

A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E A NORMA PENAL BRASILEIRA: considerações acerca da sua seletividade

Airto Chaves Junior¹
Marisa Schmitt Siqueira Mendes²

O pior mal já está feito quando se tem pobres para defender e ricos para conter. É apenas sobre a mediocridade que a força das leis se exerce por completamente: elas são igualmente impotentes contra os tesouros do rico e contra a miséria do pobre; o primeiro as engana, o segundo as escapa. Um rompe a rede, o outro passa através dela.

(Rousseau, in Discours sur l'Economie Politique)

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Lei penal para quem? 3. O mito do Direito Penal Igualitário e o processo de criminalização primária; 3.1. Igualdade desigual do direito penal; 3.2. O direito penal abstrato e a criminalização primária; 3.3. Inversão de valores e Apartheid Social; Conclusão; Referência das Fontes Citadas

¹ Mestrando do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, com concentração em Fundamentos do Direito Positivo, Linha de pesquisa Produção e Aplicação do Direito; Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES; Advogado. E-mail: oduno@hotmail.com

² Mestranda do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Linha de pesquisa Hermenêutica e Princiologia Constitucional; Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES; Advogada. E-mail: majelu1@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo pretende realizar uma avaliação crítica da seletividade da norma penal brasileira, que demonstra inegável tendência a preservar os interesses das elites do poder econômico, funcionando, nesse contexto, como um instrumento de dominação de classes. A princípio, os tipos penais são apresentados como igualitários, atingindo de forma isonômica as pessoas em função de seus comportamentos. São também oferecidos como justos, na medida em que buscam prevenir novos delitos por meio da prevenção geral. Na prática, contudo, o contexto de operacionalização da lei penal brasileira é bem diferente. O Direito Penal abarca desempenho tão somente de cunho repressivo, reflexo da sociedade que institui e espelha a exclusão mediante a seletividade já na formulação técnica das normas legais penais. Depreende-se assim, um latente paradoxo: por um lado a igualdade formal defendida abstratamente; por outro, a cuidadosa produção legislativa, atuando seletivamente para aplicação do direito material, cuja maior ou menor reprimenda pauta-se na posição ocupada pelo indivíduo na escala social.

PALAVRAS-CHAVE: Norma penal; Criminalização primária; Seletividade.

ABSTRACT

El presente artículo pretende realizar una evaluación crítica de la selectividad de la norma penal abstracta brasileña, que enseña innegable tendencia a preservar los intereses de las elites del poder económico, funcionando, en ese contexto, como un instrumento de dominación de clases. Al principio, los tipos penales son presentados como igualitarios, llegando a las personas de manera isonomica en función de sus comportamientos. Son también ofrecidos como justos, en la medida en que buscan prevenir nuevos delitos por medio de la prevención general. En la práctica, sin embargo, el contexto de operacionalización de la ley penal brasileña es muy diferente. El Derecho Penal incluye desempeño tan solamente de manera represiva, reflejo de la sociedad que instituye y refleja la exclusión mediante la selectividad ya en la formulación técnica de las normas legales defendida abstractamente; por otro, la cuidadosa producción legislativa, actuando selectivamente para aplicación del derecho material, cuya mayor o menor reprimenda pauta-se en la posición ocupada por el individuo en la escala social.

PALABRAS-CLAVE: Norma penal; Criminalización primaria; Selectividad.

1 INTRODUÇÃO

O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, raramente contra certas condutas. Uma parcela de privilegiados possui a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. Os pobres são constantemente atingidos pelas agências de repressão não porque delinqüem mais, mas porque têm maiores chances de serem criminalizados. Por esta razão, antes de falar-se em criminalidade, devemos tentar compreender o processo de criminalização preconizado pelo sistema penal. Esse processo pode ser dividido em processo primário e processo secundário de criminalização.

O primeiro designa o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. O segundo é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que se supõe tenha praticado certo ato criminalizado primariamente.³ Aquela é realizada pelos legisladores, quando da produção da norma; esta, pelas agências estatais, tais como Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e sistema penitenciário.

Essa pesquisa preocupou-se fundamentalmente com a criminalização primária, isto é, os aspectos de seletividade na produção da norma. A criminalização secundária é objeto de exame superficial, pois o aprofundamento exigiria uma pesquisa específica com técnicas diferentes daquelas aplicadas no presente trabalho.

Ver-se-á, neste contexto, que o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta, mas uma qualidade atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de seleção. E todo esse aparato já pode ser diagnosticado a partir da produção da norma penal, que não raras às vezes, vem ao mundo jurídico objetivando atingir determinados grupos de pessoas, notadamente àqueles pertencentes aos mais baixos extratos sociais,

³ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003 vol. 1, p. 43.

JUNIOR, Airto Chaves; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. A criminalização primária e a norma penal brasileira: considerações acerca da sua seletividade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

conservando assim, a reprodução das desigualdades sociais intrínsecas ao próprio sistema.

2 LEI PENAL PARA QUEM?

Em 1997, Galdino de Jesus dos Santos, um chefe indígena que estava de visita em Brasília, foi queimado vivo enquanto dormia numa parada de ônibus. Cinco rapazes de boa família, que andavam farreando, jogaram álcool nele e lhes tocaram fogo. *Pensamos que era um mendigo*, justificaram eles.⁴ Um ano depois, a justiça brasileira lhes aplicou penas alternativas, pois não se tratava de um caso de homicídio qualificado. O relator do Tribunal de Justiça do Distrito Federal explicou que os rapazes tinham utilizado apenas a metade do combustível que possuíam e isto provava que tinham atuado *movidos pelo ânimo de brincar, não de matar*.

Alguns anos mais tarde, Maria Aparecida de Matos, 24 anos, empregada doméstica que só sabe desenhar o nome, mãe de dois filhos pequenos, completou mais de onze meses na prisão. Ela foi acusada de tentativa de furto de um xampu e um condicionador, no valor de R\$ 24,00 de uma farmácia de São Paulo.⁵

Maria Aparecida foi protagonista de uma discussão jurídica sobre a prisão para crimes de valor irrisório e de baixa periculosidade. Após esse longo período de isolamento, Ministros do Supremo Tribunal Federal defenderam a aplicação do princípio da insignificância⁶. Em 2004, o mesmo Tribunal suspendeu processos

⁴ O crime que abalou o Brasil e o mundo: o assassinio do índio Pataxó Galdino Jesus dos Santos, queimado vivo por brincadeira. Disponível em http://members.tripod.com/arlindo_correia/101201.html, 10, out. 2008.

⁵ PENTEADO, Gilmar. Uma história triste. Matéria publicada na Agência Folha, em 16 de abril de 2005.

⁶ O princípio da insignificância é instrumento doutrinário e jurisprudencial que deveria operar contra a seletividade da norma, contudo, não é o que ocorre na prática. Na mais das vezes, ele é utilizado para excluir a possibilidade de punição de membros das elites econômicas: 2609-DESCAMINHO-Habitualidade criminosa. Existência de registros anteriores. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Havendo prática de descaminho com a ilusão de impostos em valor não superior ao patamar de R\$ 2.500,00, da L. 10.522/02, é possível a aplicação do princípio da insignificância penal. A habitualidade exigida para afastar-se o princípio da bagatela não pode ser vista,

contra dois jovens, um de São Paulo e outro de Mato Grosso do Sul, em situações semelhantes à de Maria Aparecida. Um deles tinha sido condenado a dois anos pelo furto de um boné no valor de R\$ 10,00. Outro recebeu a pena de oito meses pelo furto de uma fita de videogame avaliado em R\$ 25,00.

Quanto a Maria Aparecida, a Liberdade Provisória foi negada. No pedido, a defesa solicitou ao Tribunal de Justiça a mesma avaliação que fez ao caso do promotor de Justiça Thales Ferri Schoedl. Ele havia sido preso em flagrante por ter matado com disparos de arma de fogo um jovem, além de ferir outro, em dezembro de 2004. Na ocasião, Schoedl alegava legítima defesa. Em 16 de fevereiro de 2005, o Tribunal de Justiça concedeu liberdade provisória ao promotor⁷.

Em outubro de 2007, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu pedido de Habeas Corpus para que o morador de rua, Marciano Schott Fraga, do Rio de Janeiro, para responder em liberdade a acusação de furtar um shampoo, avaliado em R\$ 13,00. Ele estava preso desde abril daquele ano, ou seja, há seis meses. Dado importante: o acusado possuía os treze reais para devolver.

Poderíamos elencar aqui, inúmeros acontecimentos como esses. Situações que dia a dia confirmam a razão de ser do sistema penal brasileiro. Um sistema de valores que exprime e reflete o universo moral próprio de uma cultura burguesa e individualista. Uma cultura que dá máxima ênfase à proteção do patrimônio privado (mesmo quando for ínfimo o seu valor de mercado) e orienta-se, predominantemente, para atingir as condutas de desvio típicas dos grupos socialmente fragilizados do ponto de vista econômico.

Em determinados casos, o sistema penal apresenta-se em pleno funcionamento. É o Estado presente, participativo, atuante quando da ocorrência do fenômeno

simplesmente, como mais um processo ou registro de prática idêntica, sendo necessárias várias práticas de descaminho, assim compreendidas, no mínimo, três incursões no tipo penal. Precedentes desta Corte. (TRF 4 R. SER 2003.71.04.011330-3-RS 7 T.- Rel. Des. Fed. p/c Maria de Fátima Freitas Labarrère - DJU 05-05-2004)

⁷ CARVALHO, Cleide. Conselho Nacional do MP vota contra cargo vitalício a promotor Thales Schoedl, que matou na Riviera. Matéria do Jornal *O Globo* publicada em 02 de jun. de 2008. Disponível em http://oglobo.globo.com/sp/mat/2008/06/02/conselho_nacional_do_mp_vota_contra_cargo_vitalicio_promotor_thales_schoedl_que_matou_na_riviera-546613358.asp.

criminal. É, nas palavras de Loïc Wacquant⁸, à maciça expansão do seu punho penal. Em outros, a intervenção parece ser tão ínfima que quase não percebemos sua atuação.

Mas, por que alguém que pratica um furto de um shampoo permanece tanto tempo encarcerado enquanto um jovem de classe média é solto depois de matar ou ferir gravemente uma pessoa? Quem deveria ser realmente penalizado, a pessoa que atenta contra o patrimônio privado ou quem interrompe a vida de alguém? As respostas partem da estrutura de todo o sistema penal (Leis, Polícia, Ministério Público, Justiça e Prisão), que demonstra uma inegável tendência a preservar os interesses das elites do poder econômico, funcionando, nesse contexto, como um instrumento de dominação de classes.

Já faz um século que José Hernandez⁹ comparou a lei como uma faca, que jamais fere quem a maneja. Os discursos oficiais invocam a lei como se ela valesse para todos, e não só para os infelizes que não podem evitá-las, atendendo o princípio da igualdade. Denota-se, contudo, que o cenário do cotidiano é bem diferente: os delinqüentes pobres são os vilões do filme, os delinqüentes ricos escrevem o roteiro e dirigem os atores¹⁰.

3 O MITO DO DIREITO PENAL IGUALITÁRIO E O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA

3.1. Igualdade desigual do direito penal

Para que existisse um Direito Penal realmente igual para todos, Alessandro Baratta¹¹ formulou duas proposições fundamentais. Em primeiro lugar, o direito

⁸ Ver Loïc Wacquant. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

⁹ Poeta argentino, nascido em 1834, tornou-se um eloqüente autodidata, e através de suas numerosas leituras adquiriu claras idéias sócio-políticas. Diz-se que Hernández era capaz de improvisar versos e discursos em reuniões de amigos e em congressos. Sua memória era fantástica, algo fora do comum.

¹⁰ GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar – A escola do mundo ao avesso*. Porto Alegre: L&PM, 2007, p. 96.

¹¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 162.

penal deveria proteger igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, caracterizado pelo princípio do interesse social e do delito natural; e em segundo lugar, a lei penal deveria ser igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas teriam iguais chances de tornarem-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização, este, então, sustentado pelo princípio da igualdade.

A rigor, portanto, a norma penal seria dirigida a todas as pessoas, não importando a classe social a que pertença. Não precisamos, contudo, de um raciocínio muito apurado a constatar que a realidade do direito penal é outra: ela própria já distingue os autores dos crimes segundo suas classes sociais.

Por esta razão, Baratta considera o *direito penal igualitário* um mito, talvez, porque foi algo nunca realmente buscado. Neste contexto, descreveu as verdadeiras características sustentadas pelo modelo penal, trazendo aspectos profundamente seletivos:

- a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quanto pune as ofensas aos bens essenciais faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos; o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; e
- c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.¹²

Já tem quase 30 anos que Eugênio Raúl Zaffaroni elabora profunda crítica aos ordenamentos jurídicos penais. O autor destacava a partir daí, que a lei penal estabelecia tratamento diferenciado de censura de pessoas, dependendo do papel que estas ocupassem na estrutura social, notadamente, em virtude de poder do consumo:

¹² BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 162.

[...] reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação do princípio da igualdade corretamente entendido, que não significa tratar todos igualmente, mas tratar com isonomia quem se encontra em igual situação.¹³

Assim, o direito penal não pode mais ser considerado somente como sistema estático de normas, mas sim como sistema dinâmico de funções. Esse sistema comporta mecanismos que objetivam a produção de um processo de criminalização. Segundo Baratta, esse processo possui três características básicas: a) o mecanismo da produção das normas, conhecido por criminalização primária; b) o mecanismo da aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo, conhecido do processo de criminalização secundária; e finalmente, c) o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança.¹⁴

Pode-se dizer, assim, que a função essencial do sistema penal é a de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando-se barreiras à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado ao tempo em que surgem os processos marginalizadores.

Essa pesquisa procurou-se fundamentalmente com a criminalização primária, isto é, os aspectos de seletividade na produção da norma. A criminalização secundária é objeto de exame superficial, pois o aprofundamento exigiria uma pesquisa específica com técnicas diferentes daquelas aplicadas no presente trabalho.

3.2. O direito penal abstrato e a criminalização primária

A criminalização primária consiste no ato de selecionar bens jurídicos relevantes que mereçam proteção impostas pelo direito penal material. Quem está encarregado de efetuar a escolha dos bens jurídicos penalmente relevantes a

¹³ ZARRARONI, Eugênio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos*. Buenos Aires; Depalma, 1986, p. 59.

¹⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 161.

JUNIOR, Airto Chaves; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. A criminalização primária e a norma penal brasileira: considerações acerca da sua seletividade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ponto de serem protegidos pelo Direito Penal são os deputados e senadores, enfim, o Congresso Nacional.

O decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941¹⁵, em seu artigo 1º, conceitua crime da seguinte forma:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente.

Zaffaroni¹⁶ conceitua tipo penal como *um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes.*

A princípio, esses tipos penais são apresentados como igualitários, atingindo igualmente as pessoas em função de seus comportamentos. Veremos, no entanto, que esse processo é profundamente seletivo, atingindo apenas determinado grupo de pessoas.

As leis são também apresentadas como justas, na medida em que buscam prevenir novos delitos por meio da prevenção geral. Na prática, entretanto, seu desempenho é tão somente de cunho repressivo.

Além disso, nas palavras de Nilo Batista¹⁷, as leis penais deveriam apresentar-se comprometidas com a dignidade humana. Fazendo referência a Roxin, o autor registra que a pena deveria ser vista como o serviço militar ou o pagamento de impostos, quando na verdade, é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela.

¹⁵ Trata-se da Lei de Introdução ao Código Penal.

¹⁶ ZAFFARONI, E. Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2004, p. 421.

¹⁷ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 26.

JUNIOR, Airto Chaves; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. A criminalização primária e a norma penal brasileira: considerações acerca da sua seletividade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

O Direito Penal abstrato, portanto, refere-se ao conteúdo e também, ao não-conteúdo das leis penais.¹⁸

A seleção criminalizadora ocorre mediante as diversas formulações técnicas dos tipos penais, aliadas as espécies de conexão que eles determinam com o mecanismo das *agravantes/atenuantes, qualificadoras/efeitos privilegiadores*. Veja-se, por exemplo, que o furto simples, tipificado no artigo 155, *caput* do Código Penal¹⁹ é capitulação rara nas peças acusatórias do nosso país. Quase sempre esse crime é qualificado por uma daquelas situações apresentadas no parágrafo 4º. Esse tipo de delito é, notadamente, praticado por pessoas pobres, razão pela qual a aplicação de qualificadoras que majoram a pena vem bem a calhar.

Percebe-se, também, que as malhas dos tipos penais são, em geral, mais sutis no caso dos delitos próprios de "colarinho branco". Analisemos o art. 16 do mesmo diploma legal, que trata do instituto do arrependimento posterior:

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.

¹⁸BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 176.

¹⁹ Art. 155 - *Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:*

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º - *A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.*

§ 2º - *Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.*

§ 3º - *Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.*

Furto qualificado

§ 4º - *A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:*

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - *A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.*

Refere-se aos crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa. O agente é *beneficiado* com uma **redução de pena** quando, por ato voluntário, repara o dano ou restitui o objeto do delito. Em sua grande maioria, pessoas dos baixos extratos sociais são beneficiados por esse instituto, pois são elas que, geralmente, praticam delitos contra o patrimônio.

Em sentido inverso, realizamos a análise da Lei n. 8.137/90, que dispunha no artigo 14, que os crimes previstos em seus artigos 1.^o²⁰, 2.^o²¹ e 3.^o²² teriam

²⁰ Art. 1.^o Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

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.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

²¹ Art. 2.^o Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - 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;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

²² Art. 3.^o Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar

extinta sua punibilidade quando o agente (contribuinte ou servidor público) promovesse o pagamento do tributo ou contribuição social antes do recebimento da denúncia. Não bastasse tamanho benefício, com o advento da Lei n. 10.684/2003, a extinção da punibilidade passou a ocorrer em qualquer fase do processo, e não antes do recebimento da denúncia.²³

Vale lembrar que os crimes de sonegação fiscal afetam o Estado de forma drástica, vez que o dinheiro que deixou de ser arrecadado poderia ter sido utilizado na realização de projetos sociais e outras finalidades de efeito coletivo. Não há como negar, dessa forma, que a extinção da punibilidade do agente em qualquer fase do processo transforma a justiça penal em mero instrumento de coação ao pagamento de impostos. Assim, comportamentos altamente lesivos à sociedade e que, notadamente, culminam em prejuízos coletivos, por vezes, irreparáveis, como as retenções de tributos de investimentos emergenciais à saúde e educação, não serão punidos se essas quantias forem restituídas ao erário.

Neste contexto, pergunta-se: por que o delinqüente patrimonial não é beneficiado com a extinção da punibilidade, tal como ocorre no caso dos crimes de sonegação fiscal? De forma coerente e lógica, os benefícios cedidos pela lei penal dos delitos tributários deveriam alcançar os delitos patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, precipuamente, em atenção ao princípio da igualdade.

Observa-se, aqui, uma lei de tendência, que procura não criminalizar as ações anti-sociais realizadas por integrantes das classes sociais hegemônicas, ou então, que se apresentam funcionais às exigências do processo de acumulação de

promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

²³ Tratando-se de extinção da punibilidade com o pagamento integral do débito, notamos que, a partir da Lei n. 10.684/2003, ela poderá ocorrer em qualquer fase do processo e não apenas até antes do recebimento da denúncia. Como é lei mais benéfica ao réu, possui aplicação retroativa. Nesse sentido, firmou entendimento o STF, 1.^a T., HC n. 81.929/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 16.12.2003, Informativo STF n. 334.

capital. Criaram-se, com essa legislação fiscal, zonas de imunização para os comportamentos de sonegação, cuja danosidade se volta particularmente contra as classes menos favorecidas.

Difícil negar, portanto, que existe uma tendência a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para as formas de desvios típicos das classes subalternas.

3.3 INVERSÃO DE VALORES E APARTHEID SOCIAL

No início do século passado, o filósofo Max Scheler, ao tratar da hierarquia dos valores, já previa uma preponderância do capital sobre o social, política que descarta da esfera humanista: *A mais profunda da hierarquia valorativa que a moral moderna carrega consigo é, porém, a subordinação que vai se insinuando cada vez mais, dos valores vitais aos valores de utilidade*²⁴. Em uma leitura contemporânea, a *utilidade* a que se refere o autor certamente está relacionada aos valores de propriedade.

Sabe-se que a qualidade e, principalmente, a quantidade da pena cominada possui relação diretamente proporcional ao bem ou interesse jurídico protegido. Ver-se-á, no entanto, que o Código Penal Brasileiro é altamente patrimonialista, valorizando mais a coisa do que a própria vida ou integridade física humana.

Analisemos o crime de lesão corporal de natureza grave, descrito no artigo 129, § 1º, do Código Penal²⁵. Tomemos como exemplo o inciso III, que indica: se da

²⁴ O autor estabelece uma hierarquia de valores, sendo os mais elevados os de caráter religioso como o *sagrado (Heiligen)*; em seguida temos os valores espirituais, dentre os quais se incluem os estéticos, os jurídicos, tais como o *justo (Rechten)*, fundamento do Direito e os filosóficos, como o conhecimento da verdade. Na sequência aparecem os valores vitais; por último, os valores sensíveis e de utilidade. In SCHELER, Max. *Da Reviravolta dos Valores*. Trad. Marco Antônio dos Santos Casa Nova. Petrópolis. Vozes, 1994, 165.

²⁵ Art. 129. *Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:*

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

lesão corporal resulta *debilidade permanente de membro, sentido ou função*. A pena prevista para esta infração é de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão. Dessa forma, se alguém, dolosamente, arranca um dos olhos de alguém, sofrerá a reprimenda estabelecida nesse tipo penal.

Debrucemo-nos agora por sobre o crime de furto qualificado, conforme artigo 155, § 4º do Código Penal²⁶. Abracemos a título exemplificativo o inciso I, que prescreve: se o crime é cometido *com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa*. Incorrerá o autor do furto a pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão. Assim, esta é a pena para pessoa que, após haver danificado a porta de um automóvel, subtrai um toca-fitas de seu interior.

Diante desse comparativo fica a pergunta: apoiando-se na hierarquia dos valores, a que o direito penal deveria dar maior proteção, a um objeto como um toca fitas ou a visão de uma pessoa?

Note-se, dessa forma, que a seletividade sempre existe. Crimes de furto são praticados por pessoas dos mais baixos extratos sociais e por isso, abarcam penalização muito maior.

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de um a cinco anos. (...)

²⁶ *Furto*

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

Outro exemplo emblemático é trazido por Amilton Bueno de Carvalho:

[...] imaginemos o delito de roubo (mediante grave ameaça subtraíam um relógio) em confronto com o delito de esbulho possessório (mediante grave ameaça invadam um imóvel – art. 161 do Código Penal). Os crimes são praticamente idênticos, só diferem que num o objeto é móvel, noutro é imóvel. Como valoramos mais o imóvel, este deveria ser melhor protegido. Mas não é. A pena daquele é de quatro a dez anos, e este é de um a seis meses. Pergunta-se: quem comete roubo de relógio? Algum latifundiário? Ora, a subtração de móvel é crime do pobre, o esbulho possessório é do rico. Logo, as penas são diferentes, absurdamente diferentes. Todavia, como atualmente o povo (= pobre) está invadindo terras, aparecem democratas preocupados com a segurança do país e propõe a elevação das penas do esbulho, o que por certo logo virá. [...] O pobre que não trabalha é contraventor, pois não coloca no mercado de trabalho a sua força para ser explorada (art. 59 da LCP). E o rico?²⁷

Denota-se, assim, que a seletividade da norma penal é indiscutível. Essa seleção golpeia justamente as parcelas mais carentes da população. Portanto, não se pode dizer que a norma penal protege os bens de maior relevância. Ela protege sim, os interesses das classes detentoras do poder político e econômico.

Um último exemplo trazido para atestar a seletividade da norma penal é o comparativo entre os crimes previstos nos artigos 149 e 159 do Código Penal. O primeiro é um crime contra a liberdade pessoal e o segundo, um delito patrimonial. Assim prescreve o artigo 149:

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Note-se que para configuração do crime em apreço, pressupõe a restrição da liberdade da vítima por tempo considerável. Além disso, nesse ínterim, a vítima é submetida a situações de esforço desumano que violam profundamente os princípios constitucionais, sobretudo, o da dignidade da pessoa humana.²⁸ A pena prevista é de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão.

²⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura e Direito Alternativo. 6ª edição: Rio de Janeiro. Lumem Júris, 2001, pp. 27-28.

²⁸ Poucas vezes tal crime, por não se dirigir à tutela do bem jurídico “organização do trabalho”, mas sim à da “liberdade pessoal”, veio à apreciação dos tribunais brasileiros: aponta-se para os

De outra parte, vejamos o que registra o Código Penal, no artigo 159:

Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

É o crime de extorsão mediante seqüestro, crime patrimonial que em suas formas mais graves, dita as mais elevadas penas do direito penal brasileiro. Em sua forma simples (*caput*), a pena mínima é de oito (oito) anos, a máxima de 15 (quinze). Contudo, basta a restrição da liberdade da vítima superar o lapso de 24 horas²⁹ que a pena será de 12 (doze) a 20 (vinte) anos de reclusão. Note-se que nem mesmo o homicídio simples³⁰ prevê pena tão gravosa.

Após esse comparativo, pergunta-se: Quem são as vítimas dos crimes de extorsão mediante seqüestro? E ainda: A que grupo social pertencem as vítimas do crime de redução à condição análoga à de escravo? Ao primeiro questionamento, podemos afirmar sem medo de errar, que muito raramente seqüestra-se pobres, ainda mais quando a especificidade do dolo abarca a extorsão. As possibilidades de ocorrência, neste caso, seriam realmente remotas; ao segundo, obviamente que as vítimas seriam aquelas pessoas que tentam se colocar no mercado de trabalho de forma precária, ou seja, pessoas nas piores condições sociais. Os autores desse crime, por outro lado, são os fazendeiros, proprietários de fábricas, empresários, entre outros.

seguintes arestos do STJ [Resp 263.238. Relator: Min. Gilson Dipp. Lex – STJ 153:340; HC 10.698. Relator: Min. Edson Vidigal. RSTJ 129:404; RHC 5.831. Relator: Min. José Dantas. **Lex – STJ** 104:305]. Também a frustração de direito assegurado na legislação trabalhista – artigo 203 do Código Penal -, que, nas palavras do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, “é prática comum por determinados empregadores, sejam eles urbanos ou rurais, com intuito de se burlar a legislação trabalhista e previdenciária, evitando-se o pagamento e as exigências mínimas dos direitos legais dos empregados” [Apelação Cível 95030046297. Relator: Juiz Manoel Álvares. DJ – seção II - 4 ago 1999]. De acordo com o Desembargador Fernando Whitaker da Cunha, “frustrar direito, nos termos da lei, é colocar óbice para que seu titular o exerça (ato) ou goze (potência)” [Direito Penal do Trabalho. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 20, n. 80, p., out/dez 1983].

²⁹ § 1º Se o seqüestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha. Pena - reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos.

³⁰ Art. 121 - Matar alguém: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Vê-se, assim, que é nos extratos mais baixos da escala social que a função selecionadora do direito penal abstrato se transforma em função marginalizadora.

A aprovação da Súmula Vinculada nº. 11³¹, do Supremo Tribunal Federal, que regulamenta o uso das algemas também é motivo de análise nesse íterim. Dispõe referida súmula:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Dessa forma, a regra é o não uso desse instrumento de contenção. Excepcionalmente, nos casos elencados no aludido dispositivo as algemas poderão ser utilizadas, devendo a autoridade que o fez justificar suas razões por escrito: a) *em caso de resistência*; b) *em caso de fundado receio de fuga*; c) *em caso de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros*.

Obviamente, esta súmula foi feita sob medida aqueles infratores dos altos escalões, em que se supõe um mal estar provocado pelo uso das algemas quando de suas prisões. A delinqüência elitizada não precisa reagir à prisão. Não necessita empreender-se em fuga. Ademais, não é considerada uma criminalidade violenta, como bem demonstra o perfil de quem comete os chamados *crimes de colarinho branco*. Sabe-se que em poucos dias, os melhores advogados garantirão suas liberdades, mesmo por que, a própria lei penal, como visto em linhas anteriores, assegurará que suas penas, na hipótese de improváveis condenações, não provoque seus isolamentos.

³¹ A origem desta medida desprende-se da decisão noticiada pela mídia nacional, no dia 07/08/2008, dos ministros do Supremo Tribunal Federal em Habeas Corpus impetrado por um cidadão que fora condenado a 13 anos e 6 meses de prisão num processo em que é réu de homicídio qualificado perante o Tribunal do Júri de Laranjal Paulista. O Tribunal de Justiça de São Paulo anulou o julgamento por concluírem, por unanimidade, que sua defesa pode ter sido prejudicada por ter permanecido algemado e provocado uma avaliação negativa dos jurados que sofrem todas as influências das camadas médias da população.

Torna-se bastante penoso justificar a utilização de algemas nessas hipóteses. Quem está engessado, nesses casos, é a própria autoridade que cumpre a medida de prisão. Algemem os pobres, pois sua criminalidade é violenta por natureza, mesmo sabendo que o poder econômico do criminoso revele maior acesso a mecanismos de fuga, além dos seus seguranças pessoais que, não raro, afrontam ostensivamente os agentes públicos.

Esse é o contexto de operacionalização da lei penal brasileira. Reflexo da sociedade que institui e espelha a exclusão mediante a seletividade já na formulação técnica das normas legais penais. Depende-se, assim, um latente paradoxo: por um lado a igualdade formal defendida abstratamente; por outro, a cuidadosa produção legislativa, atuando seletivamente para aplicação do direito material, cuja maior ou menor reprimenda pauta-se na posição ocupada pelo indivíduo na escala social.

O atributo de delinqüente, portanto, dificilmente é outorgado aos detentores dos meios de produção, ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista. Isso ocorre

não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que freqüentemente está em relação inversa com a danosidade social de comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é freqüentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.³²

Mantendo-se essa lógica, tais leis atuam de forma a disciplinar os diferentes, de delimitar seus espaços, certificando-se que cada grupo social permaneça exatamente onde está.

³²BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 165.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa desenvolveu-se com o objetivo central de realizar uma análise do fenômeno da seletividade da norma penal brasileira. Para tanto, realizamos o enfoque comparativo de alguns tipos penais vigentes em nossa legislação, verificando, a partir daí, que as maiores penas são atribuídas àquelas condutas praticadas pelos grupos pertencentes aos mais baixos estratos sociais.

Alessandro Baratta já havia formulado as proposições necessárias para implementação de um Direito Penal realmente igualitário. Verifica-se, contudo, que a função essencial do direito penal é a de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando-se barreiras à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado.

As leis penais são extremamente patrimonialistas, valorizando mais a coisa do que a própria vida ou integridade física humana. Neste contexto, chega-se ao absurdo de penalizar com maior intensidade furtos de objetos quaisquer do que graves ofensas corporais à pessoa, algumas delas, inclusive, de conseqüências irreversíveis.

Não há de se falar, assim, em *Direito Penal igualitário*. A norma penal destina-se a conservar a estrutura vertical de dominação e poder, punindo intensamente condutas que são típicas dos grupos marginalizados (delitos patrimoniais, por exemplo) e deixando isentos comportamentos gravíssimos e socialmente onerosos, como crimes de sonegação fiscal. A criminalização produzida pelos tipos penais abstratos chama-se de *primária*.

Essa criminalização consiste no ato de selecionar bens jurídicos relevantes que mereçam uma proteção de natureza tão drástica como as que são impostas pelo direito penal material. Este processo de criminalização é entabulado em razão da necessidade de se impor critérios que têm a função de selecionar bens jurídicos que devam ser *tutelados*, bem como, busca sancionar os indivíduos que lesionam tais bens. Tradicionalmente, é utilizado como meio de intervenção estatal na repressão de condutas socialmente indesejadas e representa, nos dias atuais, o instrumento mais utilizado pelo Estado na luta pela contenção preventiva de condutas hipoteticamente arriscadas.

JUNIOR, Airto Chaves; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. A criminalização primária e a norma penal brasileira: considerações acerca da sua seletividade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Nesta avaliação, a cominação das penas (quantidade/qualidade) em determinados modelos de comportamento, o Estado já realiza inegável seleção dos indivíduos que futuramente irá punir, razão pela qual a população carcerária do nosso país é composta quase que totalmente pelas classes menos favorecidas. Essa distinção é imprescindível para a compreensão da dinâmica de atuação do sistema penal na tentativa de promover o controle social.

Dessa forma, tal como séculos atrás, guardou-se as devidas proporções com a diferenciação entre nobres e plebeus, ratificando o Direito Penal como instrumento para manter e perpetuar a estratificação de classes sociais.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura e Direito Alternativo. 6ª edição: Rio de Janeiro. Lumem Júris, 2001.

CUNHA, Fernando Whitaker da. Direito Penal do Trabalho. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 20, n. 80, p., out/dez 1983

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar** – A escola do mundo ao avesso. Porto Alegre: L&PM, 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. 6 ed. Rio de Janeiro. Lumem Júris, 2001

PENTEADO, Gilmar. **Uma história triste**: Matéria publicada na Agência Folha, em 16 de abril de 2005.

SCHELER, Max. **Da Reviravolta dos Valores**. Trad. Marco Antônio dos Santos Casa Nova. Petrópolis. Vozes, 1994.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003 v. 1.

JUNIOR, Airto Chaves; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. A criminalização primária e a norma penal brasileira: considerações acerca da sua seletividade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ZARRARONI, Eugênio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos**. Buenos Aires; Depalma, 1986.

ZAFFARONI, E. Raúl & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.