

## 2

# A Produção Legislativa em Matéria Penal após a Constituição de 1988

## 2.1

### Considerações iniciais

A legislação penal produzida no Brasil a partir da Constituição de 1988 está marcada fortemente por direções antagônicas e pela ausência de técnica.

A redemocratização do país no final da década de oitenta legou ao legislador nacional a tarefa de redesenhar o quadro do ordenamento jurídico nacional, de molde a conformá-lo ao novo modelo de Estado. Convém lembrar que as instituições e aparatos normativos nacionais estavam adaptados a um formato de Estado não democrático.

É certo que em matéria penal, a tarefa era ainda mais profunda, já que se trata de um dos ramos do Direito mais afetos ao exercício do poder e, portanto, mais sensível aos regimes autoritários. Diante disso, era necessário legislar em nome de uma nova política criminal, consentânea com a democracia que se refundava no país.

A Constituição de 1988 previra marcos genéricos dessa nova política criminal: basicamente a consolidação dos direitos fundamentais de proteção ao indivíduo, além dos mandados de criminalização em determinados temas, matéria esta enfrentada no capítulo I, além da preservação do espaço tradicional do direito penal.

Uma análise da sucessão de leis penais produzidas desde então parece indicar que o legislador ordinário teve dificuldades em definir uma política criminal coerente e racional para a nova quadra democrática a partir desses marcos constitucionais. Embora intensa, a produção de leis penais foi também

oscilante e sem um perfil nítido, denotando um legislador errático, pendular: ora tendendo a uma posição francamente liberal com medidas despenalizadoras, ora tendendo a um acirramento, muitas vezes desproporcional, das disposições já existentes, ou mesmo alargando assistematicamente o espectro de bens jurídicos protegidos.

Simultaneamente a esse processo de ruptura com o modelo autoritário, durante a década de noventa, aconteceu um movimento global de redimensionamento dos direitos tidos como fundamentais, principalmente dos direitos sociais, que influenciou profundamente o direito penal nos países ocidentais.

As novas demandas, não somente do Brasil democratizado, mas também da comunidade internacional como um todo, acabaram por impor uma agenda de criminalização de novas condutas, até então indiferentes, ou quase irrelevantes para o direito penal.

Sob os efeitos do fenômeno do mundo globalizado, os modelos tradicionais de Direito e, como não poderia deixar de ser, os de direito penal, sofreram uma profunda revisão. A revolução tecnológica, a sofisticação das relações jurídicas, o encurtamento das distâncias, a queda das fronteiras comerciais e sociais e a rapidez no trânsito da comunicação e das informações foram fatores que forjaram um novo padrão cultural, uma nova e inédita dinâmica de convivência a desafiar novos modelos de normatividade.

Com efeito, até então, o direito penal havia sido concebido sob uma perspectiva antropocêntrica<sup>1</sup>, fundado em dogmas liberais de proteção de bens jurídicos individualizados e voltado para a solução de conflitos interindividuais. E o Direito Penal Brasileiro não fugia desta característica.

É verdade que o Código Penal do Brasil já previa, desde 1940, a proteção de bens coletivos, como paz pública, incolumidade pública, saúde pública, normalidade dos transportes, dentre outros. Não se nega, tampouco, que estas sempre foram objetividades jurídicas de formato transindividual ou

---

<sup>1</sup> V. DIAS, Jorge de Figueiredo. "O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 33, 2001, p. 44.

coletivo<sup>2</sup>. Contudo, a tutela penal era feita de forma pontual e com penas reduzidas, dada a pouca lesividade que estas condutas, em regra, representavam à realidade da época em que o Código foi concebido, ou seja, 1940. Tome-se como exemplo o artigo 281 que tipificava, em sua redação original, o crime de tráfico de entorpecentes, cominando uma pena de 1 a 5 anos, que acabou sendo alterado pela Lei 6.368/76, justamente por conta de sua obsolescência diante da nova realidade mundial que colocou o tráfico de drogas no centro da política criminal dos países ocidentais a partir da década de 60.

A tônica da legislação penal brasileira, todavia, sempre fora liberal e individualista, no sentido de conferir tutela mais rigorosa às violações de direitos individualmente determinados, como é o caso dos delitos patrimoniais.

As últimas décadas do século XX abriram o cenário a novas formas e extensões de lesividade aos bens jurídicos penalmente tutelados. Com efeito, conflitos de diversas naturezas passaram a expor a riscos mais graves bens, desta feita de caráter transindividual, cuja titularidade não é devidamente definida ou delimitada<sup>3</sup>. São conflitos que emergiram naturalmente da assim chamada sociedade de risco<sup>4</sup> e sujeitam os bens jurídicos a uma vasta gama de hipóteses lesivas: risco atômico, químico, ecológico, genético, socioeconômico, além do próprio confronto entre culturas.

Esse movimento de expansão do direito penal foi verificado em boa parte do mundo ocidental e acabou por alcançar o Brasil precisamente no momento em que se operava a reconstrução do arcabouço jurídico-normativo, após a constituinte.

Ocorre que, no início dos anos noventa, os países da América Latina vinham de um período de regimes autoritários violentos, nos quais o direito penal fora utilizado como instrumento institucional da força e da imposição do Estado

---

<sup>2</sup> Nilo Batista considera o Código Penal de 1940 um diploma legal voltado à proteção do estado previdenciário. (ZAFFARONI, Eugenio e BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*, Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 481.

<sup>3</sup> Sobre o tema vale conferir: STRECK, L. L. “Crise(s) paradigmática(s) no Direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais. A encruzilhada do direito penal e as possibilidades da justiça consensual”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 28, 1999.

<sup>4</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 2ª ed., 2009.

sobre o cidadão. A criminologia que se formou a partir deste contexto privilegiou o viés da crítica da dicotomia insuperável entre indivíduo e Estado, seja na vertente mais liberal, seja na via mais à esquerda marxista. O discurso acadêmico brasileiro em matéria penal, formado a partir desta época, abraçou os conteúdos do garantismo liberal, na proteção do indivíduo frente ao poder do Estado, e da criminologia crítica que apontava o direito penal como instrumento de manutenção da hegemonia de classe.

A revisão dos conceitos criminológicos e da sua consequente dogmática somente começaria a alcançar o Poder Judiciário na virada do século, quando se operou uma mudança de geração de juízes nos tribunais. Todavia, no cenário político, o germe do confronto entre o pensamento crítico, as demandas de expansão do direito penal para a seara coletiva e a resistência dos conservadores apegados ao modelo tradicional já podiam ser percebidos desde os trabalhos da constituinte e se intensificaram ao longo das duas décadas subsequentes.

Um dado importante se somaria, ainda, a este contexto: a redemocratização do país se deu em meio a uma calamitosa crise econômica que acentuou dramaticamente as desigualdades sociais. O aumento da criminalidade violenta, tanto urbana quanto rural, foi a consequência mais visível desse fenômeno. Também a liberdade de imprensa conquistada trouxe à tona inúmeros casos de corrupção das esferas públicas, inflando as estatísticas e acentuando a sensação de crescimento da criminalidade.

O anacronismo da legislação penal em vigor, aliado ao desconforto gerado pelo aumento de episódios criminosos, resultou na expectativa geral de agravamento da legislação penal. O novo ambiente democrático também colocou luz no perfil sectário do direito penal e deixou claro que a punição no país era seletiva e poupava os autores provenientes dos extratos mais acima da pirâmide social.

É certo que a crítica a esse aspecto do direito penal brasileiro é mais antiga<sup>5</sup>. Mas foi somente durante a década de noventa que essa percepção alcançou a sociedade como um todo. A notoriedade de grandes escândalos

---

<sup>5</sup> Entrou para a história a frase celebrizada pelo Prof. Heleno Cláudio Fragoso, de que o direito penal brasileiro só se direcionava a pobres, pretos e prostitutas.

financeiros e a divulgação de empreitadas criminosas envolvendo altos escalões da república<sup>6</sup> possibilitaram a discussão e a conclusão das obviedades já há muito apontadas pela doutrina culta: a de que o direito penal brasileiro não tinha aptidão para punir além da criminalidade violenta de baixa renda.

Assim, juntamente com a constatação de que o direito penal não alcançava todo o espectro de criminosos e era leniente com certas castas de acusados, ocorreu o processo de readequação de garantias individuais e de imposição de limites ao punitivismo autoritário do Estado. Ao mesmo tempo, estourava uma crise da segurança pública nas grandes cidades e o aumento da violência, que foram o substrato para a reorganização das hostes conservadoras que defendiam mais rigor nas penas.

Essa crise da segurança pública nas grandes cidades derrubou algumas barreiras ideológicas e confundiu o cenário. No quadro político institucional, a opção pelo aumento da criminalização de condutas e do rigor das penas passou a ser o recurso mais à mão do legislador, estivesse ele mais à esquerda ou mais à direita do espectro ideológico diante da ausência de projetos mais sólidos ou mesmo do abandono destes, no enfrentamento da questão em médio prazo.

Desta forma, as demandas - externa e interna - pelo recrudescimento da persecução penal aconteceram simultaneamente à necessidade de readequação do direito penal no quadro democrático, a qual se exteriorizou pela via dos princípios da *ultima ratio*, e da proteção dos direitos individuais.

Por mais paradoxal que possa parecer, a síntese desse momento se faz na constatação de que o Brasil precisava fazer crescer o direito penal, ao mesmo tempo em que era necessário encolhê-lo. Esse confronto de vetores que indicavam direções opostas para a política criminal, contribuiu para o quadro de sua indefinição, desaguando na crise que ora percebemos.

Desse modo, enquanto a herança autoritária nos apontava para o risco do crescimento do direito penal, as novas realidades impunham novos

---

<sup>6</sup> Para citar apenas alguns exemplos: as quebras de bancos tradicionais como Banco Econômico, Banco Nacional, Banespa, além dos processos criminais instaurados a partir da crise do governo Collor, além do chamado escândalo dos anões do orçamento que atingiu o Congresso, todos durante a primeira metade dos anos noventa.

enfrentamentos na defesa da sociedade. Nesse cenário a expectativa era a de que se promovesse a construção dialética de uma política criminal que, respeitando as conquistas humanitárias do novo regime democrático, pudesse se organizar de forma harmônica a não descuidar das novas demandas. Ao contrário, o que se viu foi um legislador incoerente e muitas vezes perdido, ora atado a estereótipos e preconceitos, ora cedendo ao apelo simbólico de reações midiáticas<sup>7</sup>.

Ao longo das duas décadas que sucederam a Constituição de 1988, a legislação brasileira em matéria penal claudicou na tarefa de materializar um projeto de política criminal, por vezes passando a atuar de forma puramente reativa, pela bandeira da emergência e do oportunismo político, em prejuízo não somente da garantia dos cidadãos, mas também da segurança jurídica e da credibilidade do sistema penal. As leis penais e processuais penais produzidas durante este período refletem a perplexidade havida deste antagonismo.

Deve-se considerar, ainda, outro elemento que contribuiu para a indefinição da política criminal: o abandono dos projetos de codificação. As inovações legislativas foram sendo feitas de forma episódica e pontual, desvinculadas de um eixo condutor, ora através de leis extravagantes, ora pela alteração do texto codificado. O resultado dessas alterações parciais foi um emaranhado labiríntico de dispositivos, muitas vezes ambíguos entre si, quando não contraditórios<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> A inclusão de certos crimes no rol de hediondos e a própria criação da lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) vem sendo apontados como exemplos de leis aprovadas, algumas vezes até mesmo propostas, sob o impulso do apelo simbólico da mídia. O tema admite algumas ponderações que serão feitas mais à frente. Ainda assim, alguns episódios podem ser mencionados: a aprovação da lei de crimes hediondos após uma onda de extorsões mediante sequestro nas grandes cidades, sendo famoso e citado como estopim, o *sequestro* do empresário Roberto Medina; a inclusão do homicídio, qualificado ou o simples praticado por grupos de extermínio, após a morte da atriz Daniela Peres e das chacinas da Candelária e de Vigário Geral no Rio de Janeiro; a inclusão, e; a incorporação da falsificação de remédios e adulteração de alimentos após uma série de reportagens que tornou pública a já disseminada questão da falsificação de medicamentos e ainda os projetos de emenda constitucional para alteração da menoridade penal, após a morte do garoto João Helio, no Rio de Janeiro.

<sup>8</sup> O fenômeno é uma espécie de síndrome na história brasileira e remete a fatos do início do século XX já tratados no capítulo I. Relembrando, com o advento da República, houve a promulgação do primeiro Código Penal Republicano, a partir de um projeto de Batista Pereira, coordenado pelo Ministro da Justiça Campos Salles. Imbuído de espírito neoclássico, o novo código já nascia obsoleto, despertando profunda insatisfação da comunidade jurídica com a realidade penal positiva da época. Foram inúmeras as tentativas de reforma do Código, todas elas coartadas. Durante todo este período, a insatisfação com o ordenamento positivo conviveu com dificuldades práticas de diversas ordens, o que forçou o legislador, por inúmeras vezes, a introduzir modificações e inovações pontuais e assistemáticas. Eram tantas as leis extravagantes e tamanha era a insegurança

Registre-se que o Código de Processo Penal de 1941, de tão incompatível com a nova ordem constitucional, passou a exigir a utilização da técnica hermenêutica da interpretação conforme a constituição em boa parte de seus artigos. Nem se pode alegar que isto se deu simplesmente pela realocação das normas processuais no texto constitucional. Isto é fato. Porém, a constitucionalização dos princípios do processo penal democrático derogou boa parte do texto codificado, o que demandaria uma reforma completa e imediata deste. Ao contrário, a reforma custou demais a vir, obrigando o intérprete a operações tortuosas e complexas de aproveitamento do texto codificado, valendo-se de técnicas de interpretação constitucional, alternativa que, empregada por longo período, provocou desgaste e insegurança jurídica, além de afetar a produção doutrinária da matéria.

Sem embargo, inúmeras alterações pontuais do Código de Processo Penal foram se sucedendo ao longo dessas duas décadas. Foram, em verdade, cerca de cinquenta de leis que modificaram o texto codificado nesse período, algumas destas modificações bastante profundas, como é o caso da Lei 11.719/08, que alterou diversos procedimentos. As alterações parciais, por óbvio, acabaram por comprometer o sentido orgânico do texto adjetivo, gerando inúmeras controvérsias no meio. O projeto de um novo código somente foi retomado de forma séria em 2008, quando da formação, pelo Senado, de uma Comissão de Juristas para a elaboração da proposta de uma nova lei adjetiva<sup>9</sup>.

De se ponderar que a sucessão dessas alterações e demais projetos de leis processuais penais sugere a inexistência absoluta de um planejamento

---

gerada por essa pulverização, que o Desembargador Vicente Piragibe decidiu agrupar toda a legislação para facilitar-lhe o trabalho de consulta. A iniciativa foi bem recebida e, em 1932, Francisco Campos, por decreto, outorgou-lhe a condição de Consolidação das Leis Penais, só substituída pelo Código Penal de 1940.

<sup>9</sup> Em 2008 o Senado Federal constituiu a Comissão de Juristas para elaboração do novo Código de Processo Penal, através do Ato do presidente do Senado nº 011/2008, na forma do Requerimento nº 227/2008, de autoria do Sen. Renato Casagrande. A composição final da Comissão contou com a participação de Antônio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Félix Valois Coelho Júnior, Hamilton Carvalhido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral (disponível em <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=84150](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=84150)>. Acesso em 30 de out. de 2010). Em 20 de maio de 2009, foi instalada a Comissão Especial Interna do Senado Federal com a finalidade de examinar o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009 para reforma do Código de Processo Penal (disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/comissoes/comissao.asp?origem=SF&com=1460>>. Acesso em 30 de out de 2010).

estratégico na concepção do aparato normativo penal. Da mesma forma, em tema de direito penal material, cujas modificações em leis vigentes e as criações de novos tipos parecem não ter obedecido a qualquer espécie de projeto estrutural, o que contribuiu para um resultado fragmentário e tumultuado da legislação<sup>10</sup>.

A lista de leis de natureza penal ou processual penal alternou iniciativas de inspiração liberalizante com momentos de recrudescimento da persecução penal. Ao longo de duas décadas foram introduzidos cerca de 500 novos tipos penais no ordenamento. Muitos já revogados ou alterados por novas leis que, em alguns casos, vieram pouco tempo depois das primeiras, conforme se verá a seguir.

Foram criados em torno de 66 tipos penais na área de meio ambiente. Igualmente, a criminalidade econômica mereceu a tipificação de cerca de uma centena de condutas, mas o rigor destas leis vem sendo regularmente mitigado por benefícios pontuais trazidos por novas leis, como é o caso emblemático dos crimes contra a ordem tributária<sup>11</sup>. A tutela do idoso e da criança também mereceu enquadramento de mais de seis dezenas de tipos. Já a lei dos crimes hediondos, até agosto de 2010, já foi alterada quatro vezes e continua sendo objeto de vários de projetos de reforma, conforme se verá adiante.

Em contrapartida, medidas despenalizadoras foram objeto de cerca de sete leis<sup>12</sup> e importaram em derrogação ou abrandamento de diversos tipos penais<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça no Século XXI: a crise da justiça no Brasil*. Texto preparado para o seminário "Direito e Justiça no Século XXI", Coimbra: Centro de Estudos Sociais de 29 de maio a 1 de junho de 2003. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.

<sup>11</sup> A exemplificar tal fato, as sucessivas leis trazendo o benefício da extinção da punibilidade dos agentes de crimes tributários ou previdenciários pelo pagamento do débito fiscal: lei 8.137/90, cujo art. 14 previa tal benefício, que seria revogado pela lei 8.383/91 e posteriormente ressuscitado pela lei 9.249/95; lei 9.964/00; lei 9.983/00; lei 10.684/03. No item II. 2.7 sobre os crimes econômicos, o tema será abordado e analisado os diversos marcos temporais diversos fixados por cada uma dessas leis para a concessão do benefício.

<sup>12</sup> Como a lei dos juizados especiais criminais (Lei 9.099/95) e a nova lei antidrogas (Lei 11.343/06), que deu um novo enfoque ao usuário.

<sup>13</sup> Sobre o assunto vale destacar o trabalho de doutoramento de Laura Frade, em que se encontra um importante levantamento sobre a produção legislativa em matéria penal e os atores do Legislativo Federal na legislatura do período de 2003 a 2007 (FRADE, Laura. *O que o Congresso Nacional brasileiro pensa sobre a criminalidade*. 2007. 271 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Instituto de Ciências Sociais, Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília. Brasília: Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da BCE/UnB). Segundo a autora, das 646 propostas de

A alternância entre o rigor e a lassidão do aparato legislativo penal não pode ser vista, individualmente, como indicador de problema, podendo antes significar a concretização do processo de seleção próprio da política criminal. Diante de um novo quadro político e de uma nova realidade social, o natural seria mesmo que o legislador fizesse suas opções, arrefecendo a persecução de determinadas condutas, intensificando outras, descriminalizando ou criminalizando, conforme seus critérios.

No entanto, o que ocorreu no Brasil – e a análise deste processo nos autoriza concluir – é que não chegamos a formar critérios consensuados sobre o modelo criminal desejado e permitido no novo Estado. Em razão disso, a doutrina e a academia penderam para a crítica *a priori* da racionalidade do sistema penal, a nosso ver, desconsiderando aspectos da realidade; já a imprensa utilizou ao máximo esse fato, promovendo o destaque barulhento dos episódios que evidenciavam a insuficiência do sistema; enquanto o legislador optou por um modelo essencialmente reativo, ditado pelas conveniências políticas<sup>14</sup>. Neste cenário, as instituições voltadas para a aplicação do direito penal ficaram, elas mesmas, perdidas.

As escolhas sobre quem e como punir acabaram superadas pela emergência de acontecimentos de grande repercussão na mídia, resultando na edição de medidas legislativas meramente simbólicas. Poucas foram as leis penais que partiram de comissões técnicas ou que foram objeto de discussão mais ampla na sociedade, conforme se verá mais adiante.

As leis voltadas ao cumprimento dos mandados constitucionais de criminalização voltaram-se para a intensificação do punitivismo simbólico e muitas vezes desproporcional e sem coerência com o sistema como um todo. Igualmente, agravou-se a punição aos delitos patrimoniais tradicionais. Em contrapartida, foram construídos e intensificados os obstáculos à imposição e execução da pena.

---

legislação na matéria, durante este período, apenas 20 foram no sentido de relaxar ou abrandar algum tipo penal.

<sup>14</sup> De resto, a classe política brasileira não fez mais do que reproduzir uma prática já evidenciada em outros países, reconhecendo “o potencial desse tipo de emotividade para a obtenção e manutenção do poder” (PÜSCHELL, F. P. (Org.); MACHADO, M. R. A. (Org.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54).

Lênio Streck e Andre Copetti, analisando a produção legislativa pós 88, acreditam que o Brasil vive um modelo de transição, já que a quadro repousa sobre um paradoxo: somos um país de modernidade tardia, funcionando a partir de um ordenamento constitucional que positivou o Estado Democrático de Direito. A legislação ordinária, ao menos em matéria penal, foi gerada a partir deste paradoxo, assumindo uma face que não é exclusivamente liberal-individualista e nem somente social-coletivista. Esta circunstância contribuiria para a situação de instabilidade do sistema, que oscila entre um pólo muito repressor e outro mais liberalizante. Ao mesmo tempo em que a legislação estendeu o espectro de bens tutelados, o sistema erigiu também diversos mecanismos que tornaram “cada vez mais burocratizada a imposição de penas privativas de liberdade”<sup>15</sup>. Particularmente os ritos procedimentais e o intrincado sistema recursal do processo penal, além das regras peculiares de prescrição esboçaram este quadro. Também para isto, contribuiu firmemente a jurisprudência que se formou ao longo do período e que será estudada no próximo capítulo.

Importante destacar que esse movimento sinuoso da produção legislativa não encontra correspondência com os fenômenos equivalentes em outros países ocidentais, mais denotando indecisão, que propriamente tensão. A análise de parte das leis penais produzidas neste período auxilia-nos a compreender e demonstrar tais conclusões.

## 2.2

### **A análise da legislação penal pós 88 –critérios de seleção**

A constatação de toda esta tensão no trabalho de edição de leis penais e processuais penais exige uma visão analítica de alguns destes estatutos, seus processos de edição e posteriores alterações. Todavia, os limites do presente trabalho exigem a eleição de alguns objetos que melhor exemplifiquem o fenômeno aqui descrito. A eleição de alguns elementos em detrimento da maioria é sempre um risco à clareza e à visão abrangente. Porém, esse corte da realidade

---

<sup>15</sup> STRECK, Lênio e COPETTI, André. "O direito penal e os influxos legislativos pós constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição?". *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003, p. 225 et seq.

estudada também pode auxiliar, pela síntese, à compreensão, desde que previamente se elejam critérios racionais que orientem as escolhas.

O projeto de analisar, uma a uma, todas as leis em matéria penal editadas ao longo dos 20 anos após a Constituição, por si só, já configuraria um périplo difícil de ser vencido, ao mesmo tempo em que restringiria a análise da crise da formulação de política criminal somente ao trabalho do legislador. Não foi este nosso objetivo, delineado desde logo, quando optamos por refletir sobre esta crise a partir de dois atores primordiais: o legislador e o intérprete judicial, mais especificamente, o STF, além da consideração da doutrina.

Assim, da extensa lista de leis produzidas ao longo deste período, escolhemos alguns temas centrais que, a nosso sentir, melhor evidenciam as circunstâncias acima descritas. O resultado, que será mostrado a seguir, tomou em conta as diversas direções que o trabalho legislativo tomou em matéria penal nas duas décadas estudadas.

A reflexão empreendida permitiu-nos identificar, basicamente, três linhas de atuação, que se desenvolveram de forma paralela e simultânea, aparentemente sem qualquer ligação axial e, portanto, de forma independente: a) um movimento de descontração do direito penal, com a despenalização de determinadas condutas, a implantação de modelos de persecução menos rígidos, e a criação de alternativas às sanções privativas de liberdade; b) um movimento de ampliação das tipificações penais, com a inserção do direito penal em áreas novas e a proteção de interesses difusos; c) a intensificação da persecução, com o recrudescimento da pena privativa de liberdade e fortalecimento dos instrumentos de investigação.

Essas três vertentes, de certa forma, reverberam as linhas gerais traçadas na constituinte ainda que, a nosso ver, o projeto constitucional contemplasse a harmonização entre elas, o que acabou por não acontecer. De fato, não se pode dizer que estas três linhas sejam incompatíveis. Contudo, é a partir da observação da resultante destas linhas que se vislumbra que a legislação penal pós-constituente, longe de representar a articulação de um projeto racional político, se consolidou como produto aleatório de demandas circunstanciais.

A visualização destas três vertentes, apesar de essencial, não foi suficiente para a eleição dos itens de análise. Dessa forma, foi igualmente importante a observação da metodologia de produção destas leis: a constatação da existência ou não de comissões técnicas prévias, e do nível de extensão das discussões na sociedade sobre os temas.

Já se sabe que muitas das leis deste período foram produzidas como reação quase que imediata a estímulos deflagrados por acontecimentos de grande repercussão. Já outras sucederam estudos de comissões de especialistas e atravessaram longos períodos de tramitação. De todos os exemplos pinçados neste universo, evidenciam-se ou a quebra da coerência com o ordenamento geral, com a edição de normas contraditórias e imprecisas, ou a instabilidade das normas, rapidamente alteradas pela modificação conceitual das novas categorias.

De maneira geral, as iniciativas liberalizantes, tais como a lei dos juizados especiais, o enfoque do usuário de drogas e as penas alternativas sucederam períodos de reflexão e debates que transcenderam os limites da discussão parlamentar. Ainda assim, conforme se verá, o resultado pendeu para a imprecisão conceitual de determinadas categorias, ou mesmo pela carência de organicidade com todo o sistema.

O movimento de ampliação da tipificação penal derivou, como já sustentamos, da chamada expansão do direito penal no mundo todo, e seguia uma orientação da própria constituição de 88. Nem sempre sucedeu a discussões amplas. No Brasil, ela acabou por revelar-se o palco do confronto social subjacente à criminalização de determinadas condutas, como na questão da criminalidade econômica ou mesmo ambiental, porque foi precisamente esta ampliação de tutela penal que forçou a entrada em cena, no papel de réus, de sujeitos que até então figuravam à margem da repressão penal. A consequência foi uma legislação que, a partir da mensagem inicial de rigor, foi sendo descaracterizada pela compensação liberalizante, com sacrifício da lógica do sistema e da segurança jurídica.

Já o movimento de intensificação das penas foi exclusivamente reativo e pautou-se pela emergência de acontecimentos factuais que impuseram uma agenda ao legislador, cujo objetivo não era outro, senão o de dar uma resposta

imediate e simbólica de rigor penal. Neste rol se encontram as disposições mais incongruentes e desconcertantes.

A análise destes diplomas legais pretende ainda criticar as lacunas de racionalidade do sistema legal em matéria penal. Por racionalidade, estamos entendendo aqui as relações e a adequação entre meio e fins, na perspectiva instrumental do termo. E, para isto, lançamos mão de categorias trazidas por Manuel Atienza, nas suas contribuições para a elaboração de uma teoria da legislação<sup>16</sup>. O autor espanhol propõe a existência de cinco planos ou níveis de racionalidade legislativa: lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica e ética.

No plano lingüístico, a racionalidade da lei dependerá do grau de clareza e precisão com que a mensagem é transmitida, já que neste plano, o valor preponderante é a comunicação. No nível jurídico-formal, a racionalidade da lei dependerá de sua inserção harmônica no sistema jurídico, já que vinculada a objetivos de sistematicidade, coerência e plenitude, na busca de segurança e previsibilidade. No nível pragmático, a racionalidade pressupõe que a lei seja capaz de ser cumprida pelos seus destinatários, e o valor buscado é a eficácia do sistema. Já no plano teleológico, a racionalidade da lei vincula-se à possibilidade de se alcançar com ela os fins sociais pretendidos que, no caso, do direito penal, seriam a proteção de bens jurídicos, segurança e prevenção de danos, ambos informados pelo valor da eficiência social. Por fim, no plano da racionalidade ética, a racionalidade da lei estará implicada pelos seus fins e estes, por sua vez, pressupõem valores suscetíveis de justificação ética, como a proteção da liberdade, igualdade, justiça como formas de preservação da dignidade humana, por exemplo<sup>17</sup>.

O próprio autor adverte que, enquanto os quatro primeiros planos de racionalidade legal são de caráter instrumental, já que se vinculam à adequação dos meios aos fins, a racionalidade ética é de caráter distinto. No plano da racionalidade ética, não se cuida de verificar qual meio está apto para atingir determinado fim, mas sim, quais fins estarão eticamente justificados.

---

<sup>16</sup> ATIENZA, Manuel. “Contribución para una teoría de la legislación”. In: *DOXA*. [S.l.]: Universidad de Alicante, n. 06, 1989. In: *Doxa*, p. 385-403.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 386.

Neste estágio de nosso trabalho, quando pretendemos analisar algumas leis penais produzidas no período pós-constituição, priorizaremos os quatro níveis instrumentais. O tema, contudo será retomado, mais à frente, no capítulo V, com o apoio de Rippollés<sup>18</sup>.

### 2.2.1

#### A Reforma de 1985 – marca do açodamento

Já se viu que o Código Penal havia sido parcialmente reformado em 1985, pela Lei 7.209/85, quando toda a Parte Geral fora reformada. Os planos eram de completar esta reforma, desta vez pela parte especial. O Código de Processo Penal, por sua vez, não chegou a sofrer qualquer reforma, além da revogação dos dispositivos sobre execução da pena que passaram ser previstos na nova Lei de Execução Penal - LEP (Lei 7.210/85).

Na reforma da parte geral do Código Penal e na edição da LEP, o legislador elegeu uma metodologia que priorizou as duas pontas do processo de persecução criminal: a dogmática do crime e da pena, e sua execução. Todo o conteúdo que permeia os dois extremos – a tipologia dos crimes, sua seleção e o dimensionamento das respectivas penas –, além de todo o processo penal foram temas adiados para um novo momento de reforma que deveria ter vindo em seguida, mas que acabou por não acontecer.

A Constituição de 1988, ao impor um novo modelo de Estado, encontrou o aparato normativo penal desajustado: uma nova teoria do crime e um novo modelo de execução de penas, ambos vinculados a um sistema de tipos penais antigos e muitas vezes obsoletos, ou mesmo insatisfatoriamente definidos<sup>19</sup>.

O projeto inicial de reforma dos códigos foi abandonado e a história se encarregou de conduzir o processo por outros caminhos.

---

<sup>18</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. L. D. *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

<sup>19</sup> Ainda assim, Nilo Batista chama a atenção para o fato de que o Código de 1940 possui uma força política imanente, o que lhe permitiu sobreviver a cinco Constituições e até mesmo aos Atos Institucionais do período militar (ZAFFARONI, Eugenio e BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.481.)

Já quando do trâmite do projeto de alteração da Parte Geral do Código Penal, (projeto 1.656/83), os ritos foram atropelados a bem da celeridade do projeto. Por se tratar de profunda alteração de um código, tido como uma lei fundamental, o Regimento Interno da Câmara dos deputados previa a instalação de comissões especiais para discussão e apreciação do projeto. Ao invés disso, o projeto de alteração da parte geral do Código Penal tramitou exclusivamente na Comissão de Justiça, sob o argumento de que se devia buscar rapidez na tramitação do projeto, decisão que contara com o assentimento das lideranças dos partidos da época<sup>20</sup>.

Com efeito, o objetivo foi alcançado: em dezembro daquele ano de 1983, o projeto foi aprovado na Câmara e encaminhado ao Senado que, igualmente o aprovou rapidamente, permitindo que, em março de 1984, fosse sancionado pelo então presidente João Batista Figueiredo, sob a forma da Lei 7.209 de 11 de julho de 1984.

Concomitantemente a este projeto, tramitou aquele que propunha a criação de uma Lei de Execuções Penais, aspiração antiga na comunidade jurídica e que já fora objeto de algumas tentativas frustradas de implantação. De fato, desde 1933, algumas iniciativas de elaboração de uma lei voltada exclusivamente ao momento da execução de pena haviam sido interrompidas, seja por contingências políticas, como o Estado Novo<sup>21</sup>, seja por simples desinteresse do governo, em outras ocasiões. A Lei 7.210 de 1985, promulgada em conjunto com a nova Parte Geral do Código Penal, fora elaborada pelo Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel e, tanto quanto esta última, sofreu críticas pela rapidez de sua tramitação, que impediu a ampla discussão do projeto pela sociedade e comunidade jurídica em geral.

---

<sup>20</sup> Relembre-se que a aprovação do projeto da parte geral do código penal, se fez às custas de flagrante desvirtuamento do rito regimental. Esse fato se notorizou pelo veemente protesto do Deputado João Gilberto (PBDB/RS), que fez questão de registrar voto em separado, conforme Diário do Congresso Nacional de 02 de dezembro de 1983, p. 14249 (PINTO, Nalayne. *Penas e Alternativas – Um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004)*. 2006. 232 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas/Sociologia). IFCS, Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 105).

<sup>21</sup> O projeto de Cândido Mendes de Almeida, apresentado em 1933, foi de fato prejudicado pelo advento do regime autoritário intitulado Estado Novo. Posteriormente, o anteprojeto elaborado por Oscar Stevenson e Roberto Lyra foi igualmente abandonado (*Ibidem*, p. 106-107).

Vale lembrar que as Leis 7.209/84 e 7.210/85 sucederam cronologicamente o traumático episódio do Código Penal de 1969 que, embora aprovado e sancionado, jamais chegou a entrar em vigor, o que certamente influenciou o afã por celeridade na tramitação de ambas as leis.

### 2.2.2

#### **Infrações de menor potencial ofensivo – a indefinição de um conceito**

A instituição de juizados especiais criminais foi, sem dúvida, uma conquista da racionalidade do sistema punitivo. Sem desmerecer o inegável avanço da Lei 9.099/95, é importante apontar para o fato de que, apesar da longa tramitação dessa lei, o legislador não estava certo nem mesmo quanto ao espectro de crimes que a nova instituição alcançaria, e nem a dimensionou perante a realidade da justiça comum do país. Vejamos.

A Lei 9.099/95, que instituiu os juizados especiais criminais, resultou de vários projetos apresentados por parlamentares ao Congresso, a partir de 1989. Dentre estes, o projeto de lei apresentado pelo Deputado Michel Temer (Anteprojeto 1.480/89), o Projeto de Lei 1.708/89 de autoria do Deputado Manoel Moreira e ainda o Projeto de Lei 3.689/89 do Deputado Nelson Jobim<sup>22</sup>.

O projeto repercutia a iniciativa do Tribunal de Alçada de São Paulo, que constituíra uma comissão de juristas para a elaboração de um esboço, contando com a participação de alguns notáveis processualistas. Em verdade, o comando constitucional inserto no artigo 98 já determinava a instalação destes juizados, mas havia a necessidade de regulamentação por lei infraconstitucional, o que acabou acontecendo somente em 1995, após sete anos de tramitação, pela Lei

---

<sup>22</sup> Havia mais 5 projetos apresentados sobre o tema. O projeto do Dep. Nelson Jobim, a princípio, foi indicado pelo relator da CCJC como o mais apropriado na parte cível e o do Dep. Michel Temer na parte criminal, conforme parecer da CCJR. Para a leitura da íntegra da justificativa do projeto do Dep. Michel Temer: <[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=24/2/1989&txpa gina=327&altura=700&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=24/2/1989&txpa gina=327&altura=700&largura=800)>, acesso em 25 de out. de 2010.

9.099/95, a qual dispôs sobre juizados especiais cíveis e criminais<sup>23</sup>.

O longo processo de tramitação dos projetos foi alvo de severas críticas por parte da comunidade jurídica, apontando-se um vezo preconceituoso no desdém com que se lidava com a iniciativa, por se tratar de uma lei que beneficiaria essencialmente a camada menos favorecida da população<sup>24</sup>.

A rotina de aplicação da lei dos Juizados Especiais, todavia, acabou por derrubar a ideia inicial de que se tratava de uma lei dirigida aos mais pobres. Em verdade, os juizados especiais conferiram agilidade e alargaram o acesso à justiça, indiscriminadamente a todas as parcelas da população, já que o preço do serviço judiciário nunca foi o único obstáculo ao acesso à justiça, mas também a morosidade, a complexidades das formas, a burocracia e o hermetismo dos ritos.

A Lei 9.099/95, de natureza essencialmente processual, fixou a competência dos juízos criminais especiais a partir do critério objetivo da categoria de “infrações de menor potencial ofensivo”, definindo como tais, além das contravenções, aqueles crimes para os quais a lei previsse, abstratamente, a pena máxima não superior a um ano. Em verdade, o processo legislativo de elaboração da lei, embora extenso, não alcançou a estabilidade deste conceito e ficou aquém de seus objetivos.

A lei acabou por instituir juizados especiais criminais apenas na esfera da justiça comum estadual, deixando de fora um importantíssimo segmento da prestação jurisdicional penal, que é a justiça federal.

Sobre a justiça federal vale destacar que, até então, ela mostrara-se de certa forma tímida na jurisdição penal, ao menos em termos numéricos. A pouca atenção que se dispensava a este ramo da justiça criminal, talvez sejam explicadas

---

<sup>23</sup> Para aprofundamento no histórico de tramitação dos projetos de lei que resultaram na Lei 9.099/95, cf. PINTO, Nalayne, 2006, p. 112-123.

<sup>24</sup> Sobre o tema confira-se o pronunciamento enfático do Deputado Ibrahim Abi-Ackel, relator e unificador dos projetos de lei que originaram a Lei 9.099, ao se posicionar contra o adiamento na votação do projeto, que já contava 7 anos de tramitação: “Adiar, permanente e inexoravelmente, a votação de um projeto que interessa aos pobres de um país é uma atitude que a Comissão e esta Casa não mais podem tomar. A situação da justiça no Brasil exige daqueles que elaboram as leis uma posição definitiva, franca e aberta em favor da rapidez do processo e da eficácia da sentença jurisdicional. Este é o tribunal dos pobres. Esta é a única possibilidade de justiça para os pobres. Devemos adotá-la enquanto é tempo, porque, se muito demoramos mais rapidamente os pobres tomarão nas próprias mãos a realização do seu desejo inadiável de justiça.” (Diário do Congresso Nacional. 31 ago de 1995. *apud* PINTO, Nalayne, *idem*, p. 116).

por duas circunstâncias especiais: a concentração da justiça federal nas capitais dos estados da federação, e o inusitado perfil que o Ministério Público Federal ostentava até 1993, acumulando as funções de representação judicial da União.

Ocorre que em 1995 estas circunstâncias estavam em franca transformação. O processo de interiorização da justiça federal já se iniciara e a promulgação da Lei Complementar 75/93 já excluía do Ministério Público Federal, na prática, as funções de advocacia da União. As consequências foram imediatas, e a persecução criminal nas varas federais sofreu vivo incremento com a especialização da atividade ministerial.

Em 2001, a Lei 10.259/01 supriu a lacuna e instituiu, por fim, os juizados especiais federais. Todavia, apenas seis anos após a entrada em vigor da Lei 9.099/95, dava-se nova definição às infrações de menor potencial ofensivo, passando a qualificar assim, os crimes para os quais estivessem prevista a pena abstrata máxima não superior a dois anos.

Importante destacar que o dispositivo da Lei 10.259/01 que ampliava o conceito de delito de menor potencial ofensivo, o fazia exclusivamente para os juizados especiais federais, sem qualquer alusão aos estaduais, criando, dessa forma, duas categorias distintas desta espécie de delito<sup>25</sup>.

De plano, instaurou-se séria controvérsia no mundo jurídico para se saber se a nova definição dos delitos de menor potencial ofensivo era realmente exclusiva aos juizados especiais federais, ou se poderia se estender o novo conceito aos juizados estaduais, através de uma interpretação não literal da nova norma. A jurisprudência tendeu para a extensão do benefício, ainda que de forma não unânime, o que acabou por motivar uma nova alteração legislativa em 2006, com a edição da Lei 11.313/06 que, finalmente, unificou o conceito de delito de menor potencial ofensivo como sendo aquele para a qual a pena máxima prevista não ultrapassasse os dois anos.

No intervalo entre a publicação dessas duas leis, sobreveio a Lei

---

<sup>25</sup> Lei 10.259/01, “**art. 2º**. Compete ao Juiz do Juizado Especial federal Criminal processar e julgar os feitos da competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo. Parágrafo único: Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.”

10.741/03, conhecida como Estatuto do Idoso, que deu nova definição de delito de menor potencial ofensivo. Lá se consignou que estariam sob a jurisdição dos Juizados Especiais Criminais os crimes previstos naquele diploma, desde que a pena máxima prevista não ultrapassasse 4 (quatro) anos<sup>26</sup>, inovando mais uma vez no conceito.

Além disso, o novo limite tornou possível a caracterização como delito de menor potencial ofensivo alguns crimes especialmente graves praticados contra o idoso, e de sérias consequências<sup>27</sup>, como a lesão corporal de natureza grave<sup>28</sup>.

Veja-se o caso da apropriação indébita cometida contra o idoso, prevista no artigo 102 da Lei 10.741/03. Embora tenha previsão de pena de 1 a 4 anos, ou seja, idêntica ao crime de apropriação indébita comum do artigo 168 do Código Penal, está caracterizada como crime de menor potencial ofensivo, enquanto sua modalidade comum não.

Ora, sabe-se que o escopo do Estatuto do Idoso foi conferir-lhes maior proteção, dada a fragilidade e vulnerabilidade destas pessoas. Nada justificaria que um crime patrimonial praticado contra quem é mais vulnerável fosse tratado com maior benevolência que aquele onde não está presente esta circunstância.

Tudo leva a crer que a configuração de delito de menor potencial

<sup>26</sup> Lei 10.741/03, “**art. 94.** Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.”

<sup>27</sup> Entre os crimes que, a partir do artigo 94 da Lei 10.741/03, estão entre os delitos de menor potencial ofensivo: “**Art. 98.** Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.”; “**Art. 99.** Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado: Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa. §1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (...)”; “**Art. 102.** Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.”; “**Art. 106.** Induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente: Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.”; “**Art. 108.** Lavrar ato notarial que envolva pessoa idosa sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal: Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.”

<sup>28</sup> Cf. STRECK, Lênio. *Bem jurídico e Constituição: da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) ou de como Não Há Blindagem Contra Normas Penais Inconstitucionais.* Disponível em: <[http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40)>, acesso em 25 de out 2010.

ofensivo na Lei 10.741/03 não partiu de uma visão de conjunto do sistema, o que permitiu incongruências, a nosso ver, graves. Graves a ponto de embasar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3096/DF), proposta pelo Procurador Geral da República, na qual o Supremo reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 94 da referida lei, por violação aos princípios da isonomia e razoabilidade<sup>29</sup>.

De outro giro, a Lei 9.099/95 não se limitou a agilizar procedimentos, mas avançou em outros temas, criando o instituto do *sursis* processual e tornando o crime de lesão corporal leve como sendo de ação penal condicionada. Neste particular, vale mais uma vez a crítica ao viés totalmente atécnico da metodologia de formulação legal. Quando o legislador previu a nova modalidade de ação penal para o crime de lesão corporal na Lei 9.099/95, deixou de inserir a modificação no próprio texto do Código Penal, onde o tipo se encontra no artigo 129, contrariando a forma como são tratadas estas categorias no código e criando uma dificuldade a mais na compreensão sistêmica do crime de lesão corporal<sup>30</sup>.

Do estudo, emerge a conclusão e que a legislação criadora da categoria de delitos de menor potencial ofensivo sofreu com a quebra de níveis de racionalidade lingüística, jurídico-formal e teleológica. O conceito de menor potencial ofensivo ficou impreciso, sua inserção no sistema não foi harmônica e seus objetivos acabaram por atropelar objetivos previstos em outras leis. É certo que o sacrifício destes planos racionais se deu na priorização de uma suposta racionalidade pragmática, já que a maior justificativa da criação desta categoria de crimes era a busca da eficácia do sistema repressivo em condutas de baixa

---

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3096/DF, rel: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJe 164 de 03 set. 2010. p. 358. “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 39 E 94 DA LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). RESTRIÇÃO À GRATUIDADE DO TRANSPORTE COLETIVO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE SELETIVOS E ESPECIAIS. APLICABILIDADE DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NA LEI 9.099/1995 AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA IDOSOS. 1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o art. 39 da Lei 10.741/2003. Não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade nessa parte. 2. Art. 94 da Lei n. 10.741/2003: interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, para suprimir a expressão “do Código Penal e”. Aplicação apenas do procedimento sumaríssimo previsto na Lei n. 9.099/95: benefício do idoso com a celeridade processual. Impossibilidade de aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor do crime. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição do Brasil, com redução de texto, ao art. 94 da Lei n. 10.741/2003.”

<sup>30</sup> Até então, os crimes de lesão corporal eram de ação penal pública incondicionada. O artigo 89 da Lei 9.099/95 passou a prever para as lesões corporais de natureza leve a ação penal pública condicionada, mas o dispositivo não integrou o Código, permanecendo na lei extravagante.

lesividade.

### 2.2.3

#### Crimes hediondos

Conforme se viu no capítulo antecedente, a Constituição de 88 criara a categoria de crimes hediondos, expedindo ao legislador ordinário um mandado constitucional de criminalização e tratamento penal mais rigoroso para condutas equiparadas aos tipos já qualificados no próprio texto constitucional como tais. Assim, em 1990, o Congresso fez aprovar a Lei 8.072/90 regulamentando o artigo 5º, XLIII da CRFB/88.

Dentre todos os mandados constitucionais de criminalização, a lei dos crimes hediondos foi uma das primeiras medidas a que o legislador ordinário deu cumprimento. É verdade que o período imediatamente anterior à edição da norma foi marcado por um incremento de crimes de extorsão mediante sequestro em grandes cidades, tendo como vítimas importantes nomes do empresariado nacional. A grande comoção social provocada por esta onda de crimes, que contava com quadrilhas extremamente bem organizadas, acabou por ser determinante para o legislador editar a norma naquele momento.

A prontidão com que o legislador editou a Lei 8.072/90, todavia, não autoriza concluir, como querem alguns, que a lei dos crimes hediondos foi produto exclusivo da reação midiática aos crimes de extorsão mediante sequestro de determinadas pessoas<sup>31</sup>.

Em verdade, como se viu, a categoria dos crimes hediondos resultou de uma opção do constituinte originário, em uma concepção inédita e sem precedentes no Brasil, ou em cartas congêneres. A determinação de tratamento

---

<sup>31</sup> O sequestro do empresário Roberto Medina no Rio de Janeiro costuma ser mencionado como fato determinante para criação da lei. Nesse linha, a análise de Nalayne Pinto: “É certo que a Constituição Federal, já previa a possibilidade de se considerarem hediondos certos tipos de crimes. Porém, se não fosse o episódio do grande número de seqüestros e a manipulação político-ideológica de tal fenômeno, dificilmente as correntes conservadoras teriam conseguido reunir a maioria parlamentar necessária para a aprovação desta lei, que endureceu significativamente o sistema punitivo brasileiro. Sob este aspecto, pode-se afirmar que a Lei de Crimes Hediondos é resultado da onda de seqüestros ocorrida no Rio de Janeiro, em São Paulo e em outros grandes centros urbanos brasileiros.” (PINTO, N., 2006, p. 138-139).

mais rigoroso a um determinado grupo de crimes decorreu do texto constitucional, não se podendo aliar de forma direta tal escolha com a emergência dos crimes de extorsão mediante sequestro ocorridos em São Paulo e Rio de Janeiro.

Sua tramitação foi célere, já que entre a apresentação do projeto em 17 de maio de 1990 e sua sanção pelo Presidente da República em 25 de julho de 1990, decorreram apenas dois meses. Este aspecto de sua edição, sim, decorre do ambiente de emergência provocado pelos episódios violentos daquele momento. Não a sua essência.

O resultado foi uma lei bastante rigorosa que endureceu sobremaneira o sistema punitivo para determinados crimes. Apesar de não criar novos tipos penais, a lei acresceu o rol de crimes equiparados a hediondos, aumentou a pena de diversos delitos, estabeleceu novas regras da execução da pena, estabelecendo o regime fechado para o cumprimento integral das penas destes crimes, proibindo a progressão de regime, além de aumentar o prazo para a concessão de livramento condicional. Também impediu, para estes mesmos crimes, a concessão de anistia, graça, indulto e liberdade provisória.

A edição da lei em 1990, juntamente com a criação da categoria dos delitos de menor potencial ofensivo pela Lei 9.099 (acima comentada), redefiniu a classificação doutrinária tradicional das infrações penais no Brasil. Artur Gueiros<sup>32</sup> lembra que até então, do ponto de vista legal, as infrações penais estavam classificadas em: contravenções penais, cujas penas eram de prisão simples e ou multa, podendo esta última ser fixada isoladamente; crimes punidos com detenção, e crimes punidos com reclusão (em tese, mais graves). A partir da edição destes dois diplomas, do ponto de vista legal e material, as infrações passaram a ser vistas como delitos de menor potencial ofensivo, crimes comuns e crimes hediondos.

O rol dos crimes apresentado pela Lei 8.072/90 continha incoerências e lacunas graves. Fora do espectro estava o homicídio, tradicionalmente um dos crimes mais graves tratados pela lei brasileira. A omissão somente foi corrigida

---

<sup>32</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros. “Espécies de sanções penais: uma análise comparativa entre os sistemas penais da França e do Brasil”. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, 2004

em 1994, a partir de grande comoção provocada pela morte da atriz Daniela Peres, o que motivou sua mãe, conhecida diretora de telenovelas, Gloria Peres a lançar uma campanha pela iniciativa popular de alteração da lei<sup>33</sup>.

Desde sua edição, a lei dos crimes hediondos já sofreu quatro alterações engendradas pelas leis 8.930/94, 9.695/98, 11.464/07 e 12.015/09.

A primeira, com Lei 8.930/94, excluiu do elenco dos hediondos, os crimes de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, quando qualificados pela morte, e incluiu no mesmo rol o homicídio qualificado e aquele praticado por grupos de extermínio<sup>34</sup>. A segunda, com a Lei 9.695 de 1998, acrescentou no rol dos hediondos o crime de adulteração de remédios<sup>35</sup>. A terceira alteração veio com a Lei 11.464 de 2007 que possibilitou a progressão de regime no cumprimento da pena dos crimes hediondos, estabelecendo prazos diferenciados da progressão prevista no Código Penal, e permitiu a liberdade provisória.

Para compreender a evolução no regramento da progressão de regimes nos crimes hediondos, é necessário observar três marcos legais: o texto original da Lei 8.072/90, que negava o direito de progressão de regime aos crimes hediondos<sup>36</sup>; a regulamentação e definição infraconstitucional do crime de tortura pela Lei 9.455/97, com um texto que furtivamente excepcionaria a regra da Lei 8.072/90, e, finalmente; a edição da Lei 11.464/07.

Assim, não obstante à opção política inicial do Poder Legislativo por vedar a progressão de regimes a todo e qualquer crime qualificado como hediondo, em 1997, em cumprimento ao mandado constitucional de criminalização<sup>37</sup>, o Congresso votou e aprovou a Lei 9.455/97, definindo o crime

---

<sup>33</sup> Cf. PINTO, Nalayne, 2006, p. 142.

<sup>34</sup> A inclusão do homicídio praticado por grupos de extermínio no rol dos crimes hediondos se deu após as chacinas da Candelária e de Vigário Geral, no Rio de Janeiro, em 1993, que ficaram mundialmente conhecidas, como bem lembra Nalayne Pinto (*ibidem*, p. 141-142).

<sup>35</sup> Registre-se que a Lei 9.695/98 foi promulgada em momento de grande clamor popular, por conta da descoberta de quadrilhas organizadas voltadas à falsificação de remédios. Sobre o tema ver seção II. 2.5 - Falsificação de remédios e cosméticos – as lacunas da proporcionalidade.

<sup>36</sup> A redação original da lei 8.072 era expressa e clara, não deixando dúvidas sobre a absoluta vedação à progressão de regimes para os crimes hediondos. Veja-se: “**art. 2º.** Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: §1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

<sup>37</sup> Conforme o artigo 5º, XLIII da CRFB/88.

de tortura, classificado pelo constituinte originário como hediondo. A lei, em seu artigo 1º, § 7º, por meio de uma expressão ambígua previu, a *contrario sensu*, a progressão de regime no cumprimento da pena<sup>38</sup>, contrariando o disposto anteriormente pela Lei 8.072/90.

De início, algumas vezes se levantaram para alegar que a inovação legislativa produzira uma revogação parcial da Lei 8.072/90, passando-se a admitir a progressão de regime indistintamente para todos os crimes hediondos. A questão rapidamente foi enfrentada pelo STF, em 1998, no HC 76.371/SP, que houve por bem afastar a tese, consignando que a exceção prevista pela Lei 9.455/97, se aplicaria apenas ao crime de tortura<sup>39</sup>. Essa posição, inclusive, ficou plasmada na súmula 698 do STF, como se verá no próximo capítulo. A leitura dos votos deste processo é emblemática.

O então Ministro Nelson Jobim, em suas razões, fez um relato do processo de criação da Lei 9.455/97, do qual participara ainda como Ministro da Justiça. Deste relato extrai-se que a redação ambígua do § 7º do artigo 1º da lei foi proposital, pois, segundo o Ministro, “se ficasse explícito que haveria progressão de regime no crime de tortura, o projeto não seria aprovado. Como já disse, no processo legislativo, a ambigüidade é necessária para a formação da maioria. Esta é uma condição de aprovação de projetos de lei”<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Lei 9.455, “*art. 1º. (...) §7º* O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do §2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.”

<sup>39</sup> Para aprofundamento sobre a postura e evolução da Corte Superior no tema de crimes hediondos, ver o capítulo III.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 76.371/SP, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Sydney Sanches. Julgado em 25/03/1998. Publicado no DJ de 11 jun. 1999. P. 09. “EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LATROCÍNIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: INTEGRALMENTE FECHADO. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.455, DE 07.04.1997, À HIPÓTESE. 1. A Lei nº 9.455, de 07.04.1997, no parágrafo 7º do art. 1º, estabeleceu que, nos casos de crime de tortura, o cumprimento da pena se inicie no regime fechado. 2. Tal norma não se aplica aos demais crimes hediondos, de que trata a Lei nº 8.072, de 26.7.1990 (art. 1º), e cuja pena se deve cumprir em regime integralmente fechado (art. 2º, parágrafo 1º), inclusive o de latrocínio, como é o caso dos autos. 3. *Não há inconstitucionalidade na concessão de regime mais benigno, no cumprimento de pena, apenas inicialmente fechado, para o crime de tortura. E se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo*, que fez sua opção política. 4. Por outro lado, já decidiu o Plenário do S.T.F., no julgamento do “H.C.” nº 69.657, que não é inconstitucional o parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impõe o regime integralmente fechado, no cumprimento de penas por crimes hediondos, nela definidos. 5. “H.C.” indeferido, por maioria, nos termos do voto do Relator. (grifo nosso)

Em fevereiro de 2006, oito anos após a decisão do HC 76.371/SP<sup>41</sup>, o Supremo Tribunal Federal, julgando o Habeas Corpus 82.959, considerou, por maioria apertada, que a vedação à progressão no regime de penas dos crimes hediondos era inconstitucional por violar o princípio constitucional da individualização da pena<sup>42</sup>, o que motivou o legislador ordinário a realizar a terceira modificação da Lei 8.072/90, de modo a autorizar a progressão, embora com prazos diferenciados<sup>43</sup>.

Por fim, a quarta alteração ocorreu em 2009, com a Lei 12.015/09, que resultou em mudanças profundas no Código Penal no que toca aos crimes sexuais<sup>44</sup>. Modificaram-se os incisos V e VI do artigo 1º da Lei 8.072/90, que antes qualificavam separadamente o estupro e o atentado violento ao pudor como hediondos<sup>45</sup>, visto que o tipo de estupro passou a englobar o antigo tipo de atentado violento ao pudor. A outra alteração foi a previsão de um tipo especial de estupro, o estupro de vulnerável e suas qualificadoras, incluído como inciso VI do artigo 1º da Lei 8.072/90.

Outra importante questão trazida pela Lei 12.015/09 se refere à aplicabilidade do artigo 9º da Lei 8.072/90, que prevê o aumento de pena pela metade quando certos crimes – como o de estupro e sua forma qualificada, o atentado violento ao pudor e sua forma qualificada – sejam cometidos em situações de violência presumida. Essas situações eram listadas no artigo 224 do Código Penal, que foi expressamente revogado pela Lei 12.015/09, tornando o

---

<sup>41</sup> No próximo capítulo se encontra uma análise detalhada do histórico e postura do STF perante a problemática dos crimes hediondos, debatendo-se o eventual e famoso ativismo da Corte, bem como a importância das modificações na composição de membros do STF nesse período para a evolução da posição da Corte.

<sup>42</sup> No próximo capítulo, o tema será retomado e serão analisados os fundamentos desta decisão do STF.

<sup>43</sup> A nova lei estabeleceu que a pena dos crimes hediondos deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, determinando que a progressão de regime, nestes casos se dará após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. Avançando, a lei ainda permitiu a liberdade provisória para interposição do apelo, desde que fundamentada por decisão judicial.

<sup>44</sup> A lei 12.015 modificou, inclusive, o nome do Título IV do Código Penal, que “Dos crimes contra os costumes” passou a “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

<sup>45</sup> Com a redação dada pela Lei 12.015/09, assim ficaram os incisos V e VI do art. 1º da Lei 8.072/90: “Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o);”.

artigo 9º da Lei 8.072/90 inócuo<sup>46</sup>.

A lei dos crimes hediondos continua a ser alvo de críticas severas por parte da doutrina e ao mesmo tempo de tentativas de alteração por parte do legislador, denotando tratar-se de tema extremamente sensível na política criminal. De um lado, os que a veem como expressão mais concreta do ímpeto penalizador que teria avançado no país a partir do final do século XX. De outro, a oportunista visão de alguns que sempre viram no epíteto de hediondo uma forma de sinalizar à sociedade a disposição do legislador em tratar do tema de segurança e combate à violência.

Assim que foi editada, houve autores que a consideraram inteiramente inconstitucional, por suposta violação de inúmeros dispositivos da Carta de 88<sup>47</sup>. Em vinte anos de vigência, contudo, o STF somente reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 2º, §2º no Habeas Corpus acima mencionado. Hoje, as críticas da doutrina cingem-se, basicamente, à ineficácia da lei no que se refere à prevenção dos crimes ali definidos desde sua edição e, de maneira geral, ao fato de que a lei expressaria o pensamento do movimento *lei e ordem*, cujas bases serão discutidas em capítulo à parte.

Inegável que a lei continua a inspirar debates apaixonados, mas mais do que isto, a lei dos crimes hediondos está presente em todas as (poucas) vezes que se discute política criminal no Brasil. Lamentavelmente, a lei vem sendo usada, tanto pelos seus defensores como por seus detratores, como referência única de definição e crítica dos destinos da política criminal brasileira, como se não houvesse um universo enorme de problemas e alternativas de soluções que transcendem os aspectos definidos pela Lei 8.072/90.

Das propostas legislativas sobre a questão penal, boa parte delas passa pela inclusão de mais crimes no rol dos hediondos, como se esta fosse a única alternativa viável de enfrentamento destes delitos.

Em outubro de 2010, o Senado discutia cerca de três projetos de

---

<sup>46</sup> JOVELI, José Luiz. *Breves considerações sobre a nova Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009 - A questão da corrupção de menores*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. 15 de agosto de 2009. Acesso em 30 de out de 2010.

<sup>47</sup> Veja-se, por exemplo, FRANCO, Alberto da Silva. *Crimes Hediondos*, São Paulo: RT, 1994

alteração da lei, basicamente propondo a inclusão, no rol dos crimes hediondos, das práticas de peculato e de corrupção passiva ou ativa, a inserção de dados falsos em sistema público de informações, o trabalho escravo, a adulteração de alimentos (mais uma vez) e a corrupção de menores. Da mesma forma, a Câmara de Deputados rediscute regularmente a matéria. Em 2010, tramitaram aproximadamente 80 projetos de lei com o objetivo de alterar a referida lei, com vistas à inclusão de novas espécies de crimes no rol dos hediondos<sup>48</sup>.

A demonstrar que o tema não preclui, registre-se, que ainda tramita na Câmara dos Deputados a proposta de emenda à Constituição (PEC 364/09), do Deputado Valtenir Pereira (PSB/MT), propondo o fim da progressão da pena nos crimes hediondos e equiparados, já tendo recebido recomendação pela aprovação por parte da Comissão de Constituição e Justiça<sup>49</sup>.

Por outro lado, os críticos da lei apontam-na como a exacerbação do punitivismo puro e simples, olvidando-se de que a opção pelo tratamento diferenciado e mais gravoso de determinada classe de crimes é uma opção razoável que já vem sendo adotada por diversas legislações.

Os déficits de racionalidade na questão dos crimes hediondos são claros e dispensam grandes esforços de interpretação. Como demonstrado acima, a racionalidade linguística foi desprestigiada quando da regulamentação do crime de tortura. Mais além, utilizou-se justamente da falta de clareza e precisão – elementos chaves da racionalidade linguística – para que fosse aprovada a possibilidade da progressão de regimes no cumprimento da pena de um crime hediondo, como o crime de tortura, criando-se uma regra camuflada por uma redação, cuja real interpretação se faz *a contrario sensu*, como visto.

Houve também quebra da racionalidade jurídico-formal, já que o tema dos crimes hediondos ainda não se enquadrou de forma harmônica e coerente no sistema como um todo. A discussão em torno da progressão de regimes deixou clara a irracionalidade no plano pragmático e de eficácia da norma e, por fim, as

---

<sup>48</sup> Laura Frade alerta para o fato notório de que as tentativas de ampliação desordenada do rol dos crimes hediondos acabam por fazer desvanecer o sentido de excepcionalidade que o epíteto “hediondo” deveria ter (FRADE, Laura, 2007, *passim*).

<sup>49</sup> Registrem-se outras 2 propostas de emenda à constituição tramitam na Câmara de Deputados: PEC-421/2009 e PEC-386/1996, que se encontra apensada à PEC-91/1995. Veja-se: <http://www.camara.gov.br/sileg/default.asp>

indefinições quanto ao destino e perenidade da lei indicam que o plano teleológico está incerto, uma vez que sequer os objetivos da norma são pacíficos e tranquilos.

#### 2.2.4

##### Penas alternativas

A política de não encarceramento expressada na iniciativa da instituição dos juizados especiais criminais não se limitou à criação destes. A série macabra de rebeliões em penitenciárias em todo o Brasil, no decorrer da década de 90, motivou a retomada do debate.

Note-se também que a comunidade internacional já se ocupava vivamente do tema, motivando a ONU a baixar, no início da década de 90, a Resolução 45-110, estabelecendo as Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade, mais conhecidas como Regras de Tóquio.

O Brasil já instituíra, na reforma da parte geral em 1985, as penas alternativas, instituídas pela Lei 7.209/84. Todavia, as novas modalidades de penas pouco contribuíram para o esvaziamento das prisões, já que a possibilidade de sua adoção se limitava às penas que não ultrapassassem 1 ano de prisão.

Neste sentido, em 1998, após breve trâmite, foi sancionada a Lei 9.714/98 que deu nova dimensão às penas restritivas de direito, aumentando as espécies e prevendo sua aplicação a um espectro maior de delitos, incluindo todos os culposos e os dolosos cuja pena fixada não ultrapassasse 4 anos, desde que cometidos sem violência e grave ameaça<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Desta vez, a alteração foi feita no próprio corpo do texto codificado. Os artigos 43 e 44 do Código Penal, centrais para a compreensão de toda a reforma que também alterou outros dispositivos, passaram a ter a seguinte redação: “**Art. 43.** As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - (VETADO); IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana.”; “**Art. 44.** As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. §1º (VETADO); §2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena

A despeito da celeridade com que tramitou, vale destacar que o projeto que originou a Lei 9.714/98 (PL nº 2684/96) foi fruto dos trabalhos do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária<sup>51</sup>, tendo sido previamente discutido e aprovado pelo Conselho antes de sua apresentação à Câmara dos Deputados, conforme exposição de motivos do então Ministro da Justiça Nelson Jobim, o que ocorreu em 24 de dezembro de 1996<sup>52</sup>.

Apesar de ser apresentado como solução para a redução de custos com os presos e da população carcerária, fato é que a maioria dos condenados a penas inferiores a 4 anos, na prática já não estavam encarcerados, mas cumprindo suas penas em regime aberto, dada a quase absoluta falta de estrutura do sistema penitenciário em manter estabelecimentos para condenados em regimes semi-aberto e aberto<sup>53</sup>.

Ainda assim, a nova lei deixou de prever um problema que emergiu de imediato: a possibilidade – ou não – de se estender o benefício da substituição das

---

restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos; §3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime; §4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão; §5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, *o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.*”

<sup>51</sup> Órgão subordinado ao Ministério da Justiça, sendo um dos responsáveis pela execução penal. É o responsável pela “implementação, em todo o território nacional, de uma nova política criminal e principalmente penitenciária a partir de periódicas avaliações do sistema criminal, criminológico e penitenciário, bem como a execução de planos nacionais de desenvolvimento quanto às metas e prioridades da política a ser executada (Portal de Execução Penal no sítio do Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/cnpcp/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRIE.htm>, acesso em 05 nov 2010).

<sup>52</sup> Diário da Câmara dos Deputados, 20 de fevereiro de 1997, p. 4484-4488.

<sup>53</sup> O histórico e o espírito das votações em plenário da Lei 9.714/98 foram assim descritos por Nalayne Pinto: “*Os discursos feitos no plenário na votação da matéria estavam embalados por um espírito transformador, no sentido de contribuir na alteração do precário quadro em que se encontravam, e ainda se encontram, as penitenciárias brasileiras. Mas um argumento bastante utilizado pelos deputados que usaram da palavra foi redução dos custos com presos e o desafogamento das prisões.*” (PINTO, N., 2006, p. 126). Em outra passagem a autora, traz elucidativo artigo escrito pelo eminente jurista Miguel Reale, à época, em que ele expõe que: “*os condenados a penas de reclusão até 4 anos, não sendo reincidentes, já se valem da possibilidade de cumpri-la em regime aberto, ou seja, prisão albergue, que quase inexiste no Brasil. Condenados à prisão albergue, terminam por cumprir pena de prisão domiciliar, o que nada significa a não ser impunidade. Assim não há pessoas presas, nas condições exigidas pela nova lei, que façam jus às penas alternativas. Mais de 95% dos condenados que se enquadram nas circunstâncias exigidas pela nova lei não estão presos. Não se justifica, portanto, o argumento de que a lei serviria para reduzir a população carcerária.*” (A lei penal do Mínimo Esforço. Folha de São Paulo, 30 de nov de 1998 *apud* PINTO, *idem*, p. 126-127.)

penas privativas de liberdade aos condenados por crimes hediondos. Isto porque, dentre os crimes hediondos e equiparados, havia aqueles cometidos sem violência à pessoa e cuja pena poderia, em tese, não exceder o limite de quatro anos de reclusão, como acontecia com o delito de tráfico de entorpecentes previsto no artigo 12 da Lei 6.368/76<sup>54</sup>.

Mais uma vez a inovação legislativa levantou grande polêmica, dividindo doutrina e tribunais entre a ideia de que a Lei 9.714/98, por ser posterior, modificava a Lei 8.072/90. De outro, aqueles que entendiam que a determinação constitucional de tratamento mais rigoroso àquela classe de crimes era incompatível com o benefício da substituição da pena.

A questão pretendia ser superada pela Lei 11.343/06 que, desta vez expressamente, impediu a substituição das penas nos crimes de tráfico de drogas<sup>55</sup>. O STF, entretanto, reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo no

---

<sup>54</sup> O tipo em questão, hoje revogado pela Lei 11.343/07, previa uma pena de 03 a 15 anos de reclusão e fora cunhado como hediondo pelo próprio texto constitucional (art. 5º, XLIII da CRFB/88).

<sup>55</sup> Lei 11.343/06, “**Art. 33. (...), §4º** Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

HC 97256<sup>56</sup>.

A quebra da coerência com outras leis deixa claro que o tratamento legal das penas alternativas comprometeu, de certa forma, o nível de racionalidade jurídico-formal.

---

<sup>56</sup> Na íntegra do acórdão:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa

### **2.2.5**

#### **Falsificação de remédios e cosméticos – as lacunas da proporcionalidade**

Em 1998, a sociedade brasileira assistiu estarecida à notícia de que quadrilhas bem organizadas especializavam-se na falsificação de remédios. A imprensa trouxe ao conhecimento da população em geral que remédios para doenças graves, como câncer, AIDS, antibióticos, além de anticoncepcionais,

vinham sendo objeto de fraudes, vitimando milhares de pacientes e consumidores em geral<sup>57</sup>.

---

### HC 97.256 / RS

aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.

<sup>57</sup> A máfia da falsificação dos remédios foi destaque no ano de 1998, ganhando a seguinte

O alto nível de organização das quadrilhas de falsários, o número enorme de vítimas, a vulnerabilidade do sistema de saúde, a potencialidade lesiva das condutas, aliados ao alarde provocado pela divulgação das investigações, de plano indicavam que a repressão penal até então prevista estava aquém da gravidade dos crimes.

De imediato, a constatação de que o tipo em questão, tal como previsto no texto do Código Penal de 1940, cominava uma singela pena de 1 a 3 anos para estes crimes, cuja escala penal poderia ser dobrada quando a conduta se tornasse especialmente nociva à saúde. Por certo que o legislador de 1940, quando avaliou a reprovabilidade desta conduta, estava diante de um contexto muito menos complexo do que o que agora se confrontava.

Nesse cenário, mais uma vez o Congresso se viu diante da oportunidade de legislar em clima de emergência para tirar proveito político da situação de comoção, como a querer mostrar à sociedade que zelava por seus interesses. Assim, em junho de 1998 foi aprovada na Câmara e no Senado e em 02 de julho do mesmo ano, foi sancionada a Lei 9.677/98 redefinindo os tipos e agravando consideravelmente as penas previstas<sup>58</sup>.

Com efeito, a Lei 9.677/98 presta-se muito bem à demonstração de como a produção normativa penal no período regeu-se pelo signo da falta de planejamento estratégico: votada a toque de caixa, sem ampla discussão e sem apuro técnico, ela foi alterada no mês seguinte a sua edição pela Lei 9.695/98, sancionada em 20 de agosto. É que no afã de aprovar a nova lei, o crime objeto da norma ficou de fora do rol dos crimes hediondos, despertando críticas. O

---

reportagem de capa na revista *Veja*: “E se o remédio for falso? Como age a máfia dos remédios falsificados e como se proteger do perigo” (*Veja*: ano 31, n. 27, 8 de julho de 1998.).

<sup>58</sup> Lei 9.677/98, “**Art. 273.** Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. §1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado; §1º-A Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico; §1º-B Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no §1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V - de procedência ignorada; VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente; Modalidade culposa §2º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.”.

momento, lembre-se, era de profunda comoção nacional, diante das notícias aterradoras de mortes e prejuízos decorrentes das quadrilhas de falsários.

Em 12 e 13 de agosto do mesmo ano de 1998, em votação simbólica, o Congresso aprovou a inclusão do crime no rol dos crimes hediondos, pela já mencionada Lei 9.695 de 20 de agosto de 1998.

A mais grave questão envolvendo esta lei, e que foi objeto de crítica ainda durante seu processo de tramitação no Congresso, antes mesmo da sanção presidencial, reside na total desconsideração da proporcionalidade. A lei, tal como promulgada, não oferece gradações às condutas. O tipo equipara a falsificação e adulteração de medicamentos, às produzidas em cosméticos, saneantes e substâncias empregadas em diagnósticos. Significa dizer que estão sujeitos à dura escala penal de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, e aos rigores da lei dos crimes hediondos, tanto o que falsifica em larga escala remédio para uma doença grave como o câncer, como aquele que dilui a concentração de um creme hidratante<sup>59</sup>.

De forma bastante clara, percebe-se que o tratamento legal dado ao tema é deficiente no que tange às racionalidades lingüística, jurídico-formal, pragmática e teleológica. A mensagem traduzida nos tipos penais é truncada, o conjunto é desarmônico, e a desproporção das penas deixa isto claro, já que a proporcionalidade pressupõe a relativização e a comparação.

## 2.2.6

### Armas – a marca da incerteza

A legislação penal sobre armas no Brasil chegou à quadra democrática pós 88, completamente divorciada da realidade.

---

<sup>59</sup> Foram muitas as vezes que se levantaram contra a deficiência de racionalidade legal ao se considerar hedionda toda e qualquer a falsificação de cosméticos e medicamentos. As reações partiram tanto do mundo jurídico, quanto do político, destacando-se a fala do então Ministro da Saúde José Serra, que inicialmente considerou que seria necessário dar o mesmo tratamento as falsificações de remédio e cosméticos, mas que poucos dias depois mudou de opinião, afirmando que deveria, sim, haver gradação da pena entre os crimes e que o Governo Federal deveria vetar alguns dispositivos da Lei 9.695/98. Contudo, as incisivas reações não foram suficientes para evitar que a lei fosse sancionada sem a necessária gradação (V. PINTO, Nalayne, 2006, p. 148-149)

Com efeito, em 1988, o porte de arma constituía-se em mera contravenção penal, punida com prisão simples de 15 (quinze) dias a 06 (seis) meses<sup>60</sup>. A par disto, a importação ou exportação de determinadas armas ou munições podia configurar o tipo de contrabando, punido com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, mesma pena prevista para o descaminho. Ou seja, sob a ótica da reprovação penal equiparava-se o grande comerciante de armamento proibido, ao sacoleiro que supria a camelotagem das grandes cidades com perfumes e brinquedos eletrônicos.

Além disso, a nova Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) previa – e ainda prevê – em seu artigo 12, o crime de contrabando de armas de uso privativo das Forças Armadas, com pena entre 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão. O enquadramento típico, contudo, depende da demonstração de risco à integridade territorial e à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação e ao Estado de Direito, ou, ainda, à pessoa dos chefes dos Poderes da União e desde que considerados a motivação e os objetivos do agente e a periculosidade das condutas em relação aos bens jurídicos tutelados (artigos 1º e 2º da Lei 7.170/83).

A insuficiência da tutela penal para a questão do ingresso, comércio e porte de armas no país, diante da explosão da criminalidade violenta nas cidades e no campo, a partir da década de 80, sinalizou fortemente para a necessidade de se reformular a legislação.

Não obstante a emergência do cenário explosivo e da clara inadequação do quadro normativo para lidar com a onda de violência, apenas em fevereiro de 1997 é que finalmente foi editada a lei em questão (Lei 9.437/97),

---

<sup>60</sup> Decreto-Lei 3.688/41, “**Art. 18.** Fabricar, importar, exportar, ter em depósito ou vender, sem permissão da autoridade, arma ou munição: Pena – prisão simples, de três meses a um ano, ou multa, de um a cinco contos de réis, ou ambas cumulativamente, se o fato não constitui crime contra a ordem política ou social.”; “**Art. 19.** Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade: Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente. § 1º A pena é aumentada de um terço até metade, se o agente já foi condenado, em sentença irrecorrível, por violência contra pessoa; §2º Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a um conto de réis, quem, possuindo arma ou munição: a) deixa de fazer comunicação ou entrega à autoridade, quando a lei o determina; b) permite que alienado menor de 18 anos ou pessoa inexperiente no manejo de arma a tenha consigo; c) omite as cautelas necessárias para impedir que dela se apodere facilmente alienado, menor de 18 anos ou pessoa inexperiente em manejá-la.”.

que dispôs sobre o Sistema Nacional de Armas (SINARM), estabeleceu condições para o registro e para o porte de arma de fogo, e definiu crimes. Registre-se que a origem dessa lei foi um projeto de lei de autoria do Executivo, apresentado ainda em 1986 (PL 7.865/86)<sup>61</sup>.

A despeito da longa tramitação do projeto (quase 11 anos), o resultado final não só ficou aquém das necessidades reais da matéria, como revelou mais uma vez a falta de cuidado técnico na elaboração do texto, merecendo o registro de algumas de suas peculiaridades, pelas suas incongruências e inexatidões.

A Lei 9.437/97 previu nove tipos penais relacionados a armas de fogo, dentre os quais a conduta do porte ou comércio de arma de uso permitido, que deixou de ser mera contravenção para configurar crime, apenado com a detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa<sup>62</sup>. Vale observar que, com o advento da Lei 10.259/01, essa conduta passou a ser considerada delito de menor potencial ofensivo. Já quando a conduta do porte ou comércio tivesse por objeto armas de uso proibido ou restrito, a pena era de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa, cumulada com a pena do eventual contrabando<sup>63</sup>.

Dentre os tipos penais criados, estava o de utilizar arma de brinquedo ou simulacro de arma capaz de atemorizar alguém, com a finalidade de cometer crimes, para o qual previu a pena de 1 (um) a 2 (dois) anos de detenção<sup>64</sup>. A absoluta falta de visão de conjunto na criação deste tipo permitiu atentados à lógica que somente não subverteram de vez a ordem porque a doutrina se encarregou de sinalizar em tempo tais aberrações. A aplicação pura e simples do dispositivo em questão permitiria, em tese, que o indivíduo que praticasse um estupro valendo-se de arma verdadeira, se sujeitasse a uma pena menor que aquele que se valesse de arma de brinquedo, já que a este se imputariam dois crimes em concurso material.

---

<sup>61</sup> Diário do Congresso Nacional. 18 de junho de 1986. p. 6010, col. 3

<sup>62</sup> Lei 9.437/97, “**Art. 10.** Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”

<sup>63</sup> Artigo 10, §2º, da Lei 9.437/97.

<sup>64</sup> Artigo 10, §1º, II, da Lei 9.437/97.

Além disto, dentre os tipos criados pelo novo diploma, figurava o de “possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, como se possível fosse apenas alguém por ser detentor de condenação pretérita<sup>65</sup>.

Estes eventos poderiam simplesmente figurar entre os inúmeros episódios bizarros que pontuaram a história do processo legislativo penal no período, não fosse a gravidade da matéria envolvida. A questão do tráfico de armas no país, nesta época, era tão grave e o aparato normativo tão insuficiente, que o judiciário federal chegou a aplicar a lei de segurança nacional em episódios que envolviam o ingresso de armas e munições em favelas do Rio de Janeiro, valendo-se de uma interpretação atualizadora do conceito de segurança nacional, à míngua de um tratamento normativo mais proporcional<sup>66</sup>.

A expectativa por um novo regramento ao problema das armas era grande, e a nova lei pouco contribuiu para o enfrentamento do problema. Tanto assim que teve vida curta, já que em 2003, a Lei 10.826 revogou-a integralmente.

A Lei 10.826/03 originou-se de um projeto de lei (PLS 292/99) apresentado em maio de 1999, pelo Senador Gerson Camata (PMDB/ES)<sup>67</sup>. Encaminhado para a Câmara de Deputados em julho de 2003, sob a numeração de PL 1555/03, o projeto tramitou em regime de prioridade, travando-se intensos debates sobre a proposta da lei, que ficou conhecida como Estatuto do Desarmamento<sup>68</sup>. Por fim, o projeto recebeu a sanção presidencial em 22 de

---

<sup>65</sup> Artigo 10, §3º, IV, da Lei 9.437/97. Conjectura-se que a intenção do legislador fosse a de criar uma forma qualificada para o delito do artigo 10, *caput* da Lei 10.259/01. De qualquer forma, para isto, a técnica legislativa exigiria outra forma para o dispositivo, que não a que acabou por ser promulgada, que impedia sua aplicação.

<sup>66</sup> Ganhou as páginas dos jornais o caso do coronel da aeronáutica Latino da Silva Fontes, preso na posse de farta quantidade de munição, denunciado e condenado pelo TRF da 2ª. Região por violação da lei de segurança nacional. O acórdão foi posteriormente anulado pelo STF

<sup>67</sup> Diário do Senado Federal. 04 de maio de 1999. p. 10039-10040.

<sup>68</sup> V. Diário da Câmara dos Deputados. 29 de agosto de 2003. p. 41000-41004. Os pontos principais dos debates foram acerca da proposta de proibição da comercialização de armas de fogo e munição - que os deputados apontavam como necessária, mas ainda insuficiente para o combate ao tráfico ilegal de armas e suas violentas consequências -, bem como a necessidade da aprovação de tal dispositivo, previsto no art. 35, pela população através de um referendo. Tal referendo foi realizado em 23 de outubro de 2005, com 63,94% de votos para o “não” à seguinte pergunta: “O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?”. Para maiores esclarecimentos sobre a tramitação v. PINTO, Nalayne. 2006, p. 196-199.

dezembro de 2003, entrando a lei em vigor no dia seguinte<sup>69</sup>.

O Estatuto do Desarmamento previu quinze tipos penais relacionados a armas de fogo, sendo patente busca por conferir maior rigor ao tratamento dado a esses crimes.

Assim, ocorreu com o crime de porte ilegal de arma de uso permitido e o crime de disparo de arma de fogo em local habitado, os quais pela Lei 9.437/97 eram punidos com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa, configurando crimes de menor potencial ofensivo e que no novo diploma tiveram a pena intensificada para detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa<sup>70</sup>, ganhando, ainda, a condição de inafiançáveis.

Da mesma forma, buscou-se maior rigor no tratamento dos crimes de posse ou porte de arma de uso restrito (artigo 16), comércio ilegal de arma de fogo (artigo 17) e tráfico internacional de arma de fogo (artigo 18), consignando-se, inclusive, a insuscetibilidade de liberdade provisória para os mesmos dos mesmos.

Contudo, o tratamento mais rigoroso pretendido pelo legislador não prosperou. A proibição da fiança pelo "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e pelo "disparo de arma de fogo", bem como a vedação da liberdade provisória nos crimes dos artigos 16, 17 e 18, foram declaradas inconstitucionais pelo STF, em maio de 2007, na ADI 3112/DF<sup>71</sup>.

Apesar de já ter sido alterada por 13 leis, merece destaque o fato de que o capítulo sobre os crimes e das penas não foi objeto de modificação de nenhuma delas, permanecendo íntegra sua redação original.

---

<sup>69</sup> Diário Oficial da União. 23 de dezembro de 2003. p. 01-03

<sup>70</sup> Artigos 14 e 15 da Lei 10.826/03 e seus respectivos parágrafos únicos.

<sup>71</sup> Na ADI 3112/DF o STF declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos dos artigos 14 e 15 da Lei, além do artigo 21, consignando-se que "(...)IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. V - Insuscetibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.(...)" (V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3112/DF, publicada do DJe 26 out de 2007. p. 28.),

A legislação penal sobre armas nas últimas décadas registrou problemas contundentes quanto a sua racionalidade. Com efeito, constatava-se uma clara defasagem da tutela penal na questão de armas, em um cenário que na década de 80 já era de emergência diante da escalada da violência armada, urbana e rural.

Assim, até o advento da Lei 9.437/97 utilizou-se uma legislação que apresentava quebras significativas de racionalidade, tanto no nível jurídico-formal, em razão da falta de harmonia e coerência do ordenamento – como se viu, quando ficou equiparada em reprovação penal a conduta do grande comerciante de armamento proibido à do sacoleiro que supria a camelotagem das grandes cidades –, quanto no teleológico ao se oferecer uma proteção deficitária de bens jurídicos, lembrando-se que ainda se aplicava o Decreto-Lei 3.688/41, em que o porte de arma era mera contravenção penal.

Os déficits de racionalidade, como se viu, não foram sanados com a edição da Lei 9.437/97. No plano jurídico-formal promoveu-se um verdadeiro atentado aos objetivos de sistematicidade, coerência e plenitude, quando, ao se tipificar o uso de arma de brinquedo ou simulacro para prática de crime, possibilitou-se que um estupro praticado com uma arma verdadeira tivesse uma pena menor do que se praticado com uma arma falsa. Também aviltada a racionalidade jurídico-formal na forma esdrúxula de enunciar como típico o fato de se possuir condenação pretérita.

### **2.2.7**

#### **Crimes Econômicos**

No período estudado neste trabalho, a legislação penal em matéria econômica em sentido amplo, sofreu remarcada expansão.

Já na década de 80, no ambiente de grandes escândalos envolvendo

instituições financeiras<sup>72</sup>, o Brasil se deu conta de que os riscos econômicos à poupança popular não eram objeto de proteção penal adequada. O sistema financeiro ainda não fora alçado à condição de bem jurídico tutelável pela norma penal.

A gestão fraudulenta ou temerária de instituições financeiras, com prejuízos coletivos e amplamente disseminados, estava prevista na Lei 1.521, de 1951, juntamente com outros delitos contra a chamada economia popular, e somente era punida se e quando a instituição fosse reduzida à insolvência<sup>73</sup>. Este era o quadro normativo quando das grandes quebras de bancos e corretoras na década de 80. A constatação imediata foi a de que a complexidade do sistema financeiro e os riscos inerentes a ele estavam a merecer um controle maior e mais rígido, passando pela repressão penal.

A inadequação era flagrante. A gestão fraudulenta de um banco estava prevista na mesma lei que punia o pequeno varejista de mercado de secos e molhados que alterasse sua balança (artigo 2º, XI, da Lei 1.521/51).

A Lei 7.492/86 entrou em vigor em 1986 após um célere processo legislativo que desconsiderou os trabalhos da comissão técnica anteriormente instituída para elaborar o anteprojeto<sup>74</sup>.

Debalde as críticas que determinados setores ainda desferem contra a lei, fato é que ela goza de uma inusitada estabilidade no ordenamento,

---

<sup>72</sup> Tomem-se como exemplo os célebres episódios envolvendo a Corretora Coroa Brastel, a Aspa, o Banco Meridional, entre outros.

<sup>73</sup> Lei 1.521/51, “**Art. 3º. (...) IX** - gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados; X - fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a um mil cruzeiros com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcocar ou de desviar fundos de reserva ou reservas técnicas. Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.”

<sup>74</sup> ARAUJO JR, João Marcello. “Os crimes contra o sistema financeiro no esboço de nova parte especial do Código Penal de 1994”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: v. 11, p.145-165, jul-set 1995.

principalmente quando comparada a outras leis voltadas à assim chamada criminalidade econômica.

De fato, ao se analisar o tratamento legislativo conferido aos crimes contra a ordem tributária percebe-se um grande contraste, verificando-se uma das mais emblemáticas demonstrações de instabilidade legislativa. A sucessão de leis e alterações envolvendo crimes contra a ordem tributária são evidências de uma total indefinição de política criminal acerca do fenômeno da sonegação fiscal. Ao fim da análise, resta claro que ainda não se resolveu no Brasil se a sonegação deve ou não ser tratada no âmbito penal, tantos são os recuos e desvios de rota que a legislação vem sofrendo desde a edição da Lei 8.137/90. Poucos exemplos se prestam de forma tão clara à constatação de que o legislador claudica em matéria penal, no que tange aos delitos fiscais. Vejamos como isso se dá.

Em 1965, entrou em vigor a lei penal que definia o crime de sonegação fiscal no Brasil, ilícito que até então era tratado puramente na via administrativo-tributária. O crime previsto no artigo 1º da Lei 4.729/65 cominava uma pena de 06 meses a 2 anos de detenção, além de multa.

A gravíssima crise econômica que o país atravessou na década de oitenta indicava, entre outras causas, para uma crise fiscal na arrecadação. A bandeira de combate à sonegação foi apropriada pelo primeiro presidente eleito diretamente após o regime militar, Fernando Collor, sob cujo governo foi aprovada em 1990, a Lei 8.137<sup>75</sup>.

O discurso traduzido na norma era de criminalização e agravamento da persecução penal nos crimes contra a ordem tributária. A nova lei passou a prever, dentre outras disposições, a pena de 2 a 5 anos de reclusão à sonegação fiscal, o que a tornava, aparentemente mais gravosa aos autores da conduta.

No entanto, a aparência não confere totalmente com a realidade. É que pelo texto da norma do revogado artigo 1º da Lei 4.729/65, o crime de sonegação fiscal era classificado doutrinariamente como crime formal, ou seja, daqueles que

---

<sup>75</sup> A imagem de “caçador de marajás” utilizada na campanha presidencial de Fernando Collor foi levada a cabo durante seu mandato como Presidente da República, quando alçou ao cargo de Secretário da Receita Federal, um Delegado de Polícia Federal, Romeu Tuma, futuro Senador pelo PT. Buscou-se passar uma mensagem clara de que o Estado trataria com rigor os crimes econômicos.

se consumam com a simples conduta, independentemente do resultado. Como se sabe, a configuração do crime como formal é mais gravosa ao réu, já que o ônus da acusação diminui, uma vez que estará adstrita à demonstração apenas da conduta e não do resultado eventual desta.

O tipo em questão descrevia como crime, por exemplo, a conduta de “prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei”<sup>76</sup>. Assim, o crime dava-se como consumado com a simples prestação de informação falsa ao fisco, independentemente do êxito da empreitada. Indispensável era apenas a demonstração do elemento subjetivo específico, qual seja, a intenção de reduzir ou suprimir tributo, resultado este que, repita-se, não precisava ocorrer de fato para se configurar o crime.

A Lei 8.137/90, a par de aumentar consideravelmente as penas do crime, acabou por dar nova definição ao tipo, que deixou de ser formal para se tornar um delito material. Explica-se: pelo novo texto, o crime passou a exigir, para sua consumação, o resultado naturalístico da supressão ou redução do tributo como elementar do tipo. O artigo 1º da nova lei passou a definir que a conduta nuclear do tipo era suprimir e reduzir o tributo, mediante o emprego da falsidade<sup>77</sup>. A alteração foi mais benéfica ao réu, porque aumentou o ônus probatório da acusação.

Conforme se verá no capítulo seguinte, a exigência da demonstração da redução ou supressão do tributo e o próprio conceito de tributo como elemento normativo do tipo tornaram-se, ao longo do tempo, o centro de uma das maiores polêmicas que envolveram esta questão.

---

<sup>76</sup> Lei 4.729/65, Art. 1º, I.

<sup>77</sup> Lei 8.137/90, **Art. 1º**. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Frise-se que a transição da estrutura do crime de sonegação fiscal, que de crime formal passou a material, não foi o único benefício conferido pela Lei 8.137/90 ao agente de crime tributário. Em seu artigo 14 foi prevista a possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, desde que realizado antes do recebimento da denúncia.

Contudo, menos de um ano depois de entrar em vigor a Lei 8.137/90, o benefício previsto pelo artigo 14 foi suprimido do ordenamento jurídico nacional, com a revogação expressa pela Lei 8.383/91.

O artigo 2º da Lei 8.137/90, em seu inciso II, previa a pena de 06 (seis) meses a 2 (dois) anos de privação da liberdade, à conduta de deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos. A gradação da pena mais branda se deve, basicamente, ao fato de que as condutas descritas neste artigo são cometidas sem fraude, como é o caso da omissão no recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados e não repassadas à previdência, assim chamados de apropriação indébita previdenciária.

Menos de um ano depois, a Lei 8.212/91 redefiniu, no artigo 95, “d”, a pena para este delito, que saltou para 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, maior, portanto, do que a pena prevista para a sonegação em sentido estrito, praticada mediante emprego de fraude.<sup>78</sup>

De um lado, a surpreendente alteração no desvalor da conduta que, menos de um ano antes, mereceria uma pena abstrata de seis meses a dois anos, e agora pulava para uma escala de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão. De outro, a violação da proporcionalidade, em virtude da pena fixada em patamares superiores àqueles fixados para crimes, em tese, mais graves, já que cometidos mediante fraude.

---

<sup>78</sup> Em campo de crítica à falta de técnica legislativa, impossível desconhecer a Lei 8.212/91, pelo texto inusitado que trouxe em seu corpo. A lei tratava de custeio da seguridade social como um todo, e em seu artigo 95 previa, ou pretendia prever, condutas criminosas. Ocorre que, embora tenha descrito dez tipos, deixou de cominar penas a estes, tornando-os preceitos primários sem sanções, o que os descaracterizava como crimes. As únicas exceções eram as alíneas “d”, “e” e “f”, cujas penas eram remetidas àquela imposta ao crime do artigo 5º da Lei 7.492/86 que, por sua vez, tratava de crimes contra o sistema financeiro. A falta de apuro técnico na elaboração da lei, poucas vezes foi tão expressiva!

Em 2000, a Lei 9.983 promoveu a alteração e criação de novos dispositivos no Código Penal, tratando de crimes previdenciários. O crime em questão passou a ser previsto no artigo 168-A, agora com pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão.

É inegável que, embora de redação muitas vezes confusa e contraditória, a Lei 8.137/90<sup>79</sup> oferecia-se como ferramenta mais incisiva no combate ao crime de sonegação, do que a Lei 4.729/65.

A entrada em vigor da Lei 8.137/90 coincidiu com duas circunstâncias especiais: o aparelhamento do sistema fiscalizatório da Receita Federal e a saída definitiva da atividade de representação judicial da União das atribuições da Procuradoria da República, que passou a atuar exclusivamente como ministério público.

Os três fatores não tardaram a incrementar o número de processos criminais por sonegação fiscal. As denúncias passaram a ser oferecidas com mais rapidez e a instauração de ações penais por este crime cresceu consideravelmente.

Não se pode desconsiderar que este crescimento trazia consigo um novo dado importante: o nível sócio-econômico dos réus destas novas ações era mais elevado do que o da clientela tradicional da justiça criminal, basicamente composta por autores de delitos patrimoniais e violentos, oriundos das faixas mais pobres da população. Era o aparato repressivo penal voltado, pela primeira vez, e de forma expressiva, contra a assim chamada criminalidade do colarinho branco. O impacto foi grande e não tardou a provocar reações em sentido oposto.

A primeira reação no sentido de conter este movimento de persecução criminal se deu em 1995, com a Lei 9.249, que reinseriu no ordenamento jurídico a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, desde que efetuado antes do recebimento da denúncia. Repristinava-se, pois, em 1995, o benefício que fora previsto em 1990 e retirado em 1991<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Como exemplo, a notória semelhança entre os tipos dos artigos 1º, I e 2º, I da lei.

<sup>80</sup> Posteriormente, este benefício seria ainda ampliado pelas Leis 9.964/00 (REFIS) e 10.684/03 (PAES). As alterações foram ainda mais sérias no crime de omissão no recolhimento das contribuições previdenciárias (atual art. 168-A do Código Penal), pois a Lei 9.249 deixara este crime de fora do benefício, mas o STF o estendeu por analogia. Mais tarde, a Lei 9.983/00

Os efeitos do pagamento do tributo na esfera penal passaram a ser o centro de um emaranhado legislativo, causador de inúmeros conflitos temporais. Não somente porque o benefício fora previsto, revogado e recuperado no curto espaço de cinco anos, mas porque deixou lacunas e ambigüidades e ainda passou a ser regularmente estendido em outras medidas legais posteriores.

De início, a Lei 9.249/95, ao prever o benefício, deixou de fora os crimes de apropriação indébita previdenciária. A incoerência era patente: por que beneficiar o sonegador que lançara mão da fraude e deixar de contemplar aquele que cometera crime sem emprego da fraude?

Foi necessário que o STF autorizasse o uso da analogia para fazer a Lei 9.249/95 alcançar os autores do crime então previsto na Lei 8.212/91, uma vez desarrazoado o *discrimen*<sup>81</sup>.

Em abril de 2000, entrou em vigor a Lei 9.964, conhecida como a lei do REFIS, que instituiu um sistema de parcelamento de débitos tributários<sup>82</sup>. O §3º do artigo 15 previa mais uma vez a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária, desde que efetuado o pagamento integral do tributo e de seus acessórios antes do recebimento da denúncia, ou, em caso de parcelamento do débito, que esse fosse concedido até o recebimento da denúncia, condicionando-se a definitiva extinção da punibilidade ao integral pagamento<sup>83</sup>. Observe-se que dessa vez o benefício também alcançava – expressamente – o crime de apropriação indébita previdenciária.

---

restringiu a possibilidade ao pagamento do tributo antes de iniciada a ação fiscal, e, por fim, a Lei 10.684 /03 franqueou a extinção da punibilidade pelo pagamento a qualquer tempo, antes de transitada em julgado a sentença final a todos os crimes.

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Turma 2. HC 73418/RS, rel: Min. Carlos Velloso. Publicado no DJ de 26 maio de 1996. p. 13116. “EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS", NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIARIAS. PAGAMENTO DO DÉBITO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENUNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 34 DA LEI 9.249/95. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. "HABEAS CORPUS": CONCESSÃO DE OFÍCIO. LEIS 8.137/90, 8.212/91, 8.383/91 e 9.249/95. I. - Aplicação do art. 34 da Lei 9.249/95, que determina a extinção da punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137/90, quando o agente promover o pagamento do débito antes do recebimento da denuncia. II. - H.C. concedido de ofício.”

<sup>82</sup> A lei instituiu um programa de parcelamento extremamente generoso ao devedor do fisco. Além disso, em matéria penal, previu a suspensão da persecução penal enquanto perdurasse o financiamento do débito.

<sup>83</sup> Lei 9.964/00, “Art. 15. (...), §3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.”

Ocorre que naquele mesmo ano, em julho, foi sancionada a Lei 9.983/00, que, por sua vez, entrou em vigor em outubro daquele mesmo ano. Esta lei, como se sabe, redefinia o crime de apropriação indébita previdenciária, que foi retirado da legislação extravagante para fazer parte do Código Penal. Porém, a mudança mais marcante provocada por esta lei foi o novo tratamento conferido a extinção da punibilidade para este crime, isto, repita-se, apenas três meses após a entrada em vigor da Lei 9.964/00. Por esta lei, o crime de apropriação indébita previdenciária passou a ter punibilidade extinta com a condição de que o agente, *espontaneamente, declare, confesse e efetue o pagamento* da dívida ainda antes do início da ação fiscal<sup>84</sup>.

Veja-se que no curso do mesmo ano, e com diferença de alguns meses apenas, os efeitos penais do pagamento do tributo foram tratados de forma completamente diferenciadas para o delito de apropriação indébita previdenciária. A exigência de que o pagamento fosse efetuado antes do início da ação fiscal foi, evidentemente, mais gravosa ao autor da conduta e, mais uma vez, deu tratamento mais rigoroso a este crime do que aquele dado à sonegação fraudulenta da Lei 8.137/90.

O paradoxo se agrava quando se verifica que a mesma Lei 9.983/00 criou outros tipos contra a previdência social no artigo 337-A do Código Penal, prevendo para eles a extinção da punibilidade não pelo pagamento, mas pela simples confissão da dívida<sup>85</sup>. Quando se leem os tipos descritos neste artigo 337-A, verifica-se que se assemelham muito àqueles descritos no artigo 1º da Lei 8.137/90. Nada explica, todavia, o tratamento diferenciado, de permitir para o

---

<sup>84</sup> Código Penal, (com redação dada pela Lei 9.983/00) “**Art. 168-A.** (...), § 2º “É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.”

<sup>85</sup> Código Penal, (com redação dada pela Lei 9.983/00) “**Art. 337-A.** Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.”

crime do artigo 337-A, a extinção da punibilidade pela confissão da dívida, e para os demais somente pelo pagamento integral do devido.

Como se não bastassem tantas disposições contraditórias, em 2003 sobreveio a Lei 10.684, instituindo novo regime de financiamento das dívidas tributárias (chamada PAES), com a ampliação do benefício da extinção da punibilidade, admitindo-a a qualquer tempo, diante do pagamento do tributo. Na prática, esta lei permite que o acusado de sonegação se beneficie da extinção da punibilidade, mesmo que efetue o pagamento após sentença condenatória<sup>86</sup>.

Em verdade, a redação do parágrafo 2º do artigo 9º da Lei 10.684/03 refere-se a este benefício como exclusivo das pessoas jurídicas, em mais um sinal da falta de apuro na redação das leis, mesmo porque não há qualquer justificativa razoável para se excluir as pessoas físicas do alcance da norma, mais parecendo ausência de zelo que critério de política criminal<sup>87</sup>. Igual crítica pode ser feita sobre o âmbito de normatividade dessa lei, que, em princípio, exclui os crimes previdenciários. Em ambos os casos a jurisprudência, incluindo a do STF, vem se encarregando de estender o benefício às situações não contempladas, conforme se verá no próximo capítulo.

Ainda em 1996, a Lei 9.430 inovou ainda mais no cenário dos crimes contra a ordem tributária, ao dispor em seu artigo 83 que as autuações do fisco não poderiam mais ser comunicadas ao Ministério Público para a adoção das medidas penais, enquanto o auto de infração estivesse sendo objeto de impugnação administrativa. Na prática, a norma dificultou enormemente a persecução penal, na medida em que impediu que o Ministério Público obtivesse as informações indispensáveis ao ajuizamento das ações penais respectivas. A questão foi retomada pelo STF no Habeas Corpus 81.611/SP, que será objeto de

---

<sup>86</sup> Lei 10.684/03, “**Art. 9º.** (...), §2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”

<sup>87</sup> Essa situação só foi corrigida pela Lei 11.941 de 27 de maio de 2009, que possibilitou às pessoas físicas o parcelamento para suspender a pretensão punitiva estatal, bem como o pagamento para extinguir a punibilidade.

análise no próximo capítulo<sup>88</sup>.

De toda a trajetória sinuosa da legislação nesta matéria, infere-se nitidamente que há um desacerto no que toca à definição de objetivos e métodos da persecução criminal nos crimes de sonegação fiscal. Sequer se pode dizer que as instâncias normativas exprimam a convicção da necessidade do emprego do direito penal na repressão a este ilícito. Mais transparece que esta opção oscila diante das conveniências e das pressões ocasionais. De um lado a pressão pela ameaça da pena criminal como mensagem simbólica de austeridade e rigor com a coisa pública. De outro, a pressão pela flexibilização, vinda dos setores da sociedade mais diretamente atingidos pela legislação repressiva desta matéria: as empresas de pequeno, médio e grande porte.

A justificativa mais frequente para os benefícios legais em matéria penal tributária se funda no argumento de que o objetivo da norma seria a arrecadação e, uma vez efetuado o pagamento do tributo e acréscimos, afastada estaria a necessidade da persecução criminal.

O argumento não encontra coerência no sistema normativo penal como um todo. É que os demais delitos com reflexo patrimonial e cometidos sem violência não gozam da mesma leniência. A restituição da coisa subtraída ou a reparação do dano material sofrido, tradicionalmente, são meras causas de redução da pena, e não de extinção da punibilidade<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> No final do ano de 2010, entrou em vigor a Lei 12.350 que, convertendo em lei a Medida Provisória 497/2010, deu nova redação ao artigo 83 da Lei 9430/96, que passou a vigorar da seguinte forma: “Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.” Poucos meses depois, nova alteração promovida pela Lei 12.382/2011, cujo tema principal era o reajuste do salário mínimo, incluiu novos parágrafos ao artigo 83 da Lei 9430: “§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.”

<sup>89</sup> Código Penal, “Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

Mesmo porque, admitir que a função do direito penal seja a de promover a arrecadação do tributo é desmerecer e desvirtuar o sentido do direito penal em um Estado Democrático de Direito, qual seja a da proteção potencializada de bens jurídicos de especial relevância à sociedade. Além disso, dar tal destino ao aparelho repressivo penal é desconsiderar princípios como o da subsidiariedade e fragmentariedade, alicerces do direito penal dos estados democráticos de direito. De mais a mais, os institutos voltados à promoção da cobrança de tributos estão muito melhor afetos ao direito processual civil que ao penal.

É fácil constatar que a legislação penal em matéria econômica, principalmente no que toca aos crimes contra a ordem tributária, revela uma irracionalidade teleológica inegável, em vista da incerteza quanto aos objetivos e meios da persecução penal nos crimes de sonegação fiscal. Mas também padeceu de irracionalidades na esfera jurídico-formal e no plano lingüístico.

### **2.2.8**

#### **Drogas – marchas e contramarchas**

A história recente da legislação antidrogas no Brasil presta-se, igualmente, como exemplo eloquente da falta de planejamento e sistematização da produção legislativa em matéria penal, comprometendo a lógica do sistema como um todo.

A ausência de marcos políticos claros e de debates e estudos mais amplos, não somente entre técnicos, mas também com os diversos setores da sociedade civil, fez do direito penal um emaranhado incongruente de normas, cuja credibilidade e coercitividade mantêm-se afetadas. Em matéria de drogas, não foi diferente.

Já estava patente, desde a década de 90, a necessidade de revisão ampla da antiga Lei de Drogas (Lei 6.368/76). Foram diversos os projetos de reforma em curso concomitante naquela década, e dos mais variados matizes em matéria de política criminal, variando entre propostas liberalizantes e medidas de

agravamento da persecução penal.

Em 2002, o Congresso fez aprovar a Lei 10.409, a Lei Antidrogas, resultante do Projeto de lei 1.873/91 (projeto Murad), apresentado na Câmara de Deputados em 18 de setembro de 1991<sup>90</sup>. Importante lembrar o contexto em que esta lei foi aprovada, qual seja, próximo à conclusão da Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico, de 1991, que buscou investigar o papel do Brasil como rota internacional do comércio de drogas.

O projeto aprovado criava novos tipos penais referentes às organizações criminosas e seus mecanismos de financiamento. Além disto, a nova lei já incorporava algumas novas concepções sobre o tema, principalmente na readequação da previsão normativa sobre o porte e uso pessoal que, embora mantivessem o caráter de crimes, subsumiam-se à categoria de menor potencial ofensivo, com todos os seus consectários da fase pré-processual e de afastamento da pena privativa de liberdade.

Ao tempo de sua aprovação, tramitavam inúmeros outros projetos de lei sobre a matéria<sup>91</sup> e o resultado foi um texto que, de certa forma, sistematizava os conteúdos e as vertentes destes projetos.

Ocorreu, todavia, que todo o capítulo relativo aos crimes e penas da lei foi integralmente vetado pelo Presidente da República, restando promulgados apenas os dispositivos processuais. Nas razões de veto, a Presidência apontava para vícios de inconstitucionalidade no texto, que não previa limites mínimos e máximos para as penas alternativas quando estas eram as únicas cominadas. A inclusão do verbo “traficar” no tipo referente ao comércio, segundo as razões de veto, poderiam levar insegurança e eventual “evasão de traficantes das prisões”, argumento este que as próprias razões reconheciam como *ad terrorem*, mas que ainda assim recomendavam o veto. Por fim, reconhecia avanços no projeto e assumia o compromisso de encaminhar proposta legislativa em breve sobre a

---

<sup>90</sup> O Projeto Murad foi apresentado na Câmara dos Deputados em 18 de setembro de 1991. V. Diário do Congresso Nacional. 14 de novembro de 1991. P.23058-23064.

<sup>91</sup> CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997, p. 212-231.

matéria<sup>92</sup>.

Com efeito, em 2006, foi aprovada a Lei 11.343, até hoje vigente, cujo objetivo foi justamente sanar o vácuo deixado pelo extenso veto presidencial apostado à Lei 10.409/02.

O projeto de lei que originou a nova lei foi iniciado pelo Congresso Nacional – através de sua Subcomissão sobre crime organizado, narcotráfico e lavagem de dinheiro, que fazia parte da Comissão Mista de Segurança Pública – e apresentado no Senado em maio de 2002, como PLS 115/02, dispondo sobre o Sistema Nacional Antidrogas; a prevenção, a repressão e o tratamento; a definição de crimes, regulação dos procedimentos nos crimes que define e outras providências<sup>93</sup>.

De fato, o Poder Executivo encaminhou uma nova proposta legislativa com o objetivo de alterar a recém editada Lei 10.409/02. Essa proposta, PL 6.108/02 (MSC 109/02), foi apresentada à Câmara dos Deputados em fevereiro de 2002<sup>94</sup> e – após discutida, inclusive com a aprovação de um texto substitutivo – apensada ao PL 7.134/02<sup>95</sup> (numeração dada na Câmara ao PLS 115/02). Ao fim, contudo, a proposta do Poder Executivo restou prejudicada pela apresentação de um substitutivo ao PL 7.134/02.

É certo que a Lei 11.343/06 foi fruto de debates intensos no Congresso Nacional, sendo objeto de 8 emendas na Câmara dos Deputados, das quais 3 foram aprovadas. A nova lei de drogas trouxe algumas inovações importantes no tema da despenalização do uso da droga e incorporou categorias como a política de redução de danos, entre outras.

Veja-se que no interregno entre a entrada em vigor parcial da Lei 10.409/02 e a publicação da Lei 11.343/06, a questão criminal da droga dependeu da anômala conjugação de duas leis distintas: as definições típicas da antiga Lei

---

<sup>92</sup> Portal da Câmara dos Deputados, [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br), site consultado em 31/07/2009

<sup>93</sup> Diário do Senado Federal. 7 de maio de 2002. p. 7379-7394

<sup>94</sup> Diário da Câmara dos Deputados. 22 fevereiro de 2002. p. 1915, col. 01.

<sup>95</sup> A PL 7.134/02 foi apresentada à Câmara em 21 de agosto de 2002. Conferir na seção Projetos de Lei e Outras Proposições do *site* da Câmara dos Deputados os projetos de lei nº 7.134/02 2 e 6.108/02.

6.368/76, e os ritos procedimentais da Lei 10.409/02.

Na sucessão dos fatos é notório que a definição da política criminal de enfrentamento da droga no Brasil foi descuidada, permitindo-se uma aprovação atropelada de um texto pouco técnico, como foi e que não refletia as reais discussões acerca da matéria na sociedade. O veto extenso a todo um capítulo da lei reflete que o texto final da Lei 10.409/02 provavelmente não chegou a merecer um trabalho de articulação institucional, no plano político.

Registre-se que o projeto original 1873/91 fora apresentado e continuava defendido pelo Deputado Federal Elias Murad, do PSDB, mesmo partido do então Presidente da República. O Projeto de lei 3901, por sua vez, que se incorporou ao primeiro, fora de autoria do Deputado Eduardo Jorge, do PT. A aprovação final foi destituída de controvérsias ou maiores discussões, no espectro partidário do Congresso.

O amplo veto presidencial que apontou falhas técnicas graves e se comprometeu a reapresentar o assunto em breve, denota que o tema fora tratado de forma superficial e não estratégica. Naquela altura, o Congresso aprovava uma lei já despregada do contexto científico e das discussões que se travavam no mundo sobre o assunto. A Lei 10.409 foi aprovada, tanto quanto as outras aqui mencionadas, no vácuo da elaboração de prévios critérios político-criminais consistentes. Movida a sua aprovação, pelo estrépito causado pela CPI do Narcotráfico de 2001.

O resultado foi, mais uma vez, a irracionalidade do sistema, a insegurança jurídica e a desautorização do sistema penal, sendo expressiva a carência no plano jurídico-formal.

## **2.2.9**

### **Irracionalidades difusas**

Se acreditamos que nas duas décadas que sucederam a Constituição de 1988 o legislador brasileiro não soube formular uma linha política razoável em

matéria criminal, então é preciso reconhecer, como já o fizemos acima, que o abandono do projeto de codificação foi um fator que contribuiu decisivamente para este quadro.

A opção pela legislação extravagante e pelas alterações pontuais e episódicas do texto codificado produziu situações totalmente ilógicas. Alguns exemplos merecem ser relatados.

O Código de Trânsito (Lei 9.503/97) previu em seu artigo 303 a pena de detenção de seis meses a dois anos ao crime de lesão corporal culposa, quando praticada em veículo automotor. A pena prevista desconsiderou que o crime de lesão corporal leve de natureza dolosa, previsto no *caput* do artigo 129 do Código Penal, comina uma pena mais branda: três meses a um ano de detenção<sup>96</sup>. A diferença das escalas penais faz com que seja mais vantajoso ao réu reconhecer o crime como doloso, do que admiti-lo como culposo, o que é um absoluto contrassenso. Traduz-se, assim, mais uma quebra na racionalidade na legislação penal em seu viés jurídico-formal.

Em 2003, a pena dos crimes de corrupção passiva e ativa (artigos 317 e 333 do Código Penal, respectivamente) passou de 1 a 8 anos de reclusão, para 2 a 12 anos de reclusão, por força da alteração implementada pela Lei 10.763/03. A nova escala penal equiparou o crime de corrupção ao crime de prevaricação, até então o mais grave dos delitos contra a administração pública. A lei alteradora, que partiu do Projeto 116/2002 do Senado tramitou de forma veloz e, como não poderia deixar de ser, criou um impasse lógico no sistema dos crimes ditos funcionais. É que o crime de concussão, previsto no artigo 316 do mesmo Código permaneceu com uma pena inferior de dois a oito anos de reclusão. O impasse decorre do fato de que o crime de concussão descreve a conduta do funcionário público *constranger* alguém, com a finalidade de obter vantagem indevida, enquanto o crime de corrupção descreve as condutas de solicitar ou receber (ou

---

<sup>96</sup> Comparemos: Lei 9.503/97, “**Art. 303.** Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único: Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo único do artigo anterior.” Código Penal, “**Art. 129.** Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.”

ainda aceitar promessa) de vantagem<sup>97</sup>.

Na comparação entre os dois tipos, segundo a doutrina mais tradicional<sup>98</sup>, temos que o verbo *constranger* remete ao emprego da força física ou moral como meio de obtenção da vantagem buscada, onde o administrado figurará sempre como vítima de intimidação. Estes elementos estão ausentes do crime de corrupção. Essencialmente falando, pois, o delito de concussão é muito mais grave que o de corrupção que remete, antes, a um acordo ou tentativa de acordo entre servidor e administrado. A alteração pontual do artigo 317 tornou o crime de corrupção mais grave que aquele cometido com emprego da *vis*, o que não se justifica sob nenhum aspecto.

A leitura dos projetos de lei que geraram a nova norma nos autoriza dizer que o que ocorreu foi puramente descuido e falta de visão de conjunto, já que em nenhum momento houve qualquer projeto de alteração da pena da concussão. Aqui se verifica o déficit legal de racionalidade no plano jurídico-formal.

O engano talvez decorra da simplificação com que o tema foi tratado no Congresso. Enquanto do ponto de vista jurídico-legal, o crime de corrupção passiva é exclusivamente aquele descrito no tipo do artigo 317 do Código Penal (corrupção estrito senso), a linguagem leiga e popular trata todo e qualquer crime contra a administração pública genericamente de corrupção (corrupção em sentido lato).

A mensagem simbólica de agravar a penalidade dos ataques à coisa pública atropelou, mais uma vez, a boa técnica, fazendo com que o legislador empregasse de forma leiga o termo *corrupção*, alterando a pena somente do tipo que assim se denomina, e deixando de fora outros tipos até mais graves. Veja-se que também houve a quebra da racionalidade legal no plano lingüístico.

---

<sup>97</sup> Código Penal, “**Art. 316.** Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.”; “**Art. 317.** Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

<sup>98</sup> Neste sentido Nelson Hungria, Magalhães Noronha, Damásio de Jesus, entre outros.

Não foi a primeira vez que a ignorância acerca dos termos legais produziu equívocos lamentáveis.

Em 1995, a nação assistiu à divulgação de um escândalo nacional em que o um servidor público de primeiro escalão aparecia patrocinando interesses privados perante a administração pública, valendo-se de seu cargo, conduta esta que em tese, se amolda ao tipo de advocacia administrativa, previsto no artigo 321 do Código Penal, com pena prevista de 01(um) a 03 (três) meses de detenção, quando o interesse fosse legítimo<sup>99</sup>. Na ocasião, a imprensa, inadvertidamente, denominou a prática de *tráfico de influência*. O estrépito foi agravado ante a constatação de que nossa legislação não previa o crime de tráfico de influência.

A imprensa, na verdade, criticava o lobby praticado pelos servidores públicos que se valem da função para advogar interesses privados. Cobrava providências e punição. Em regime de urgência foi votada e aprovada a Lei 9.127/95 que alterou o artigo 332 do Código Penal, o qual tratava de exploração de prestígio, crime praticado por particulares contra a administração pública. O tipo mudou de nome, passando a ser “tráfico de influência”, e teve a pena majorada de 1 (um) a 5 (cinco) anos para 2 (dois) a (cinco) 5 anos de reclusão<sup>100</sup>.

O estranho é que o tipo alterado não descrevia, e continua não descrevendo, a conduta que gerou o escândalo e a reação apressada do legislador. Antes, o crime de advocacia administrativa, este sim, praticado por servidor público, detentor, em tese da influência malversada, permanece inalterado com a singela pena de 01 a 03 meses de detenção. Desse modo, percebe-se também nesse caso a quebra da racionalidade legal nos planos jurídico-formal e lingüístico.

Em agosto de 2009, a Lei 12.015 alterou o texto do Código Penal, no

---

<sup>99</sup> Código Penal, “*Advocacia administrativa - Art. 321*. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. Parágrafo único: Se o interesse é ilegítimo: Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa.”

<sup>100</sup> Código Penal, “*Tráfico de Influência - art. 332*. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único: A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.” Conforme modificação operada pela Lei 9.127/95.

que se refere aos crimes sexuais, que passaram a ser tratados como crimes contra a liberdade sexual. Tentando por fim a uma longa controvérsia doutrinária e jurisprudencial, o novo texto alterou o artigo 225 do Código Penal, tornando o crime de estupro de ação pública condicionada à representação do ofendido<sup>101</sup>. A incoerência está no fato de que a Lei 11.340/07, conhecida como Lei Maria da Penha, determinara que os crimes de lesão corporal, inclusive de natureza leve, quando praticados no ambiente doméstico, seriam de ação penal pública incondicionada<sup>102</sup>. Considerando-se que boa parte dos crimes de natureza sexual se passa em ambientes domésticos, estamos diante da inusitada situação de vermos a lesão corporal simples encarada de forma mais rigorosa que o estupro.

Da mesma forma incoerente, a nova lei não faz qualquer distinção quanto à espécie de ação penal cabível, condicionando a denúncia à representação, ainda nos casos em que da violência resulte morte ou lesão corporal grave, rompendo com a lógica do sistema. Por certo, estamos diante de uma série de deficiência no nível jurídico-formal, já que a inserção da nova lei no sistema jurídico ocorreu de forma desarmônica e desvinculada a objetivos de sistematicidade, coerência e plenitude.

São esses alguns paradoxos que deverão ser enfrentados pela jurisprudência.

## 2.2.10

### Conclusões parciais

A análise aqui efetuada comporta reflexões de diferentes matizes.

Conforme já pontuamos, a Constituição de 1988 delegara ao legislador ordinário uma tarefa ampla, a partir de marcos genéricos: a afirmação ingente das

---

<sup>101</sup> A jurisprudência, inclusive do STF, já pacificara o entendimento, que restou sumulado no enunciado 608 do STF, de que sempre que o estupro fosse praticado com violência real, o crime seria de ação penal pública incondicionada.

<sup>102</sup> Lei 11.340/07, “*art. 41*. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

garantias individuais, a determinação de criminalização de condutas de lesividade transindividual e a categorização dos crimes hediondos.

As três premissas permitem visualizar que o novo direito penal do Estado Democrático não abriria mão da proteção do indivíduo e também da sociedade em todos os seus aspectos. Parece-nos que estas diretrizes não foram suficientes a embasar uma metodologia de construção político-criminal.

Seria possível supor que as sucessivas oscilações do legislador brasileiro traduziriam um modelo deliberadamente eclético, de conjugação de mecanismos especialmente repressivos com dinâmicas liberalizantes. Esta conclusão parte de uma visão que identifica um eixo lógico de condução deste processo, o que a nosso ver, inexistente no aparato normativo.

Ao tentarem responder à questão sobre o caráter do direito penal brasileiro atual, Streck e Copetti concluem não se tratar de um modelo eclético, antes sustentam que a legislação se encontra em fase de transição. O caminho identificado pelos autores seria o da superação do paradigma liberal-individualista de recorrer ao direito penal somente para a proteção de bens individualizáveis (crimes contra a pessoa, contra ao patrimônio), rumo a um direito penal que buscasse, igualmente, a proteção também dos direitos comunitários e sociais. Os autores acreditam que o aparente desacerto e os evidentes desencontros do trabalho legislativo neste período refletem este momento de transição, já que a ele se opõem resistências, principalmente da doutrina acadêmica que estaria contrária a este movimento<sup>103</sup>.

A análise auxilia na compreensão, mas para nós não exaure.

Os desacertos da política criminal brasileira refletidos na produção das normas penais neste período indicam uma crise que vai além do movimento de superação de modelos. Para apostar na tese dos autores acima citados seria necessário acreditar na existência de uma linha evolutiva da construção político-criminal, o que, por ora, não nos parece muito claro de estar, de fato, ocorrendo. A trajetória da produção legislativa em matéria penal neste período denota,

---

<sup>103</sup> STRECK, L. e COPETTI, A., 2003, p. 225 *et seq.*

igualmente, uma crise do poder legislativo e do processo legislativo como um todo.

A confusão de conceitos, a sobreposição de dispositivos, as idas e vindas da persecução refletem também uma falha profunda no trabalho de sistematização da legislação penal. A tarefa, em tese, deveria estar a cargo das Comissões de Constituição e Justiça de ambas as Casas legislativas a quem competiria o trabalho de buscar a compatibilidade dos novos projetos com o ordenamento. Na prática, estas comissões tem desempenhado pouco estas funções, antes funcionando como enclaves muito mais políticos que técnicos<sup>104</sup>.

Também fica evidente a ausência de um trabalho eficaz de articulação entre o Legislativo e o Executivo nas matérias de iniciativa de ambos os poderes. O resultado sugere um contexto de iniciativas individuais e desvinculadas de projetos mais consistentes e abrangentes. Isto fica bastante claro nos processos de elaboração das leis mais ligadas à questão da segurança pública, como ocorreu com as leis antidrogas e as leis de armas.

A normatização dos ilícitos de caráter econômico já refletem outro aspecto: a porosidade do Legislativo em relação às pressões dos afetados. As oscilações na questão dos crimes tributários deixam isto muito nítido, já que depois de acertado o rigor inicial da lei, para fazer frente a uma exigência circunstancial de arrocho fiscal vivenciada no país, este foi aos poucos cedendo e sendo amenizado à medida que os efeitos da lei alcançavam setores da sociedade detentores de efetivo poder de pressão política.

Ainda que o modelo político-criminal de um país deva identificar o grau de comprometimento ideológico de suas instituições (na forma preconizada por Delmas-Marty<sup>105</sup>), quando pensamos no Brasil e na história destas leis aqui analisadas, o que se verifica é o quase que o total esvaziamento ideológico de toda a discussão que permeou a sua produção. Os debates que subsidiaram a produção

---

<sup>104</sup> A Câmara de Deputados instituiu em 2007 uma Subcomissão Especial sobre a legislação penal e processual penal.

<sup>105</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Os Grandes Sistemas de Política Criminal*, trad. Denise Radanovic Vieira, Barueri, SP: Manole, 2004.

destas leis, além de não terem se mostrado uma regra, também não foram claros e definidos. Antes, foi o sabor dos acontecimentos, alguns de grande repercussão na sociedade, que pautou a agenda legislativa em matéria penal.

Não se nega, por óbvio, a existência, no Legislativo, de grupos específicos com defesas de pontos de vista claros, mais especificamente na linha conservadora que tende ao endurecimento penal. O que ocorre é que esta defesa não está mais exclusivamente nas hostes ditas da direita conservadora. Observa-se que a defesa do recrudescimento da persecução penal transcende estes limites *direita e esquerda* e perpassa por grande espectro dos políticos em atuação no Congresso<sup>106</sup>.

O que queremos dizer é que o recurso ao aumento das penas, ao carimbo de hediondo, ao aumento da tipificação de condutas são iniciativas que não refletem necessariamente a defesa de uma estratégia de política criminal, mas muitas vezes são o único recurso de que os legisladores lançam mão para escamotear a própria ausência desta estratégia.

A ideologização racional do discurso político-criminal está mais presente na seara acadêmica e doutrinária que nos espaços de deliberação propriamente ditos. Nestes, o que se vê é um cenário desarticulado e nebuloso.

Há uma dúvida latente em toda a sociedade brasileira sobre o real papel do direito penal e seus reais limites. De um lado, a herança autoritária recente que permite a construção de pré-juízos e estereótipos: todo crime é político, toda a criminalidade violenta é gerada na desigualdade social, toda a pena privativa de liberdade é perversa, ou toda a pena corporal é vingança. De outro, uma demanda social que exige soluções rápidas e prefere as alternativas aparentemente mais fáceis: mais leis, mais tipos, maiores penas, maior rigor.

---

<sup>106</sup> De resto, esta não é uma característica exclusiva do Brasil. O fenômeno foi igualmente observado por Canción Meliá, na Espanha (CANCIÓN MELIÁ, M. “De Nuevo: derecho penal del inimigo?”. In: STRECK, L. L. (Org.). *Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 23.). Segundo o autor ibérico, a esquerda política acabou aprendendo quão rentável podem resultar os discursos de maior rigor punitivo, antes monopolizados pela direita. Igualmente, a direita incorporou discursos tradicionalmente da esquerda, em um quadro em que se percebe, verdadeiramente, que ninguém está disposto a discutir de verdade as questões de política criminal no âmbito do parlamento, e que a demanda por mais penas e maior rigor não é mais tabu político para ninguém.

A tradução desta dúvida, a canalização do debate para esferas especializadas e, por fim, a representação válida das diversas posturas deveriam estar traduzidas na discussão parlamentar. No entanto, o legislador não se posiciona com franqueza diante deste embate, pendendo ao sabor da circunstância do momento. A representação política não enfrenta este debate, não direciona e nem filtra estas posições e não aprofunda propostas de conciliação destas forças antagônicas. As plataformas eleitorais lançadas nas campanhas, quando tocam na questão penal, o fazem apenas na matéria da segurança pública, restringindo-se a apenas um aspecto da questão.

No que toca aos crimes econômicos ou contra a administração pública, por exemplo, há um discurso simbólico de busca do rigor, despregado da realidade da lei que, embora preveja penas altíssimas, estas, na prática, jamais são aplicadas ou cumpridas, porque a própria lei prevê barreiras que impedem a efetivação destas penas<sup>107</sup>.

A questão da segurança pública se tornou explosiva nas grandes cidades, ao mesmo tempo em que a criminalidade dita de colarinho branco se tornou mais evidente também. O legislador tem se movimentado de forma não programática, mas meramente reativa frente a estas demandas. O resultado é instável e incongruente, como se viu. E o prejuízo não é somente ao indivíduo diante do legislador excessivamente punitivo, mas também da sociedade diante do legislador titubeante.

O fato é que não se operou no Brasil uma opção consensuada sobre quem, quando e como punir crimes em geral. O resultado é um aparato normativo que expressa uma retórica de aparente zelo para ocultar ausência de propostas efetivas.

Não espanta que se possa reconhecer em um discurso público e institucional, que a ambigüidade da linguagem da norma é o caminho à construção do consenso para sua aprovação, como admitiu o Ministro Nelson

---

<sup>107</sup> EBOLI, E. “Nem todo escândalo será castigado. De cada dez ações contra autoridades públicas no STJ, 4 sequer são concluídas”. *O Globo*. Rio de Janeiro, 06 dez 2009. O País. Disponível em <<http://arquivoglobo.globo.com>>, acessado em 23 nov 2010.

Jobim no acórdão já referenciado. Se não há projetos sólidos de política criminal, a legislação vai sendo construída de forma pontual e não sistêmica.

A questão da linguagem, por sua vez, também adquiriu importância relevante na configuração deste quadro de indefinições. É que o abandono do projeto de codificação em simultaneidade com a inflação legislativa do período turbou as linhas semânticas da legislação, e boa parte das deficiências de emprego e elaboração das leis penais se deveu ao sacrifício do rigor com a linguagem. Como se viu, estas deficiências foram algumas vezes, intencionais, no projeto de transferir ao judiciário a atribuição de sua integração em escala superior às tradições hermenêuticas. Neste ponto, segundo Hassemer, se o legislador, seja por que motivo, não se expressa com a precisão adequada, a fim de manter os marcos semânticos dos conceitos que emprega, acaba por transferir ao poder judiciário tarefas que seriam suas, segundo a divisão clássica de poderes. Esta sobreposição de funções entre os poderes confunde os limites, que são, em boa parte, construídos pela linguagem<sup>108</sup>.

Estas, talvez, sejam vertentes a explicar e auxiliar na compreensão do ativismo judicial em matéria penal que vem sendo verificado nos últimos anos. Este será o tema do próximo capítulo.

---

<sup>108</sup> V. HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. de Patrícia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998, p. 17.