autonomia do Direito Especial. Tendo em vista as conexões do Direito Especial com o Direito Penal, e depois de afirmar que as sanções são medidas de garantia da subordinação aos comandos jurídicos, o autor esclarece que os princípios da excepcionalidade, brevidade e respeito à condição peculiar conferem distinção (*Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 44).

Luís Fernando Camargo de Barros Vidal

Juiz de Direito em São Paulo

MOVIMENTOS CONTEMPORÂNEOS DO CONTROLE DO CRIME⁽¹⁾

Vera Regina Pereira de Andrade

Decifrar e compreender os movimentos contemporâneos do controle do crime é tarefa, a um só tempo, fundamental e desafiadora, que se inscreve, sem pretensões de exclusividade, no marco da Criminologia assumida como saber crítico do controle penal. De fato, tal tarefa requer um diálogo densamente transdisciplinar, uma escuta polissêmica ininterrupta ao conjunto de saberes que conjugam esforços para a compreensão das transformações sociais em sentido lato, eis que aqueles guardam com estas uma conexão funcional que lhe imprime sentido e condiciona o desenho, interativamente. Destarte, desde há muito a Criminologia deixou de ser uma ciência da criminalidade e de exercer o monopólio do saber solitário sobre ela, para se reconhecer, num esforço compartilhado mais modesto, como uma das Ciências Sociais que concebe a criminalidade como uma construção social resultante da interação continuada entre os processos de definição, seleção e estigmatização realizados pelo controle social formal ou penal (Legislativo-lei-policia-Ministério Público-Judiciário-prisão-Ciências Criminais-sistema de segurança pública-secretarias e Ministérios de Justiça e constelações auxiliares) e o controle social informal (família-escola-universidades-mídia-religião-

moral-mercado de trabalho-hospitais-manicômios-internatos-asilos-grupos paramilitares de extermínio-pena privada) e funcionalmente relacionados às estruturas sociais.

Compreender o controle é buscar compreender, portanto, como as sociedades se mantêm e transformam, como constituem a identidade de seus sujeitos (subjetividades), como constroem a linha divisória entre a normalidade e o desvio, a cidadania e a criminalidade, a ordem e a desordem. Ser um(a) criminólogo(a) de raiz crítica, é, portanto, escutar as demandas da (des)ordem.

No senso comum do capitalismo globalizado sob a ideologia neoliberal (doravante CGN), domina uma leitura da criminalidade violenta de rua como sendo o grande inimigo causador da insegurança individual e coletiva, responsável pela arquitetura de uma sociedade tão encarceradora quanto encarcerada. O medo, que vira medo do crime, e a insegurança, que vira insegurança contra a criminalidade, aparecem, pois, como a base da grande demanda por segurança pública, cujo sistema se torna o mais hipertrofiado do CGN e acarreta a saturação punitiva das agências policial (civil e militar) e prisional.

A equação “aumento e alarma (midiático) da criminalidade — demanda por segurança expansão do controle penal”

obedece às ilusões da infância criminológica (Criminologia positivista) em que se acreditava no Papai Noel (sistema penal) distribuindo presentes (combatendo e reduzindo a criminalidade e promovendo segurança).

Esta ilusão, radicalmente desconstruída na maturidade criminológica (Criminologias críticas), cresceu, no entanto, maliciosamente, pois, despindo-se da ingenuidade da fantasia infantil, sobreviveu na nudez aberta do mercado econômico, político e midiático — tornando-se um produto: uma ilusão lucrativa com a mais-valia da dor e da morte (dos controlados, nas masmorras prisionais; dos controladores, sobretudo policiais; das vítimas, sem respostas positivas do sistema; dos familiares de autores e vítimas). Este mercado polifacetado e internamente cúmplice, sabe que o Papai Noel não existe, mas sua missão é exatamente perpetuar o ilusionismo.

O argumento que desejo desenvolver aqui é, em sentido oposto ao enunciado, o seguinte: os condicionamentos da expansão do controle penal, do Estado penal onipresente, que é um inegável fenômeno planetário (desenvolvido inicialmente nos Estados Unidos e Europa, se globalizando por uma espetacular operação de *marketing* ideológico), não devemos buscá-los, como nos discursos do poder oficial e do

senso comum, na suposta expansão da criminalidade, mas no amplo quadro de transformações conhecidas pelo nome de globalização, centralmente na dualidade Mercado onipresente e excludente x Estado econômico, soberana e socialmente ausente mas penalmente onipresente.

Tal expansão é de extrema complexidade e não pode ser captada senão como um conjunto de tendências, parcialmente visíveis, parcialmente cegas, como característico de todo tempo de grandes transformações. Tais tendências, que apresentam identidades e diferenças no centro e na periferia do capitalismo, apontam para um movimento simultâneo de:

a) expansão quantitativa (maximização) do controle, b) minimização das garantias penais e processuais penais, c) continuidade combinada com redefinição de métodos, dispositivos, tecnologias de controle.

Grosso modo, o controle penal do CGN está às voltas, simultaneamente, com os problemas de estabilização da ordem e de controle da criminalidade (de limites confusos e superpostos) gerados-agravados, por um lado, por um quadro crescente de desemprego, de aumento da pobreza e da exclusão social, de individualismo e intolerância para com o “Outro”, traduzido no “regime do excesso” (Alessandro De Giorgi), excesso de pessoas tratadas como verdadeiro lixo humano, o excedente da economia de mercado globalizada. Este é o campo de maior visibilidade social, construído como o campo da marginalidade, desordeira-criminal, que requer limpeza, varredura, esconderijo, eliminação.

É precisamente o campo, já referido, causador do medo e da demanda (das elites contra os pobres e excluídos) por segurança (dos seus corpos e do seu patrimônio), e para o qual converge — reforçando a secular seletividade classista do sistema penal — a ação repressiva do sistema, a expansão criminalizadora em todos os níveis, particularmente policial e prisional, o aprisionamento em massa, a hipertrofia da prisão cautelar e a redução progressiva e aberta das garantias jurídicas.

É neste campo que têm lugar as tecnologias eletrônicas de controle, bancos de dados, pulseiras e toda gama de objetos para o monitoramento de presos. É neste campo que se teoriza acerca do “Direito penal do inimigo” (Günther Jakobs), a antecipação da tutela penal, o fortaleci-

mento dos crimes de perigo. É neste campo que se redefinem as funções da prisão, da ressocialização para a neutralização e o isolamento. É neste campo que se fala da passagem do “controle disciplinar” para o “controle atuarial” (De Giorgi).

Aqui radica a construção, pelo sistema penal, dos velhos e novos inimigos internos e externos da sociedade, e que se dá em torno da (velha) pobreza e da exclusão, centralmente da droga, do terror e das nacionalidades: ladrões, desocupados, sem terra, piqueteiros, traficantes, terroristas, imigrantes. Trata-se da “bifurcação” dura (Stanley Cohen) do controle penal.

Por outro lado, no entanto, no outro pólo da acumulação e da superacumulação do capital, geradora de uma espetacular economia e instituições criminógenas, embora também se

fortaleça e visibilize a demanda por punição, permanece e se agrava a impunidade das elites, dos estratos altos, altíssimos e médios, com responsabilidades abrigadas em Estados, instituições, empresas transnacionais, de múltiplo espectro e condutas criminais (contra a natureza, o sistema de saúde, o sistema político, a ordem econômica e tributária, o consumidor, o trânsito etc.).

Este campo, que traduz, já não um sentimento generalizado de medo, mas um sentimento difuso de indignação contra a desigualdade social e a seletividade penal (sobretudo contra a impunidade da “criminalidade de colarinho branco”), circunscreve uma demanda, também difusa, pela compensação da seletividade e injustiça e aglutina algumas respostas instrumentais do sistema, sobretudo provenientes da Polícia e do Ministério Público federais, mas aglutina, sobretudo, respostas simbólicas, na forma de criação de leis penais, modelos ditos minimalistas, como penas alternativas, juizados e jurisprudências especiais, tribunais penais internacionais. Trata-se da “bifurcação” branda do sistema. Fala-se então da legitimidade de um “Direito Penal de duas Velocidades” (Silva Sanchez).

O controle penal do CGN vai se caracterizando, desta forma, por um caminho de dupla via metódica (núcleo duro traduzido na prisão, crescentemente cautelar e sem garantias, para os estratos baixos e os não estratos x núcleo brando, traduzido na imunização ou penas alternativas para os estratos altos, altíssimos

mos e médios), que só faz reforçar sua secular seletividade estigmatizante. Trata-se, portanto, de uma duplicidade metódica, com unidade funcional: o “caminho único” e onipresente do Mercado neoliberal, encontra seu equivalente funcional no caminho também único e onipresente do controle penal neoliberal: todos os caminhos continuam levando os mesmos e os definidos como similares à prisão e à morte, no confronto cada vez mais bélico e militarizado em que vem se convertendo, e na teia, cada vez mais emaranhada, entre controle social formal e informal, entre pena pública e privada.

Em meio às demandas pela punição da desordem, da pobreza e da riqueza, exsurtem múltiplas demandas por proteção de bens e direitos através do sistema penal, que enaltecem tanto necessidades, valores e ideologias de que são portadores indivíduos atomizados, quanto reunidos em classes, grupos, movimentos, coletividade; tanto subjetividades individuais quanto coletivas (demandas étnicas, ecológicas, feministas, da sexualidade) fortalecendo, mais do que nunca, o poder do Papai Noel, e agudizando a relação, mal resolvida, entre infância e maturidade.

Todos estes movimentos do controle penal se traduzem num conjunto também complexo de reformas penais, processuais penais e penitenciárias, aparentemente contraditórias e superpostas, como na sociedade brasileira da “redemocratização”, que tecem a trama, só aparentemente anárquica, do controle penal. O emaranhado integra, por sua vez, o universo da política como espetáculo, cujo centro é ocupado pela política criminal, na ausência política do Estado e da política como mediação da construção social democrática, e assim o controle penal contemporâneo caminha na direção de um dramático “autoritarismo Kool” (Zaffaroni), genocida, fazendo refém o rumo das democracias, sobretudo aquelas, como as latino-americanas, encarceradas no secular domínio imperial do capital.

Saberes como as criminologias de base crítica têm, portanto, um papel importante a desempenhar, seja no esforço para a decifração dos enigmas do controle, seja no compromisso com a mudança de seus rumos antidemocráticos e exterminadores.

NOTA

(1) Este artigo sintetiza resultados parciais da pesquisa realizada pela autora, em nível de pós-doutoramento, sobre globalização e controle penal.

Vera Regina Pereira de Andrade

Professora nos Cursos de Graduação Mestrado e Doutorado da UFSC, doutora em Direito e pós-doutora em Direito Penal e Criminologia

SOCIEDADE, DESENVOLVIMENTO E LIBERDADE: CONECTANDO O PENSAMENTO ECONÔMICO DE AMARTYA SEN COM O PRINCÍPIO JURÍDICO-PENAL DA CO-CULPABILIDADE

Eduardo Luiz Santos Cabette

SOCIEDADE, DESENVOLVIMENTO E LIBERDADE: CONECTANDO O PENSAMENTO ECONÔMICO...

Como pode a voz que vem das casas /
Ser a da justiça / Se nos pátios
estão os desabrigados?
Como pode não ser um embusteiro
aquele que / Ensina aos famintos
outras coisas / Que não a maneira
de abolir a fome?
Quem não dá pão ao faminto /
Quer a violência
Quem na canoa não tem / Lugar para os
que se afogam / Não tem compaixão.
Quem não sabe de ajuda / Que cale.

Bertolt Brecht⁽¹⁾

O chamado “Princípio da Co-Culpabilidade” aponta para a necessidade de avaliar nos casos concretos o grau de liberdade com que o agente contava ao enveredar na senda criminoso. Quando o espaço decisório do agente encontrar-se muito limitado pelas suas condições sócio-econômicas, impõe-se um reconhecimento pela sociedade e pelo Estado de certo grau variável de co-responsabilidade pela conduta delituosa a que em parte foi o autor impedido por tais condições adversas. A grande consequência é que a reação penal nesses casos deve ser abrandada, senão até mesmo afastada, dependendo, como antes destacado, do grau maior ou menor de condicionamento provocado pelo *status* sócio-econômico do agente.

Conforme aduz **Grégoire Moura**, “a co-culpabilidade é uma mea-culpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandonado pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social”.⁽²⁾

O “menor âmbito de autodeterminação” a que são impelidas certas pessoas justificaria um correlato abrandamento da reação penal estatal com base em um critério de justiça. Os Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade (especialmente sob seu aspecto material) conduziriam à formulação do Princípio da Co-Culpabilidade na seara penal.⁽³⁾

No Brasil a co-culpabilidade é um princípio “implícito” na Constituição. No entanto, vários países reconhecem o Princípio da Co-Culpabilidade expressamente em textos legais e constitucionais. São exemplos disso a Argentina, México, Peru, Bolívia, Colômbia, Equador, Paraguai e

Portugal. Também há outros ordenamentos jurídicos que, a exemplo do Brasil, aplicam a co-culpabilidade indiretamente, com assento em seu reconhecimento implícito, tais como Costa Rica e El Salvador.⁽⁴⁾

Trabalhando no campo da Teoria Econômica, **Amartya Sen** apresenta uma interpretação revolucionária do conceito de “desenvolvimento”, promovendo uma reproximação entre a ética e a economia e, com isso, possibilitando a re-humanização da segunda.⁽⁵⁾

Para o autor sob comento, “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”.⁽⁶⁾ Então o desenvolvimento deixa de ser visto somente com base no chamado “crescimento econômico”, referido ao aumento de produção de bens e valores, do Produto Nacional Bruto, industrialização, avanço tecnológico, aumento de renda *per capita* ou modernização social. Ele passa a “ser visto como um processo de expansão das liberdades reais de que as pessoas desfrutam”.⁽⁷⁾

Sen atribui destaque à otimização da “condição de agente” das pessoas, explicando o uso da expressão como “alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também segundo algum critério externo”. O papel de agente é analisado por **Sen** considerando o “indivíduo como membro do público e como participante de ações econômicas, sociais e políticas”.⁽⁸⁾ Neste passo, a concepção de **Sen** parece aproximar-se do conceito de “ação” como integrante da “condição humana” (*Vita activa*), preconizada por **Arendt**, ou seja, a atividade exercida pelo homem junto e entre os outros homens que convivem na Terra e habitam o mundo. A ação neste aspecto é a expressão da “vida política” em que o homem se expressa em sua individualidade no seio da pluralidade, já que somos todos humanos que convivem, mas ninguém é exatamente igual a qualquer outro.⁽⁹⁾

Com essa inovadora abordagem na economia, **Sen** demonstra que o distanciamento entre economia e ética tem gerado graves deficiências para a Teoria Econômica contemporânea.⁽¹⁰⁾

Certamente uma das principais distorções trazidas à tona pelo autor está na confusão entre meios e fins. A Teoria Econômica tem propiciado, com seu afastamento da ética, a visão pervertida dos meios como fins. A economia entendida como

A Teoria Econômica tem propiciado, com seu afastamento da ética, a visão pervertida dos meios como fins. A economia entendida como uma espécie de “engenharia” da riqueza acaba interpretando aquilo que é meramente instrumental como constitutivo. É como se o humano estivesse a serviço da riqueza e não a riqueza a serviço do humano.

uma espécie de “engenharia” da riqueza acaba interpretando aquilo que é meramente instrumental como constitutivo. É como se o humano estivesse a serviço da riqueza e não a riqueza a serviço do humano.

Ora, a evolução da sociedade humana perante as sociedades animais

é marcada exatamente pelo fato do progresso para a valorização do indivíduo. No seio das sociedades dos irracionais (*v.g.* abelhas, formigas, cupins etc.) o único interesse é o da preservação da espécie. Há total indiferença perante o destino individual de cada um de seus membros. Os indivíduos são vistos como meras partes de um todo e inteiramente submetidos aos interesses globais. Já nas sociedades humanas, “a inteligência submeteu a sociedade às pessoas, isto é, fez da sociedade um meio a serviço de cada ser humano”. Nos agrupamentos humanos o destino de cada um de seus componentes adquire suma relevância. Não é que a sorte da sociedade como um todo seja desprezada, mas ela somente tem verdadeiro valor enquanto instrumento para a realização de cada ser humano que a compõe.⁽¹¹⁾ Nesse passo, aquilo que aparenta ser a vanguarda de um saber (uma “engenharia econômica” isolada da ética) na verdade constitui-se num retrocesso atávico, na medida em que renega um dos mais importantes saltos evolutivos da espécie humana.

Sen recupera no campo econômico o conceito aristotélico da felicidade como fim. **Aristóteles** ensinou que “absolutamente perfeito é aquele fim querido sempre por si mesmo e nunca por outro. Tal parece ser mais do que qualquer outra coisa a feli-

cidade: a esta, de fato, queremos-la sempre por si mesma e nunca por outra coisa".⁽¹²⁾ A riqueza, por exemplo, "não é o bem que se busca: não passa de coisa útil, e procura-se para fins outros".⁽¹³⁾

Somente o absoluto descaso para com preceitos éticos fundamentais, erigindo toda uma Teoria Econômica apartada da ética, poderia conduzir à atual situação de terrível distorção entre meios e fins que domina o cenário da economia mundial.

A solução estaria numa reaproximação entre ética e economia, com efeitos benéficos para ambos os campos.⁽¹⁴⁾

Para um economista formado e informado em um paradigma que praticamente abstrai a ética, a proposta de Sen aparenta ser um contra-senso. Não obstante, como leciona Telles Júnior, "quase todas as grandes descobertas da ciência constituíram atentados ao bom senso", de forma que "o óbvio pode ser causa de muita cegueira".⁽¹⁵⁾

A prioridade dada ao humano na economia não somente a tornará uma ciência mais bela e solidária, mas também lhe acrescentará muita eficácia. A religação entre ética e economia pode nos brindar com inúmeras recompensas.⁽¹⁶⁾ Não se deve pensar em primeiro ser rico para depois poder "se dar ao luxo" de ser humano. Na realidade é preciso atentar desde logo para os valores humanos que são constitutivos dos fins a serem buscados, mas que também são instrumentais, de forma que, muito ao contrário do acima aventado, primeiro é preciso ser humano para então com maior eficácia e consistência ser rico.⁽¹⁷⁾

Em sua Carta aos Brasileiros, Telles Júnior já apontava na seara jurídica para preeminência que deve ser dada à liberdade e aos demais bens espirituais do ser humano, sem os quais o conceito de "desenvolvimento" somente pode ser um erro ou um engodo. Vejamos suas palavras:

"Nenhum país deve esperar por seu desenvolvimento econômico, para depois implantar o Estado de Direito. Advertimos que os Sistemas, nos Estados de Fato, ficarão permanentemente à espera de um maior desenvolvimento econômico, para nunca implantar o Estado de Direito. Proclamamos que o estado de Direito é sempre primeiro, porque primeiro estão os direitos e a segurança da pessoa humana. Nenhuma ideia de Segurança Nacional e de Desenvolvimento Econômico prepondera sobre a ideia de que o Estado existe

para servir o homem. Estamos convictos de que a segurança dos direitos da pessoa humana é a primeira providência para garantir o verdadeiro desenvolvimento de uma Nação."⁽¹⁸⁾

Em congruência com esse pensamento, no campo Econômico, Sen também leva a efeito uma identificação entre desenvolvimento e liberdade.

Dessa maneira é razoável entender a pobreza não somente como "baixa renda"

O reconhecimento da liberdade de autodeterminação, como valor constitutivo e instrumental sob o prisma econômico, deve ser recebido no mundo jurídico-penal através de uma permeabilidade sintética transdisciplinar, tendo como uma de suas manifestações a conformação do Princípio da Co-Culpabilidade.

ou a condição de desprovido de bens materiais. Pobreza assume também, e de forma muito relevante, o aspecto da "privação de capacidades básicas" que conferem à pessoa humana sua dignidade e verdadeira faculdade de autodeterminação.⁽¹⁹⁾

Neste ponto já

exsurge bem clara a conexão entre o pensamento econômico de Amartya Sen e o Princípio Jurídico-Penal da Co-Culpabilidade.

Tobias Barreto já lembrava que "o Direito é o fio vermelho e a moral o fio de ouro, que atravessam todo o tecido das relações sociais".⁽²⁰⁾ Sen demonstrou como a ética pode mesmo, e deve, ser esse fio de ouro que compõe a trama das teorias e práticas econômicas, tornando-as concomitantemente mais humanas e eficazes. Por seu turno, o Direito Penal, perpassado pelo mesmo fio de ouro da ética, deve reconhecer em seu bojo o Princípio da Co-Culpabilidade, compreendendo a considerável perda de liberdade de autodeterminação imposta a relevante parcela da população. Com isso o fio vermelho do Direito e o fio de ouro da Ética poderão unir-se e coserem o emblema da Justiça, ao mesmo tempo em que se presta o devido respeito pela humanidade. E, quem sabe algum dia, em uma sociedade realmente desenvolvida, em que imperem a liberdade e a igualdade não somente formais, mas materiais, se possa atribuir a cada um a responsabilidade única e integral por suas escolhas e condutas.

Enfim, o reconhecimento da liberdade de autodeterminação, como valor constitutivo e instrumental sob o prisma econômico, deve ser recebido no mundo jurídico-penal através de uma permeabilidade sintética transdisciplinar, tendo como uma de suas manifestações a conformação do Princípio da Co-Culpabilidade. Afinal, será sempre indicativo de desenvolvimento e progresso o respeito pelos valores da dignidade humana, igualdade e justiça, os quais não somente

conduzem ao, mas são o próprio desenvolvimento.

NOTAS

- (1) "Quem não sabe de ajuda", In: *Poemas*. Trad. Paulo Cesar Souza. 3ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 85.
- (2) MOURA, Grégore. *Do Princípio da Co-Culpabilidade*. Niterói: Impetus, 2006, p. 1.
- (3) *Op. Cit.*, pp. 36-37. Não só os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade são apontados como fundamentos para a co-culpabilidade. Citam-se também o Princípio da Individualização da Pena, do Pluralismo Jurídico e ainda a Doutrina do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli. *Op. Cit.*, pp. 57-67.
- (4) *Op. Cit.*, pp. 69-87.
- (5) SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. 6ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2000, *passim*. *Idem*. *Sobre Ética e Economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. 5ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1999, *passim*.
- (6) SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. 6ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 10.
- (7) *Op. Cit.*, p. 17.
- (8) *Op. Cit.*, p. 33.
- (9) ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pp. 15-16.
- (10) LETICHE, John M. Prefácio. In: SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. 5ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 9.
- (11) TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito Quântico*. 7ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 257.
- (12) ARISTÓTELES. *A Ética*. Trad. Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985, p. 39.
- (13) *Op. Cit.*, p. 3. Ver também: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. 6ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 28.
- (14) SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. 5ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 94. Note-se que o autor chama a atenção para o fato de que ética e economia sempre caminharam juntas. Uma das grandes questões ético-filosóficas é a pergunta sobre "como devemos viver?". As respostas a tal questionamento implicam necessariamente aspectos ligados à economia. Tanto é verdade que os grandes baluartes da ética clássica como Sócrates, Platão e Aristóteles não deixaram de abordar constantemente os temas econômicos. Confira-se nas obras clássicas: ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. 14ª ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, *passim*. PLATÃO. *A República*. Trad. Enrico Corsivieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004, *passim*.
- (15) TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Op. Cit.*, p. 44.
- (16) SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. 5ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 106.
- (17) SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. 6ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 175.
- (18) TELLES JÚNIOR, Goffredo. "Carta aos brasileiros". Disponível em www.goffredotellesjr.adv.br, acesso em 02.01.2008, p. 6.
- (19) *Op. Cit.*, p. 35.
- (20) BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 32.

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia, mestre em Direito Social, pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia e professor de Direito Penal, Processo Penal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na Unisal

APLICAÇÃO DA PENA NO “CRIME REGRESSIVO”

Carlos Henrique Borlido Haddad

A aplicação da pena no Direito brasileiro é disciplinada por reduzidas regras marcadas por grande indeterminação, incapazes de prover e abrigar a miríade de situações colocadas ao juiz. Nos Estados Unidos, limitou-se profundamente a atuação dos magistrados na seleção da pena e na definição de seu montante, por meio da edição das *Federal Sentencing Guidelines*, um calhamaço de regras que determina a punição, com apoio em tabelas, e que preza especialmente o desvalor da conduta e os antecedentes do acusado. Ao contrário do direito norte-americano, que prevê regras que beiram o raciocínio matemático, como que pesado o crime e suas circunstâncias na balança de uma aritmética Themis, o Código Penal nacional estatuiu, em poucos artigos, regras para definição de sanção compatível entre aquelas cominadas.

A vagueza da legislação brasileira deixa a descoberto situações que passam a depender de interpretação ou integração para preenchê-las, com o redobrado cuidado de que, em Direito Penal, o agravamento da condição penal do réu só pode ser feito com espeque na lei. O crime progressivo e suas variações jurisprudencialmente concebidas são distintivos exemplos dessa lacuna legal.

Crime progressivo define-se como uma ação que vise a determinado resultado, cujo alcance passa por conduta inicial, igualmente ilícita, que produz evento danoso menos grave. A prática do furto no interior de residência absorve a violação de domicílio realizada precedentemente. As lesões corporais que deram origem à morte constituem fase antecedente do homicídio. Em ambos os casos, a despeito das fases sucessivas e penalmente reprováveis em que se desenrolou o *iter criminis*, apena-se a última delas, por representar o propósito final do agente. Se, na determinação das consequências jurídicas, fossem aplicadas todas as leis concorrentes, haveria imputação multiplicada e punição repetida. A solução desse aparente conflito de normas é feita pela aplicação do princípio da consunção, como forma de tolher valorações redundantes.

Em tese, o reconhecimento do crime progressivo, pela expressão lexical de seu adjetivo — “que atravessa sucessivamente cada etapa de um processo em que há aumento, crescimento, agravamento etc.”⁽¹⁾ — e pela definição predominantemente encontrada na doutrina — “quando o agente passa, num mesmo contexto de ação, de crimes menos grave para crime mais grave...”⁽²⁾ — somente ocorreria se a conduta antecedente possuíse menor desvalor penal. A realidade juris-

prudencial desmente, porém, esse postulado, pois se admite a progressividade da infração não obstante o contexto da ação desdobre-se do delito mais danoso para o menos grave, tomando-se como referência a sanção cominada na lei penal.

O Superior Tribunal de Justiça, reiteradas vezes, admitiu a formação do crime progressivo, que, em verdade, seria “regressivo”, porquanto composto de delito antecedente mais grave seguido de crime posterior menos nocente.

No julgamento do HC 73.889/SP, reconheceu que o estelionato (reclusão de 1 a 5 anos) absorveu o uso de documento falso (reclusão de 2 a 6 anos). Esse entendimento já havia sido firmado no CC 35.206/MG, 24.247/MG e 30.090/SP, neste último aresto com a peculiaridade de se aceitar a consunção do uso de documento falso pelo estelionato em sua modalidade tentada. Por força do mesmo princípio, os delitos dos artigos 297 e 298 (reclusão de 2 a 6 anos e reclusão de 1 a 5 anos), ambos do Código Penal, cometidos para conseguir levar a efeito a falsidade ideológica (reclusão de 1 a 5 anos ou reclusão de 1 a 3 anos), são por esta absorvidos (REsp. 329.646/RJ). Em idêntico sentido, admitiu a absorção do então vigente crime do art. 10 da Lei n. 9.437/97 (detenção de 1 a 2 anos) pela infração descrita no art. 129, *caput* do Código Penal (detenção de 3 meses a 1 ano), ao julgar o REsp. 748.773/RS. Depreende-se do REsp. 318.395/SE que o tribunal acatou a absorção do crime de falsidade ideológica (reclusão de 1 a 5 anos ou reclusão de 1 a 3 anos) pela apropriação indébita prevista no art. 168 do Código Penal, cuja pena está cominada em 1 a 4 anos de reclusão.

Aplicou-se o princípio da consunção, desconsiderando-se o delito antecedente, porque foi meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do crime de alcance supostamente mais amplo, independentemente de constituir o delito-fim violação menos nociva da lei penal. Ao invés de se reconhecer o concurso formal, o Superior Tribunal de Justiça optou pela progressividade, apesar de não ser mínima a gravidade dos delitos consuntos, ao contrário, revelam-se mais lesivos do que os consuntivos. Confundiu-se a evolução de atos no *iter criminis* com o avanço crescente e gradual na escala penal, peculiar ao crime progressivo, para se atribuir, à regressão no índice sancionador, similar tratamento conferido à progressividade na violação de bens jurídicos. Trata-se, em verdade, de “crime regressivo”, neologismo jurídico que acrescenta mais uma cate-

ria ao extenso rol em que são classificadas as infrações penais. Se progressivo é aquilo que atravessa sucessivamente cada etapa de um processo em que há aumento, crescimento, agravamento, por antítese, pode-se dizer que regressivo é aquilo que transpõe fases consecutivas de um processo em que há redução, diminuição, minoração.

A despeito de o delito progressivo exigir o aumento da lesividade da infração última, pois se passa de crime menos grave para infração mais grave, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acolhe o princípio da absorção quanto a delitos que se formam descendentemente na escala da nocividade penal. E essa aceitação, não compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal (RHC 83.990/MG, HC 77.721/SP, HC 73.386/RJ, HC 73.846/RJ), que prefere trilhar o caminho do concurso formal de infrações, gera perplexidade no tocante à aplicação da pena. Surge a possibilidade de se infligir, ao delito-fim, pena inferior a que seria estabelecida caso se apenasse, isoladamente, o crime-meio igualmente consumado e que consistiu em meio para o cometimento daquele. O crime de estelionato, praticado por agente que se valeu de documento público, por ele falsificado, para induzir outrem a erro, admite punição inferior a dois anos de reclusão, sobretudo se o autor da infração for primário e não registrar antecedentes desabonadores. Por outro lado, à falsificação do documento público, comina-se pena mínima de dois anos de reclusão, mas, ao se reconhecer a “regressividade”, a sanção deixa de ser imposta em decorrência da consunção.

A opção por aplicar o princípio da consunção ao “crime regressivo” possui feição garantista dos direitos da defesa, porque assegura pena branda ao agente que, percorrendo variados bens jurídicos e provocando lesão a todos eles, é sancionado com a menor das punições. Assim como se possibilita reduzir a sanção a ser imposta, diminui-se a área de atuação do Direito Penal, conseqüentemente, ampliam-se as hipóteses de renúncia à tutela criminal e restringe-se o alcance de normas cujo emprego se dá como *ultima ratio*.

Entretanto, a redução do amparo penal dos bens jurídicos pode assumir também um significado próprio para o sistema social, como frustração de seu programa de proteção. As consequências jurídicas dessa opção desqualificam a coerência interna do sistema penal, porque, a delitos mais graves, impõe-se pena menos severa. A legislação criminal é omissa no oferecimento de expressa solução para a desarmônica situação,

contudo a congruência do sistema reclama resposta que concilie maior repressão a maior lesividade, como também mais ameaça a menor danosidade.

Sempre que se acatar a formação do “crime regressivo”, não poderá a pena fixada para o delito-fim ser inferior àquela cominada para o delito-meio. A sanção prevista para a lesão consumada do bem jurídico protegido pelo delito antecedente deve funcionar como limite mínimo de punição para o último crime visado. Dessa forma, em havendo falsificação de documento público como meio para a prática do estelionato, a pena-base deve ter como referência aquela cominada para o *falsum*, qual seja, dois anos de reclusão e, não, um ano de reclusão, como estatuído no art. 171 do Código Penal. A necessidade de combinação dos parâmetros penais é indicativo de que a lei não conseguiu regular plenamente a relação existente entre os delitos do *iter criminis*.

Não se trata de inverter punições expressamente designadas para infrações outras, em patente ofensa ao princípio da legalidade, mas, simplesmente, considerar a consumação do delito antecedente — mais gravemente apenado — como circunstância judicial capaz de recrudescer a pena. Nem sempre isso será possível, porque o caráter reduzido da sanção prevista para o delito-fim pode obstar a que se considere integralmente o delito-meio na pena-base, a exemplo do que ocorreu no REsp. 748.773/RS acima referido. Como compatibilizá-las ou fazer inserir a pena do crime consunto descrito no art. 10 da Lei n. 9.437/97 (detenção de 1 a 2 anos), atualmente tipificado no art. 14 da Lei n. 10.826/03, com pena de 2 a 4 anos de reclusão, na sanção imposta à lesão corporal consuntiva (3 meses a 1 ano de detenção), cujo teto correspondia ao piso da punição do crime absorvido? Todavia, conquanto inviável a acomoda-

ção dos marcos penais em determinados casos concretos, prevalece a orientação que tem por objetivo valorar o delito-meio no estabelecimento da punição do delito-fim, para contornar as incongruências geradas pela aceitação do “crime regressivo”. Não se pode descuidar do maior desvalor da conduta do agente que, para alcançar o resultado último, passou pela consumação de delito penalmente mais relevante.

NOTAS

- (1) HOUAISS, Antonio. VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2308.
- (2) FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 359.

Carlos Henrique Borlido Haddad

Juiz federal, mestre e doutor em Ciências Penais pela UFMG

SOBRE A INIMPUTABILIDADE DO PSICÓTICO

Domingos Barroso da Costa

No universo jurídico, muito pouco se diz da psicose. Limitam-se os operadores do Direito a saber que os indivíduos que a acusam podem ser classificados como incapazes, nos termos do art. 3º, II, do Código Civil, e inimputáveis, nos moldes do art. 26 do Código Penal. Ou seja, tem-se por preceito que aqueles diagnosticados como psicóticos não têm o necessário discernimento para a prática responsável dos atos da vida civil, assim como são incapazes de entender o caráter ilícito de sua conduta ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

Porém, o que o Direito não cuida de apresentar àqueles que o operam quotidianamente são as razões pelas quais os psicóticos não podem ser juridicamente culpabilizados por seus atos — pelo menos, não da forma como são os indivíduos que não se enquadram nas hipóteses previstas no art. 26 do Código Penal. Sem adentrar a seara cível, pretende-se com este trabalho desvelar o porquê da inimputabilidade dos psicóticos.

Inicialmente, cabe destacar que o presente estudo desenvolver-se-á à luz do conceito analítico do crime, motivo pelo qual se apropriará da psicose como causa excludente da culpabilidade e, logo, do caráter criminoso de determinadas condutas. Com isso, adota-se o entendimento que caracteriza a culpabilidade como elemento essencial do crime, excluindo-se a respeitável corrente para a qual ela seria mero pressuposto de aplicação da pena.⁽¹⁾

Nestes moldes, na condição de inimpu-

tável, tem-se que o psicótico não está sujeito ao juízo de reprovação pessoal que é socialmente imposto aos autores das condutas tipificadas como crimes. E, nesta condição, infere-se que a aplicação de penas como a de prisão não seria útil ou eficaz na retribuição ou prevenção dos delitos por ele perpetrados.

Para que melhor se esclareça o raciocínio desenvolvido, há de se frisar que a vontade do psicótico não se estrutura nos moldes da realidade socialmente pactuada, razão pela qual não pode ser considerada válida ou, menos ainda, culpável. Em suma, não se pode exigir do psicótico um comportamento conforme com o ordenamento jurídico.

Após tais considerações, cabe verificar em qual das definições se amolda o psicótico dentre as hipóteses de inimputabilidade previstas no art. 26 do Código Penal, *in verbis*:

“Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Não se ajustando às hipóteses de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, nos termos do dispositivo transcrito, verifica-se que a psicose só pode ser enquadrada como “doença mental”, a qual incapacita o indivíduo que a manifesta de entender o caráter ilícito de seu comportamento “ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Sobre a questão, ensina **René Ariel Dotti**:

“Ao adotar o sistema biopsicológico o legislador brasileiro restringiu o conceito de doença mental, somente admitindo como tal os estados patológicos que, afetando o psiquismo, privam o indivíduo da capacidade de entendimento e de autogoverno.”

E o jurista continua:

“As doenças mentais compreendem somente as psicoses, aí se incluindo a alienação mental por desintegração da personalidade ou evolução deformada de seus componentes, como ocorre na **esquizofrenia**, ou na **psicose maníaco-depressiva** e na **paranóia**; as chamadas **reações de situação**, os **distúrbios mentais** com que o sujeito responde a problemas embaraçosos do seu mundo circundante; as **perturbações do psiquismo por processos tóxicos ou toxi-infecciosos** e também os **estados demenciais**, a **demência senil** e as **demências secundárias** (Bruno, Direito Penal, 2º/133).”⁽²⁾

Embora o rótulo de doença mental melhor caracterize a psicose no âmbito psiquiátrico, é na teoria psicanalítica que o presente trabalho se arrima ao tentar esclarecer o porquê da inimputabilidade do psicótico. Ou seja, é da psicanálise que aqui se parte no sentido de desvelar os meandros da estrutura psicótica, expondo as razões da incapacidade de os indivíduos que a acusam determinarem seu comportamento nos limites do ordenamento jurídico. Ainda que encontre suas origens na obra de Freud, a tese que ora se apresentará tem suas bases no ensino de **Jacques Lacan**,⁽³⁾

segundo o qual o inconsciente é estruturado como uma linguagem.

Aliás, tal definição é de extrema importância neste estudo, já que faz a ponte entre o universo subjetivo e a organização social. Afinal, ao aproximar a estruturação do inconsciente à que seria própria a uma linguagem já se pressupõe uma ordenação simbólica a partir da qual também se estrutura a própria sociedade. Só se diz de uma linguagem no universo cultural, e, como se verá, a organização do universo subjetivo a partir da ordenação da linguagem inconsciente só será possível se os significantes sociais forem infundidos no sujeito, conferindo-lhe o passaporte de ingresso no pacto social.

Com vistas à melhor compreensão do que se diz, basta observar que tanto a estruturação do sujeito quanto a organização da sociedade dependem da aceitação de uma falta que lhe impõe a alteridade. Ou seja, pressupõem o acatamento dos limites que a existência de um outro impõem ao comportamento de todos os demais, numa cadeia em que se garante amplamente a liberdade de se fazer tudo o que a lei não proíbe.

A partir deste raciocínio, pode-se concluir que o axioma segundo o qual “não há liberdade sem lei” é válido tanto para o universo subjetivo quanto para a vida em sociedade. Diante desta consideração, passa-se à análise do processo de organização subjetiva, o qual, se bem-sucedido, permite ao indivíduo estabelecer os laços que o integrarão à ordem social.

Não é preciso ser especialista para se constatar que, durante certo período após seu nascimento, o bebê mantém com a mãe uma relação quase fusional. Nesta, a criança não se percebe separada da mãe e com ela imaginariamente forma um todo, uma completude perfeita.

Neste interregno, segundo **Lacan** — numa exposição muito simplificada de sua teoria —, o inconsciente do sujeito ainda se mostra desorganizado, como se preenchido por uma infinidade de peças de quebra-cabeça que não podem se unir, já que soltas num vácuo sem a gravidade que lhes permitiria o encaixe.

Ocorre que, com o passar do tempo, devido a atividades outras que lhe impõem a condição de integrada a uma sociedade — as quais não se limitam ao dever de cuidar do filho —, a mãe tem de se afastar da criança, de modo a cindir a totalidade que esta imaginava compor com a figura materna. Tal interdito pode ser imposto por qualquer evento que determine o afastamento da mãe em relação ao filho, mas tem-se esta separação como a função paterna por excelência, já que cabe principalmente à figura do pai reclamar para si a mulher que só se ocupa do filho.

É por isso que **Lacan** afirma que a cisão acima descrita dá-se a partir da imposição à criança da Lei do Pai, tido este “Pai” maiúsculo como o sintetizador de toda a Ordem Simbólica — incluídas as mais diversas leis que organizam a sociedade — que apontará a incompletude desse sujeito em formação; assim, o obrigará a conformar-se com as leis que o limitarão em relação aos outros, de modo a permitir que se integre ao pacto social. Retomando o axioma anteriormente citado, se não há lei que imponha ao sujeito sua condição faltosa, ele jamais poderá situar-se em relação aos outros; e, por permanecer na ilusão de que conforma um todo perfeito e acabado, ficará aprisionado em si mesmo, agrilhado a seus impulsos que não encontram limites no outro ou na lei.

Consoante se verifica, o processo subjetivo reflete o que estabelece e mantém o pacto social, sendo nefastos os efeitos da ausência de lei⁽⁴⁾ num ou noutro âmbito. Ausente a lei, a desagregação é certa, significando o esfacelamento do tecido social e uma conformação subjetiva marginal a qualquer ordenação simbólica. Certo da impossibilidade de se falar em liberdade na ausência da lei, já dizia **Rousseau**:

“(...) O que o homem perde pelo contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e que pode alcançar. O que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo aquilo que possui. Para que não haja engano nessas compensações, é necessário distinguir muito bem a liberdade natural, que só tem por limites as forças do indivíduo, da liberdade civil, que é limitada pela vontade geral (...).

Poder-se-ia, em prosseguimento do precedente, acrescentar à aquisição do estado civil a liberdade moral, a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, uma vez que o impulso apenas do apetite é escravidão e a obediência à lei, a si mesmo prescrita, é liberdade.”⁽⁵⁾

Posto isto, pode-se agora afirmar que a psicose decorre justamente desta ausência de lei no âmbito subjetivo. Por não ter sido efetivamente imposta e acatada no momento oportuno, a Lei do Pai já não mais poderá organizar a estrutura subjetiva do psicótico, e serão ineficazes todas as tentativas posteriores de impô-la ao indivíduo. Observa-se a preclusão — forclusão⁽⁶⁾ —, ou seja, a perda pelo sujeito da oportunidade de aceder à Lei do Pai — à Ordem Simbólica que representa — e, desta forma, adquirir o instrumental necessário à formação dos laços que o permitiriam aderir ao pacto social, integrando uma Ordem que lhe é maior.

Em síntese, caso a condição faltosa do sujeito em relação ao outro não lhe seja imposta pela Lei do Pai, seu acesso à Ordem Simbólica não será viabilizado, motivo pelo qual não poderá comungar da realidade que

socialmente se pactua. Faltando-lhe a ausência determinada pelo interdito paterno, o psicótico caracteriza-se por viver aprisionado no todo imaginário inicial do qual não se viu libertado pela Lei do Pai.

Isto significa a ausência dos limites e balizas que permitem ao indivíduo situar-se no contexto social, restando-lhe a imersão em um universo para além da realidade concreta, compartilhada simbolicamente, já que é justamente a fronteira do Simbólico que barra a expansão do Imaginário. Daí decorre a incoerência do pensamento esquizofrênico, o afastamento da realidade que marca a paranóia e os delírios persecutórios.

E, não se podendo falar em consciência fora dos limites da realidade socialmente pactuada, conclui-se que a psicose impede o sujeito de reger seu comportamento de acordo com o que se define como uma vontade livre e consciente. Sua vontade não se limita por qualquer ordenamento social, respondendo tão-somente à realidade que subjetivamente criou.

Nestas circunstâncias, inexistindo autocensura, não se há de cogitar do juízo de reprovabilidade pessoal sobre o comportamento do psicótico que, estando à margem de todo e qualquer ordenamento simbólico, não é capaz de classificar uma conduta como lícita ou ilícita. Pelos mesmos motivos, diante da psicose, a aplicação de uma pena de simples privação da liberdade não se mostra útil na retribuição ou eficaz na prevenção de comportamentos delitivos. Assim sendo, infere-se que os meios de responsabilização dos indivíduos que a têm diagnosticada devem ser objeto de constante estudo do Direito, para o que deverá necessariamente socorrer-se de ciências como a psicanálise, a psicologia e a medicina, se almeja algum sucesso nessa empreitada.

NOTAS

- (1) Trata-se de conceito adotado por notáveis juristas, como **Damásio de Jesus** e **René Ariel Dotti**, dentre outros.
- (2) **DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 418/419.
- (3) Renomado psicanalista francês, reconhecido pelo desenvolvimento de vasta obra, a partir da releitura da teoria freudiana.
- (4) Aqui, toma-se “lei” como sinônimo de Ordem Simbólica, ou seja, como o conjunto de todos elementos significantes que possibilitam ao sujeito situar-se na sociedade.
- (5) Termo utilizado em psicanálise.
- (6) **ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social ou Princípios do Direito Político.** São Paulo: Editora Escala, pp. 32/33).

Domingos Barroso da Costa

Bacharel em Direito pela UFMG, especialista em Criminologia pelo Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas/Acadepol-MG e em Direito Público, pela Unigranrio/Praetorium e mestrando em Psicologia pela PUC/Minas

JUIZ DECIDE

Janaina Conceição Paschoal

No **Boletim** de fevereiro do corrente ano, em sede de editorial, este Instituto destacou duas importantes decisões prolatadas pelos juízes de execução de Tupã e da Capital, fazendo ainda referência à decisão proferida pelo juiz de execução de Contagem, todas no sentido de acabar com abusos e más condições a que são submetidos presos em nosso país. Obviamente, cada magistrado o fez relativamente aos estabelecimentos que estão sob sua competência.

Lendo a íntegra da decisão prolatada na Capital e trechos daquela proferida em Tupã, além de corroborar seus termos e os do editorial já mencionado, vimos a público para defender que as sentenças sejam recebidas como tal, e não como atos meramente administrativos, passíveis de alteração conforme a oportunidade.

Tramita perante o Conselho Nacional de Justiça representação que visa cassar ato do corregedor-geral de Justiça do Estado de São Paulo, que, com fulcro nas normas da Corregedoria de Justiça, suspendeu os efeitos da decisão do juiz da execução em Tupã, tomando-a, portanto, como administrativa.⁽¹⁾

O Conselho Nacional de Justiça tem em suas mãos um desafio de absoluta importância, qual seja definir se sentenças, como a prolatada pelo juiz de Tupã, são administrativas ou jurisdicionais.

Se o Conselho entender que a decisão é jurisdicional, só poderá ser atacada por meio de recurso e, se não o for no prazo legal, dá-se o trânsito em julgado, tornando-se, portanto, definitiva.

Se disser que a decisão é administrativa, caberá ao Poder Executivo observá-la, ou não, de acordo com suas possibilidades e vontade. Melhor, de acordo com a oportunidade; estando, igualmente, sujeita à suspensão, ou cassação de outras instâncias do próprio Poder Judiciário, independentemente de provocação de parte legítima.

Os escritos referentes à Lei de Execução Penal apontam que o artigo 66, que trata das atribuições do juiz da execução, traz questões administrativas e jurisdicionais.

É importante ter em mente que, com esta nomenclatura, pretende-se diferenciar os assuntos concernentes a uma específica execução daqueles referentes aos problemas coletivos envolvendo os presos.

Assim, a decisão sobre a progressão de regimes, nos autos da execução de um condenado em especial, seria jurisdicional. Já a decisão atinente às condições de um determinado estabelecimento prisional seria

administrativa.

Nessa linha, poder-se-ia pretender falar serem as decisões dos juízes de Tupã e da Capital administrativas.

No entanto, não há que se confundir a matéria apreciada com a natureza da decisão propriamente dita. Mesmo quando tratam de questões administrativas, as decisões do juiz de execução têm natureza judicial.

Juiz não é parecerista. **Juiz decide.** Quem não quiser cumprir a decisão, que dela recorra.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tratando justamente dessas chamadas decisões administrativas do juiz da execução, deixou claro tratar-se de ato jurisdicional, atacável, unicamente, por meio de recurso específico, sujeita, portanto, ao trânsito em julgado.⁽²⁾

Os juízes prolatadores das decisões objeto do último editorial são titulares das varas de execução em que atuam, um deles é corregedor dos presídios da Capital. Como tais, são responsáveis pelas instituições carcerárias e pelos presos sob sua jurisdição. Se não puderem decidir, ao coibir abusos, desmandos e ilegalidades, como poderão ser cobrados?

Recentemente, todos ficamos chocados com a triste notícia de que uma adolescente permaneceu detida junto com diversos homens, sendo submetida a todos os tipos de sevícias. Infelizmente, como mostram os jornais diariamente, não se trata de fato isolado.

Quando das notícias, sempre se pergunta: onde estava o delegado? O promotor? O juiz? Fala-se até em processar os funcionários eventualmente responsáveis por omissão.

Ora, quando um magistrado tem a coragem de exercer o papel que a Constituição Federal e a lei lhe atribuem, questiona-se se sua sentença é sentença?

Juiz não é conselheiro! Juiz decide. Ademais, sendo a execução penal, no Brasil, jurisdicional e regida por lei, não parece adequado que os juízes corregedores das instituições prisionais não tenham qualquer poder de intervenção, toman-

do-se suas decisões como meros conselhos políticos.

É bem verdade que, em São Paulo, ao que nos consta, a decisão do juiz corregedor vem sendo cumprida, cabendo ainda destacar que, em parte, a superlotação dos estabelecimentos para presos provisórios se deve à desocupação das celas nas Delegacias.

Não obstante, até por força da divisão dos poderes, não se pode conceber que o juiz da execução, que o juiz corregedor dos presídios, fique à mercê da boa vontade do administrador.

O juiz corregedor não pode ter um papel decorativo. Suas sentenças não podem ser tomadas como orientações, como sugestões.

No que concerne à decisão do juiz corregedor dos presídios da Capital, veiculada no *site* do **IBCCRM**, cabe destacar que, consciente da realidade e das dificuldades do Poder

Executivo, o magistrado tomou o cuidado de fixar o prazo mais que razoável de um ano para a regularização na situação dos presos, **provisórios**, frise-se.

Ao frisarmos a situação dos presos provisórios, obviamente, não estamos afastando a necessidade de regularizar também a situação dos definitivos. Estamos, outrossim, destacando que o magistrado rechaçou os descabimentos de estabelecimento destinado a pessoas que sequer foram condenadas pela prática dos atos que lhe são imputados. O que torna ainda mais inadmissível a situação apresentada na escoreita **sentença**.

Mesmo quando se trata de pena, e não de prisão cautelar, deve-se lembrar ser a punição a privação da liberdade, o que não é pouco. Não há lei prevendo o enlatamento de ninguém, qual sardinha. Também não há lei prevendo a submissão ao risco concreto de contrair moléstias, ou às humilhações bem especificadas na **sentença** do juiz corregedor dos presídios em São Paulo. Ele teve a coragem de intervir e sua decisão deve vincular e ser observada, não só porque o Poder Executivo entendeu adequado fazê-lo, mas porque é ato jurisdicional.

Dados os princípios que norteiam e devem nortear o Direito Penal, princípios esses cristalizados em nossa Constituição, sobretudo mediante a vedação de penas cruéis, tem-se que a única interpretação possível de ser conferida às normas da Corregedoria-Geral do Estado de São Paulo é justamente a de que referido órgão deverá intervir apenas diante da omissão do juiz responsável.

O artigo 66 da Lei de Execução Penal atribui ao juiz de primeira instância, da vara da execução, o dever de interditar, total ou parcialmente, instituições carcerárias que estejam funcionando em desacordo com a lei e, obviamente, com a Constituição Federal.

Dados os princípios que norteiam e devem nortear o Direito Penal, princípios esses cristalizados em nossa Constituição, sobretudo mediante a vedação de penas cruéis, tem-se que a única interpretação possível de ser conferida às normas da Corregedoria-Geral do Estado de São Paulo é justamente a de que referido órgão deverá intervir apenas diante da omissão do juiz responsável.

Ou seja, ocorrendo ilegalidades, ou arbitrariedades, haja vista o princípio basilar da dignidade humana, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo deve intervir, para sanar eventual inação do juiz competente, já que os

direitos individuais estão acima das questões formais.

Ao contrário, quando se está diante de preservar o indivíduo frente ao Estado, todo formalismo é pouco, ganhando força absoluta o princípio da legalidade, não se podendo fazer letra morta do artigo 66 da Lei de Execução Penal, valendo lembrar as ponderações da ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**, em artigo homenagem ao saudoso professor **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo**, no sentido de que “*não se deve modificar a lei para adequá-la a uma insuportável realidade, mas buscar condições de melhorar o desumano sistema penal, possibilitando, com isso, o cumprimento da lei*”.⁽³⁾

NOTAS

(1) Vide íntegra da representação em: www.oabtpa.org.br

(2) “*Em verdade, como bem observou o procurador de Justiça, dr. José Carlos Gobbi Pagliuca, a*

*presente hipótese não é de Mandado de Segurança, uma vez que, da decisão, que indeferiu o pedido do dr. promotor de Justiça, caberia o recurso de agravo em execução, previsto no artigo 197, da Lei de Execução Penal. Com efeito, em todas as matérias elencadas no art. 66 da referida lei, sejam as de natureza administrativa quanto as de natureza jurisdicional, de competência do juiz da execução, o procedimento é judicial, conforme dispõe o art. 194 da mesma lei, sendo o recurso adequado, portanto, o de agravo em execução. Por sua vez, reza a Súmula 267, do Supremo Tribunal Federal, que ‘não cabe Mandado de Segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção’. De outra parte, conforme se vê a fls. 162vo., a decisão contra a qual ora se insurge o dr. promotor de Justiça, transitou em julgado...” (TJSP, 13ª Câmara Criminal, MS 00981219.3/5-0000-000, relator desembargador **Miguel Marques e Silva**, j. 16/11/06, destacamos).*

(3) “Notas sobre a inconstitucionalidade da lei 10.792/2003, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na execução penal”, *Revista do Advogado*, n. 78, setembro de 2004, p. 61.

Janaina Conceição Paschoal

Advogada criminalista e professora doutora de Direito Penal na Universidade de São Paulo

CRITÉRIOS PARA A AFERIÇÃO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Paulo Henrique Aranda Fuller

A denominação “crimes contra a ordem tributária”, empregada na Lei n. 8.137/90 (arts. 1º a 3º), abrange outras condutas tipificadas no Código Penal, que igualmente promovem a tutela penal do bem jurídico **arrecadação tributária**,⁽¹⁾ como os crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A), sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A) e descaminho (art. 334, *caput*, segunda parte).

O bem jurídico tutelado por tais crimes (arrecadação tributária) aconselha o estudo apartado desse microsistema penal, em função de suas peculiaridades, percebidas claramente na disciplina dos efeitos penais da reparação dos danos (pagamento parcelado ou integral do tributo), atualmente regulados pelo art. 9º da Lei n. 10.684/03 (PAES ou Refis II), bem como nos critérios para a aferição da insignificância ou bagatela, objeto do presente trabalho.

Como consabido, o princípio da insignificância ou da bagatela determina a atipicidade penal do fato, sob o aspecto **material** (a despeito da tipicidade formal da conduta), em face da ausência de lesão ou ameaça de lesão **relevante** ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

Surge assim a necessidade de delimitação do alcance da insignificância, em consonância com a natureza da infração penal cogitada (em crimes contra o pa-

trimônio, *v.g.*, costuma-se discutir em torno de um critério objetivo — tal qual o valor de um salário mínimo — ou subjetivo — cotejo entre a lesão e a condição econômica do ofendido).

Os crimes contra a ordem tributária, especificamente, possuem um importante paradigma legal que entendemos adequado para a apreciação da relevância (ou da sua contraface, a insignificância) da lesão ao bem jurídico arrecadação tributária, qual seja, o limite estabelecido pela União para a dispensa da execução fiscal, que hoje corresponde a R\$ 10.000,00

(dez mil reais), a teor do art. 20, *caput*, da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002 (com a redação dada pelo art. 21 da Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004):

“Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

Como consabido, o princípio da insignificância ou da bagatela determina a atipicidade penal do fato, sob o aspecto **material** (a despeito da tipicidade formal da conduta), em face da ausência de lesão ou ameaça de lesão **relevante** ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

Outrossim, o art. 4º da Portaria n. 4.943, de 4 de janeiro de 1999, do Ministro da Previdência e Assistência Social (com a redação dada pela Portaria MPS n. 296, de 08.08.2007 - DOU de 09.08.2007), autoriza “o não arquivamento das execuções fiscais de dívida ativa do INSS de valor até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), considerada

por devedor, exceto quando, em face da mesma pessoa, existirem outras dívidas que, somadas, superem esse montante” (inciso I), e “o pedido de arquivamento, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do procurador federal, dos autos das execuções fiscais de débitos inscritos como dívida ativa do INSS de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)” (inciso II).

Com efeito, se o aludido montante não se afigura relevante para ensejar a cobrança judicial pela Fazenda Pública, *a fortiori*, não pode ser considerado relevante para deflagrar a persecução penal do fato,⁽²⁾ notadamente quando sopesada a subsidiariedade e a fragmentariedade do Direito Penal, que represen-

tam fatores de limitação do poder punitivo estatal (princípio da intervenção mínima).

Em outras palavras: se para a União o valor de R\$ 10.000,00 não justifica a adoção de medidas de coerção meramente patrimoniais (propositura ou seguimento da ação de execução fiscal), não pode igualmente legitimar a privação da liberdade de locomoção do indivíduo, sob pena de desvirtuamento da função do Direito Penal (exclusiva proteção de bens jurídicos), que passaria a servir como sucedâneo da ação de execução fiscal, instrumento próprio para a cobrança judicial de tributos.

Seria como a União dizer: o custo operacional da execução fiscal de valores iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 não seria vantajoso, então, em lugar de propor ação de execução fiscal, ameaça o sujeito com a cominação de consequências penais e, uma vez recolhido integralmente o tributo, declaro extinta a punibilidade do fato (art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/03).

Embora o valor de R\$ 10.000,00 seja o estabelecido para a dispensa da execução fiscal de tributos *federais*, entendemos que, por força do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF) e da identidade do bem jurídico tutelado (arrecadação tributária), a mesma quantia deva ser adotada, na **esfera penal**, para a aferição da insignificância de fatos relacionados a tributos *estaduais* e *municipais*, independentemente do patamar estipulado por cada ente político para a abstenção da cobrança judicial.

Proceder de maneira diversa significaria privilegiar alguns sujeitos (cujas condutas afetaram tributos federais) em detrimento de outros (cujas condutas afetaram tributos estaduais ou municipais), unicamente em função da competência constitucional para a instituição do tributo, *discrímen* este que, por ser **alheio** aos sujeitos envolvidos, jamais poderia fundamentar eventual tratamento diferenciado.

A respeito do fator de discriminação, **Celso Antônio Bandeira de Mello** preleciona ser *“inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas.*

Em outras palavras: um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas é inidôneo para distingui-las. [...].

Em suma: é simplesmente ilógico, irra-

cional, buscar em um elemento estranho a uma dada situação, alheio a ela, o fator de sua peculiarização. Se os fatores externos à sua fisionomia são diversos (quais os vários instantes temporais) então, percebe-se, a todas as luzes, que eles é que se distinguem e não as situações propriamente ditas. Ora, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequilibrar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais.”⁽³⁾

Cumpre salientar que o reconhecimento da atipicidade penal do fato, em caso de tributos estaduais ou municipais, não obsta a deflagração da respectiva execução fiscal, de acordo com os limites de dispensa porventura estabelecidos por cada Estado-membro ou Município, haja vista que a conduta permanece sendo um ilícito fiscal.

Pelos mesmos motivos, reputamos ineficaz, para fins penais, em respeito ao princípio constitucional da isonomia, o disposto no art. 20, § 3º, da Lei n. 10.522/02,⁽⁴⁾ que impede o arquivamento das *“execuções relativas à contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”*, bem como no art. 4º, § 3º, da Portaria n. 4.943, de 4 de janeiro de 1999, do ministro da Previdência e Assistência Social (com a redação dada pela Portaria MPS n. 296, de 08.08.2007 - DOU de 09.08.2007),⁽⁵⁾ que afasta a dispensa da execução fiscal de *“créditos originários de crime”* (ressalva não inserida na Lei n. 10.522/02, que cuida dos tributos federais em geral).

Isso porque a identidade do bem jurídico tutelado (arrecadação tributária) impõe a aplicação de um mesmo regime jurídico a todos os crimes contra a ordem tributária,⁽⁶⁾ não se justificando, sob a perspectiva da isonomia, o tratamento diferenciado de sujeitos apenas em função da espécie tributária atingida⁽⁷⁾ (contribuição social para o FGTS ou contribuições sociais de *seguridade social*).

A partir dessas premissas, entendemos **inconstitucionais** as normas contidas nos arts. 168-A, § 3º, inciso II, e 337-A, § 2º, inciso II, ambos do Código Penal, que permitem a concessão de perdão judicial ou a aplicação somente da pena de multa quando, sendo o sujeito

primário e de bons antecedentes, o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Ora, a circunstância de o valor do tributo ser igual ou inferior ao patamar definido para a dispensa da execução fiscal implica a atipicidade penal do fato⁽⁸⁾ (sob o aspecto material) e, portanto, não se coaduna com o perdão judicial ou a pena de multa, que pressupõem o re-

conhecimento de um fato típico, ilícito e culpável.

Ademais, admitir a “transformação” da insignificância em hipótese de perdão judicial ou de aplicação isolada da pena de multa equivaleria a reconhecer a possibilidade de persecução penal (e,

no segundo caso, da imposição de pena) em relação a um fato materialmente atípico, em absoluta afronta aos postulados do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, *caput* e III, da CF).⁽⁹⁾

Outras particularidades devem ainda ser consideradas quando da apreciação da insignificância em sede de crimes contra a ordem tributária:

a) a insignificância ou bagatela deve ser analisada com base no valor do *tributo devido* e não das mercadorias ou produtos apreendidos;

b) deve ser adotado como referencial o montante consolidado no *lançamento do tributo* e não o valor atualizado do débito, a fim de afastar o risco de o sujeito ser prejudicado por eventual demora no reconhecimento da bagatela;⁽¹⁰⁾

c) deve ser ponderado apenas o valor do *tributo*, sem a inclusão de qualquer penalidade pecuniária que incida sobre o fato,⁽¹¹⁾ pois esta, apesar de integrar o crédito tributário,⁽¹²⁾ não retrata a dimensão da lesão ao bem jurídico arrecadação tributária.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que inicialmente reconhecia a insignificância dos casos enquadrados na dispensa de execução fiscal,⁽¹³⁾ modificou sua orientação e passou a identificar a bagatela apenas nas evasões fiscais compreendidas no limite de R\$ 100,00 (cem reais), estipulado no art. 18,

O reconhecimento da atipicidade penal do fato, em caso de tributos estaduais ou municipais, não obsta a deflagração da respectiva execução fiscal, de acordo com os limites de dispensa porventura estabelecidos por cada Estado-membro ou Município, haja vista que a conduta permanece sendo um ilícito fiscal.

§ 1º, da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, para o cancelamento de débitos inscritos em Dívida Ativa da União,⁽¹⁴⁾ com o que não podemos concordar.

O fundamento para o novo posicionamento repousa na distinção entre a dispensa da propositura da ação de execução fiscal (ou o arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição), autorizada pelo art. 20, *caput*, da Lei n. 10.522/02, e a extinção do crédito tributário, determinada pelo art. 18, § 1º, do mesmo diploma legal.⁽¹⁵⁾

Concessa venia, entendemos que, se houve extinção do crédito tributário, não se trata de insignificância ou bagatela, mas de atipicidade **formal** mesma, ante a ausência de elemento normativo constitutivo do tipo penal incriminador: o “*tributo*” devido. Diversamente, nos valores superiores a R\$ 100,00 (cem reais) e iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o fato revela tipicidade formal (presença dos elementos do tipo penal), mas não material, por força da insignificância da lesão ao bem jurídico arrecadação tributária, inferida do desinteresse do Estado em promover a cobrança judicial do crédito tributário mediante ação de execução fiscal.

Com tais apontamentos, procuramos demonstrar que a unidade sistêmica do direito recomenda o **sincretismo** entre o desinteresse estatal na arrecadação tributária (manifestado pela abdicação da propositura da execução fiscal) e a insignificância penal, como forma de estabelecer um critério seguro para a aferição da tipicidade material nos crimes contra a ordem tributária.

NOTAS

- (1) Cf. **SALOMÃO, Heloisa Estellita**. *A Tutela Penal e as Obrigações Tributárias na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188.
- (2) TRF da 3ª Região, 2ª Turma, RSE n. 200361240014822/SP, rel. des. federal **Fotrim Guimarães**, j. 11.09.2007, *DJU* 28.09.2007; TRF da 3ª Região, 1ª Turma, HC n. 200703000408376/SP, rel.^a des.^a federal **Vesna Kolmar**, j. 24.07.2007, *DJU* 28.08.2007.
- (3) *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 29-30/35.
- (4) “Art. 20. [...] § 3º O disposto neste artigo não se aplica às execuções relativas à contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.”
- (5) “Art. 4º [...] § 3º O disposto neste artigo não se aplica aos créditos originários de crime.”
- (6) Em defesa de um regime jurídico isonômico para os crimes contra a ordem tributária, embora cuidando dos efeitos penais do pagamento e do parcelamento do tributo: **ESTELLITA, Heloisa**. “Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei n. 10.684/03”.

Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.130, pp. 2-3, set. 2003.

- (7) “Necessário ter em vista que as contribuições ‘previdenciárias’ são espécies do gênero tributos. Ora, quando analisamos a questão da destinação do produto arrecadado com a cobrança dos tributos e de sua utilização extrafiscal, constatamos não ser possível identificar, ao menos em nível constitucional e a priori, maior ou menor relevância, no seio do bem jurídico da arrecadação tributária, entre as diversas espécies tributárias e as respectivas incidências propriamente fiscais ou extrafiscais” (**SALOMÃO, Heloisa Estellita**. *A Tutela Penal e as Obrigações Tributárias na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 216).
- (8) Aplicando o princípio da insignificância para o crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP): TRF da 3ª Região, 1ª Turma, RSE n. 200461050099900/SP, rel. des. federal **Johanson Di Salvo**, j. 26.06.2007, *DJU* 21.08.2007.
- (9) **Contra**, entendendo ser caso de perdão judicial ou de aplicação isolada da pena de multa: TRF da 4ª Região, 8ª Turma, Apelação n. 200571150022520/RS, Rel. p/acórdão des. federal **Élcio Pinheiro de Castro**, j. 25.07.2007, *DJU* 08.08.2007; TRF da 3ª Região, 1ª Turma, RSE n. 200661160004310/SP, rel. des. federal **Márcio Mesquita**, j. 10.07.2007, *DJU* 24.07.2007.
- (10) TRF da 4ª Região, HC n. 2004.04.01.040755-2/RS, rel. des. federal **Paulo Afonso Brum Vaz**, j. 06.10.04, *DJ* 27.10.04, p. 838 – *Informativo Criminal*, Novembro de 2004, Parte I.
- (11) TRF da 4ª Região, RSE n. 2002.71.03.004659-3/RS, rel. des. federal **José Luiz B. Germano da Silva**, j. 30.09.03, *DJ* 15.10.03, p. 976 – *Informativo Criminal*, Novembro 2003, Parte I; TRF da 4ª Região, 7ª Turma, RSE n. 2003.70.05.000879-4/PR, Rel. p/acórdão des. federal **Volkmer de Castilho**, j. 27.05.2003 – *Informativo Criminal*, maio 2003.
- (12) Art. 139, c.c. o art. 113, § 1º, ambos do Código Tributário Nacional.
- (13) STJ, 5ª Turma, HC 34.641/RS, rel. min. **Felix Fischer**, j. 15.06.2004, *DJ* 02.08.2004; STJ, 5ª Turma, REsp 617.049/RN, rel.^a min.^a **Laurita Vaz**, j. 03.02.2005, *DJ* 04.04.2005; STJ, 5ª Turma, REsp 633.657/RJ, rel. min. **Felix Fischer**, j. 04.11.2004, *DJ* 06.12.2004; STJ, 5ª Turma, HC 34.281/RS, rel. min. **José Arnaldo da Fonseca**, j. 08.06.2004, *DJ* 09.08.2004.
- (14) “Art. 18. [...] § 1º Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).”
- (15) STJ, 5ª Turma, REsp 685.135/PR, rel. min. **Felix Fischer**, j. 15.03.2005, *DJ* 02.05.2005; STJ, 5ª Turma, RHC 21.379/PR, rel. min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, j. 07.08.2007, *DJ* 27.08.2007; STJ, 5ª Turma, REsp 828.469/RS, rel.^a min.^a **Laurita Vaz**, j. 27.02.2007, *DJ* 26.03.2007; STJ, 5ª Turma, HC 47.944/PR, rel. min. **Gilson Dipp**, j. 04.04.2006, *DJ* 02.05.2006.

Paulo Henrique Aranda Fuller

Juiz de Direito em Minas Gerais, mestrando em Direito Penal pela PUC-SP e professor de Processo Penal do Curso LFG

PARTICIPE POR ACREDITAR

MESA DE ESTUDOS E DEBATES

Tema: *Imputação e Ciência no Direito Penal*

Data: 12 de março de 2008 às 10h00

Local: Auditório do IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar - São Paulo / SP.

Expositores: **Edgardo Alberto Donna** (doutor em Direito e catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires) e **Luciano Nascimento Silva** (doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal e professor coordenador dos Cursos de Pós-Graduação (*Lato Sensu*) em Direito Penal e Direito Processual Penal na Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados de São Paulo – OAB/SP).

Vagas Limitadas!

Inscrições e informações: (11) 3105-4607 ramal 174, por e-mail (mesas@ibccrim.org.br) ou no site (www.ibccrim.org.br)

LEIA NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Nº 70 - JANEIRO-FEVEREIRO/2008

- *Superior Responsibility for Acts of Torture Committed by Subordinates under International Criminal Law - The Case of U.S. Abuse Against Iraqi Prisoners* - **Chantal Meloni**
- *Uma Análise Crítica da Prevenção Geral Positiva no Funcionalismo Sistemático de Günther Jakobs* - **Fábio da Silva Bozza**
- *A (Re)Normatização do Direito Penal Frente aos Direitos Difusos* - **Fábio Guedes de Paula Machado, Bruno de Oliveira Moura e Wesley Miranda**
- *Política Criminal Populista: Para Uma Crítica do Direito Penal Instrumental* - **Frederico Figueiredo**
- *Socialização e Criminalização dos Riscos: Conflitos entre a Teoria da Racionalidade Moderna e Teoria Penal Liberal Clássica* - **Izabela Lopes Jamar**
- *Consideraciones sobre la Delimitación del Engano Típico en el Delito de Estafa* - **Nuria Pastor**
- *Las “Conductas Neutras” en Derecho Penal – La Discusión Sobre los Límites de la Complicidad Punible* - **Ricardo Robles Planas**
- *O Equilíbrio entre a Eficiência e o Garantismo e o Crime Organizado* - **Antonio Scarance Fernandes**
- *Presunção de Inocência: Efeito Suspensivo dos Recursos Extraordinário e Especial e Execução Provisória* - **Guilherme Madeira Dezem**
- *A Reparação, como Terceira Via, e o Direito Penal do Jovem Adulto* - **Selma Pereira de Santana**
- *Violência Contra as Mulheres e Legislação Especial, Ter ou Não Ter? Eis uma Questão* - **Wânia Pasinato**

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE:

A DISPARIDADE ECONÔMICA ENTRE OS AGENTES DO TRÁFICO DE DROGAS E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA DE MULTA

Rafael Folador Strano

Seguindo a linha punitivista internacional em relação ao tráfico de drogas,⁽¹⁾ a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, agravou as reprimendas dessa modalidade criminosa. Em relação à pena privativa de liberdade, a nova lei de drogas majorou em dois anos a pena mínima que antes era de 3 (três) e, atualmente, é de 5 (cinco) anos de reclusão. No que diz respeito ao patamar máximo, não houve alteração, permanecendo o limite previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, qual seja, 15 (quinze) anos.

Todavia, a severidade da nova lei se torna mais evidente a partir de uma análise sobre as margens fixadas para a pena de multa do crime de tráfico. Com efeito, de acordo com a antiga lei, a pena de multa poderia ser fixada entre 50 (cinquenta) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Já pela Lei nº 11.343/06, passou a ser de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Nota-se, portanto, que houve um aumento significativo no *quantum* da pena pecuniária, cujo patamar mínimo foi multiplicado por dez e o máximo praticamente quadruplicado.

No que diz respeito à majoração do limite máximo da pena de multa, não há muita controvérsia. O aumento encontra razão no poder econômico dos “chefes do tráfico de drogas” que, organizados, gerenciam verdadeiras fortunas decorrentes da venda de substâncias ilícitas. Concomitantemente, são considerados os principais responsáveis por inúmeras mazelas que assolam a sociedade e a segurança pública, razão pela qual se justifica uma maior severidade na reprimenda. Sendo essa a política criminal adotada pela legislação brasileira, a pena pecuniária deve ser alta, afinal, os “grandes” traficantes possuem plenas condições econômicas de cumpri-la.

A discussão, todavia, se torna fértil em relação ao patamar mínimo da multa do art. 33, o qual, conforme se pretende demonstrar, impede uma efetiva individualização da reprimenda.

Isso porque, visualizando a realidade econômica das pessoas que cometem tráfico de drogas em uma pirâmide hipotética, pode-se dizer, grosso modo, que os já mencionados “grandes chefes” se localizariam em seu topo. O nível intermediário abarcaria os *longa manus* daqueles, os chamados “*traficantes contumazes*”⁽²⁾ — pessoas

aliadas desde a infância pelo tráfico e que obtêm uma certa margem de lucro em decorrência do crime. Por fim, na base — e basta uma visita às varas criminais brasileiras para comprovar tal assertiva — verificar-se-ia a maioria das pessoas denunciadas pelo crime de tráfico, indivíduos que vendem pequenas quantidades de drogas, no intuito de obter meios necessários à subsistência, isso quando também não o fazem para sustentar o próprio vício.

Os indivíduos que se enquadram na última situação descrita auferem, portanto, uma ínfima parcela dos valores obtidos por meio do crime. Tal quantia é suficiente — quando o é — apenas para um precário modo de vida. Prova disso é que grande parte dos acusados sequer possui residência. Como consequência, o nível econômico dessas pessoas encontra-se à margem do piso mínimo da individualização da pena de multa fixado em sede legislativa, o que se torna claro na quantificação da reprimenda.

Ainda que os dias-multa sejam aplicados no menor valor possível (art. 43 da Lei nº 11.343/06), a pena pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa consubstanciará, com base no atual salário mínimo, o montante aproximado de R\$ 6.334,00 (seis mil, trezentos e trinta e quatro reais). Em um país no qual a renda-base gira em torno de R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais) mensais, tal valor ultrapassa — e muito — as condições econômicas da maioria da população. O que dizer, então, da situação do “*mero passador eventual*” de drogas, enquadrado na base da aludida pirâmide, que muitas vezes nem um salário mínimo chega a auferir, mas que, pela Lei nº 11.343/06, foi colocado na mesma posição do traficante contumaz? Como adequar a pena à sua condição econômica se a própria lei determina um patamar tão alto?

Na realidade, visando atenuar essa homogeneidade, ao inserir o § 4º do art. 33, o legislador tentou distinguir os vários “níveis” de traficância, permitindo ao juiz que aplique uma causa de diminuição de pena (de 1/6 a 2/3) quando verificar que o agente não se dedica a atividades criminosas nem integra organização voltada a esse fim. Contudo, para que receba a benesse, o réu deverá ser primário e de bons antecedentes, o que, como se sabe, é raro de se verificar nos casos de tráfico, uma vez que a maioria destes agentes já foi indiciada

por delitos patrimoniais. Mesmo que seja aplicado o referido § 4º, a pena de multa perfará o montante aproximado de R\$ 2.110 (dois mil, cento e dez reais), quantia ainda superior à realidade econômica da maioria dos réus.

A individualização da pena, conforme ensina **Guilherme de S. Nucci**,⁽³⁾ serve justamente para tratar desigualmente réus que se encontram em posições desiguais. O autor sustenta, também, que “*é responsabilidade do magistrado atenuar as desigualdades sociais na aplicação da lei penal [...]*”.⁽⁴⁾ Contudo, resta claro que, ao determinar um patamar mínimo tão elevado para a pena pecuniária do art. 33, o legislador atou as mãos do magistrado que, circunscrito à lei, não poderá adequar a multa à real situação econômica do condenado pelo crime de tráfico, obstando, dessa forma, o que dispõe o art. 60 do Código Penal: “*Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.*”

Outrossim, a alegação de que para realizar a individualização da pena basta que o magistrado se atenha aos limites legais redonda no mais puro formalismo, não sendo admissível olvidar-se que, por trás da lei, há uma realidade concreta a ser aferida. Entretanto, é importante frisar que o juiz não deve — nem pode — julgar *contra legem*, razão pela qual a presente crítica se restringe tão somente à fase legislativa da individualização da pena de multa.

Ressalta-se, ademais, que a violação à garantia constitucional de individualização da reprimenda, em sua modalidade pecuniária, pode produzir resultados extremamente gravosos. Isso porque, conforme aponta **Zaffaroni**, “*a multa não é uma pena adequada para ser imposta aos setores mais carentes de uma população que se encontra no limite de sua subsistência, e que viria agravar, ainda mais, uma situação social que, em definitivo, é uma condicionante do delito [...] a multa não pode ser imposta, nem mesmo com esse sistema [de dias-multa], quando a pessoa não chega a ganhar mais — quando ganha — do que o suficiente para viver*”.⁽⁵⁾

A elucidativa constatação se mostra pertinente ao caso sob comento, uma vez que, se a imposição da sanção pecuniária não é adequada aos setores mais carentes, logicamente inadequada é a multa desproporcionalmente alta. Ainda que o condenado passe pelo processo de ressocialização durante o cumprimento da pena privativa de

liberdade — o que sabidamente não passa de mera utopia em nosso país —, sairá do cárcere devendo um valor altíssimo à Fazenda Pública. Caso arranje uma ocupação lícita — o que raramente ocorre em razão da estigmatização que tanto aflige os egressos —, correrá o risco de sofrer, durante vários anos, descontos em sua folha salarial, diminuindo sensivelmente sua qualidade de vida e condicionando-o novamente à rotina delituosa. Nesse caso, o processo ressocializatório restará inútil.

Diante do exposto, considerando a complexidade do crime de tráfico de drogas, cujos agentes pertencem às mais distintas classes socioeconômicas, pode-se dizer que o patamar mínimo de 500 (quinhentos) dias-multa impede a efetiva individualização da pena pecuniária para grande parcela dos condenados, dando margem, inclusive, a resultados tão ou mais gravosos que o próprio crime. Por fim, tendo em vista a insolvência daqueles, enquanto tal piso mínimo restar inalterado, dificilmente a reprimenda será

cumprida e fatalmente cairá no ostracismo tão peculiar às sanções pecuniárias estabelecidas no ordenamento pátrio, sem que antes tenha inviabilizado ainda mais a ressocialização de inúmeros condenados.

NOTAS

- (1) Nesse sentido, cf. **GOMES, Luis Flávio et. al.** *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 08.
- (2) Os termos “*traficante contumaz*” e “*mero passador eventual*” foram utilizados por **SHECAIRA, Sérgio Salomão** in “A Lei de Drogas e o crime de tráfico”, *Boletim IBCCRIM*, v. 177, agosto, 2007, pp. 2-3.
- (3) **NUCCI, Guilherme de Souza**. *Individualização da Pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 38.
- (4) **NUCCI, Guilherme de Souza**, *op. cit.*, p. 39.
- (5) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique**. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 814.

Rafael Folador Strano

Aluno do último ano (décimo semestre) da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

PARTICIPE POR ACREDITAR

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DO IBCCRIM

Segue a programação das datas do processo seletivo da **7ª Edição do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM**.

Inscrições do Laboratório: de 07/01 a 05/03/08

Prova escrita: 10/03/08

Divulgação no site dos aprovados na 1ª fase: 12/03/08

Entrevista (2ª fase): 14/03/08

Divulgação oficial dos aprovados no Laboratório 2008: 17/03/08

Início das aulas: 24/03/08

Informações: www.ibccrim.org.br, (11) 3105 4607 ramal 174 ou laboratorio@ibccrim.org.br

14º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

Você não pode perder o maior evento das Ciências Criminais do Brasil!

Em 2008, o **14º Seminário Internacional do IBCCRIM** acontecerá entre os dias 26 e 29 de agosto, no Hotel Maksoud Plaza, em São Paulo.

Confira, a seguir, alguns dos professores confirmados:

Internacionais: Carlos Romeo Casabona (Espanha), Enzo Musco (Itália), Florentín Melendéz (El Salvador), Giovanni Fiandaca (Itália), Urs Kindhauser (Alemanha) e Maximiliano Hairabedián (Argentina).

Nacionais: José Gilberto Franco (SP), Lúcia Maria Rosa Cruz (SP), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (DF), Débora Diniz (DF).

Para mais informações contate o **Departamento de Cursos e Eventos** pelo telefone **(11 - 3105 4607)** ou e-mail **(eventos@ibccrim.org.br)**

Os valores para associados foram mantidos! Aproveitem o desconto.

Valores até 30/06/08	Presencial	Telão
Profissional sócio	R\$ 550,00	R\$ 500,00
Profissional não-sócio	R\$ 660,00	R\$ 600,00
Estudante sócio	R\$ 330,00	R\$ 280,00
Estudante não-sócio	R\$ 420,00	R\$ 370,00

Valores a partir de 01/07/08	Presencial	Telão
Profissional sócio	R\$ 600,00	R\$ 550,00
Profissional não-sócio	R\$ 720,00	R\$ 660,00
Estudante sócio	R\$ 380,00	R\$ 330,00
Estudante não-sócio	R\$ 470,00	R\$ 420,00

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Ministério Público do Amazonas

■ CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

■ DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS
- Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

■ MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda. - Praetorium
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDFPF-MG

■ PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

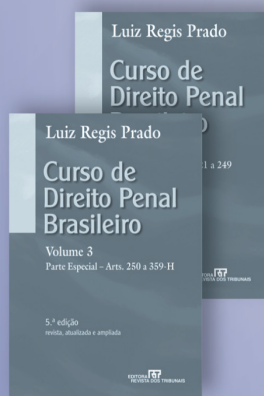
■ RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

■ SÃO PAULO

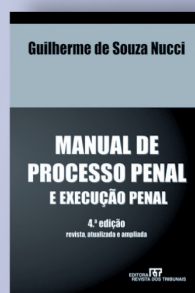
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPESP
- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

Confira os destaques que a Editora RT traz este mês para você

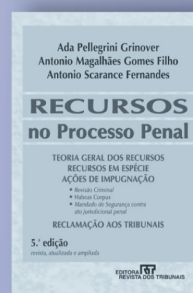


Volume 2
Luiz Regis Prado
800 páginas - R\$ 144,00

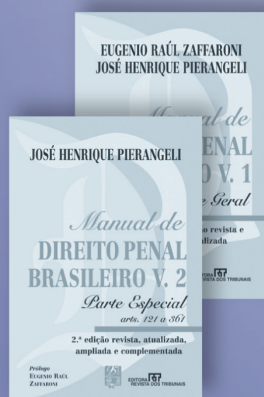
Volume 3
Luiz Regis Prado
812 páginas - R\$ 147,00



Guilherme de Souza Nucci
1.072 páginas - R\$ 189,00

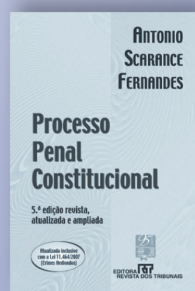


Ada Pellegrini Grinover
Antonio Magalhães Gomes Filho
Antonio Scarance Fernandes
462 páginas - R\$ 92,00

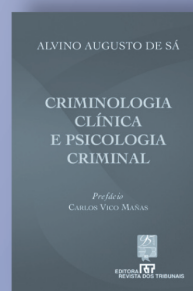


Volume 1
Eugenio Raúl Zaffaroni
José Henrique Pierangeli
766 páginas - R\$ 134,00

Volume 2
José Henrique Pierangeli
1.050 páginas - R\$ 185,00



Antonio Scarance Fernandes
416 páginas - R\$ 74,00



Alvaro Augusto de Sá
208 páginas - R\$ 39,00



Volume 1
Coord.: Luiz Flávio Gomes
Alice Bianchini
Antonio Garcia-Pablos de Molina
670 páginas - R\$ 127,00

Volume 2
Coord.: Luiz Flávio Gomes
Antonio Garcia-Pablos de Molina
942 páginas - R\$ 149,00



Santiago Mir Puig
444 páginas - R\$ 78,00

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS
WWW.RT.COM.BR