

JUSTIÇA & CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO
PÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

Nº 81 ABRIL DE 2007



Desembargador
CASTRO AGUIAR

UMA GESTÃO DE PRESTEZA E EFICIÊNCIA

Editorial: Os Trânsfugas

REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DA PROPOSTA DE ESTADUALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Sérgio Ricardo de Souza

Juiz de Direito de Entrância Especial/ES



Reagindo, talvez tardiamente (mas antes tarde do que nunca!), aos verdadeiros descalabros perpetrados pela criminalidade que assola, principalmente, os grandes centros urbanos brasileiros e, em particular, aquela cidade que historicamente representa a imagem do Brasil no exterior, o Rio de Janeiro, os governadores da Região Sudeste apresentaram treze

propostas de mudanças na legislação vigente, as quais receberam ampla divulgação na mídia.

Referidas propostas, em sua grande maioria, são de fácil implementação e dependem mais da vontade política do que de outros fatores, ressaltando-se que pontos – como a tipificação de crimes cometidos por organização criminosa, aumento de penas para os homicídios praticados contra os agentes que

atuam no combate à criminalidade, punição para o porte de aparelho celular interior do presídio, aumento do tempo real do cumprimento de pena para possibilitar a progressão de regime, etc. – já constam de projetos que tramitam nas casas legislativas federais (CRFB, art. 64).

Contudo, uma proposta em particular chama a atenção pela forma simplista como vem sendo apresentada, sem que se atente para sua complexidade e implicações históricas, culturais, de organizações político-administrativas (principalmente no âmbito do Poder Judiciário) que de sua implementação derivariam, qual seja, a extensão aos Estados da competência para legislar sobre Direito Penal, matéria cuja competência legislativa atual é privativa da União (CRFB, art. 22, I).

Ocorre que a atual estrutura organizacional e política brasileira não surgiram ontem e tampouco podem ser alteradas, com sucesso, do dia para a noite. Ao contrário, em que pese ser notória a concentração de poderes na União, com o conseqüente enfraquecimento da autonomia das unidades federadas, isso se explica (embora não se justifique) por força do próprio modelo de Estado Federativo implantado no Brasil com a queda do Império e a institucionalização da República, sendo perceptível que o Brasil era um Estado Unitário, comandado pelo Imperador e dividido em províncias que dependiam diretamente do poder central.

Com a República, tais províncias foram transformadas, por decreto, em Estados (Decreto 01 de 15/11/1889), em uma tentativa encabeçada por Rui Barbosa de repetir aqui o modelo implantado cerca de um século antes nas colônias que se “uniram” para formar os Estados Unidos da América.

Os modelos são visceralmente diversos, as treze colônias que deram origem aos Estados Unidos alcançaram suas respectivas independências (1776) e resolveram se unir para formar uma grande e única nação, mas já possuíam legislação e organização político-administrativa próprios, tendo aberto mão de sua integral soberania, sem, contudo, perder suas respectivas autonomias¹. Por isso, mantiveram ampla competência legislativa, dentre outras, para tratar dos assuntos de interesse penal local, além de conservarem sua organização judiciária.

As ex-províncias brasileiras não possuíam qualquer soberania e, mesmo em relação à autonomia, praticamente inexistia. Logo, não abriram mão de nada, tendo sido, ao contrário, atropelados pela nova formatação de estado criada inicialmente pelo Decreto 01 de 15/11/1889, que regulamentou a proclamação da república e depois pela constituição Federal de 1891 (art. 1º e 2º).

Dentro desse modelo *sui generis* adotado no Brasil, no que diz respeito à legislação de direito material (civil, penal, comercial etc.), ela sempre esteve vinculada à competência privativa da União (CF/1891, art. 34, “23”) e, a partir desse modelo, foi estruturado próprio sistema judiciário pátrio, em que a legislação penal, embora de caráter federal, é aplicada em todo o território brasileiro (CP, art. 5º), tanto pelos órgãos de Justiça Federal (CRFB, art. 109) quanto pelos

“OUTRA CONSEQÜÊNCIA DESASTROSA PARA NOSSA CULTURA JURÍDICA SERIA PROPICIAR QUE CADA ESTADO BRASILEIRO FIXASSE UMA PENA DIFERENTE PARA A MESMA CONDOTA HUMANA PRATICADA NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO NACIONAL.”

das justiças dos estados (CRFB, art. 125), tendo o Superior Tribunal de Justiça (CRFB, art. 92, II) como órgão detentor da competência de preservar a unidade interpretadora da legislação federal, minimizando os efeitos deletérios da divergência interpretativa dentre os poderes judiciários dos 26 Estados e do Distrito Federal, bem como entre os cinco Tribunais Regionais Federais (CRFB, art. 105, III).

Ao se adorar a alteração constitucional sugerida pelos governadores do sudeste, permitindo aos Estados legislar sobre Direito Penal, ter-se-ia também de alterar a atual divisão de competências recursais do âmbito nacional, mormente no que diz respeito às competências reconhecidas no já citado art. 105, III, da Constituição da República Federativa do Brasil. Seria uma mudança radical, perdendo-se a experiência acumulada ao longo de toda a nossa história republicana nesse campo da unificação da interpretação da norma federal infraconstitucional.

Ademais, outra conseqüência desastrosa para nossa cultura jurídica seria propiciar que cada estado brasileiro fixasse uma pena diferente para a mesma conduta humana praticada no âmbito da jurisdição nacional, além do previsível fracasso no que diz respeito ao resultado prático, já que no sistema atual, onde há uma significativa margem entre as penas mínimas e máximas aplicáveis em relação aos crimes (v.g., homicídio qualificado, 12 a 30 anos de reclusão, CP, art. 121, §2º), a dosagem da pena necessária não se pode como deve ser feita em conformidade com o disposto no art. 59 do Código Penal, mormente com a aplicação das circunstâncias e conseqüências do crime,

“É POSSÍVEL CONSEGUIR O MAIOR RIGOR EXIGIDO NOS ESTADOS ONDE A CRIMINALIDADE TEM ALCANÇADO ÍNDICES INTOLERÁVEIS.”

que devem ser interpretadas e aplicadas de acordo com a realidade da criminalidade vigente em cada um dos Estados atingidos, elevando as penas nos Estados mais atingidos e reduzindo naqueles onde determinada modalidade de crime esteja controlada. Ou seja, de ínfima ocorrência, pois não se pode tratar igualmente situações desiguais sem, contudo, atribuir à pena uma função de prevenção geral ilimitada, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito, atento a que:

“Enquanto Direito penal de um tal Estado, haverá de assumir várias funções, correlatas aos diversos aspectos que nele se combinar. Enquanto Direito Penal de um Estado Social, deverá legitimar-se como sistema de proteção efetiva dos cidadãos, o que lhe atribui a missão de prevenção na medida – e só na medida – do necessário para aquela proteção [...]”²

Destarte, os efeitos pretendidos, no que concerne ao endurecimento das penas em relação a Estados que estão sofrendo com a onda de crimes violentos que minam a idéia de segurança social que é indissociável da própria figura do Estado, bem como da autoridade que esse mesmo Estado deve irradiar aos indivíduos, emprestando os postulados utilitaristas de Jeremy Bentham³, temperado pelo princípio da proporcionalidade no Direito Penal, aplicando-o com vistas a gerar maior proteção possível à sociedade e dentro do rigor necessário à punição do infrator, seguindo a idéia de que:

“É preciso dar à pena toda a conformidade possível com a natureza de delito, a fim de que o medo de um castigo afaste o espírito do caminho por onde era levado na perspectiva de um crime vantajoso. A punição ideal será transparente ao crime que sanciona, assim, para quem a contempla, ela será infalivelmente o sinal do crime que castiga, e para quem sonha com o crime, a simples idéia do delito despertará o sinal punitivo. Vantagem para a estabilidade da ligação, vantagem para o cálculo das proporções entre crime e castigo e para a leitura quantitativa dos interesses [...]”⁴

Destaque-se, ainda, que a estadualização facilita a ação da criminalidade organizada no sentido de se infiltrar nas Assembléias Legislativas, elegendo representantes comprometidos com seus ideais criminosos, quiçá para influenciar diretamente na elaboração das leis a fim de beneficiar não o combate ao

crime, mas, ao contrário, aos criminosos, já que muitos são os exemplos passados e presentes de maus políticos que trabalham sob orientação dessas organizações.

Surge da análise ora precedida que os aspectos históricos e culturais que justificaram a relativa soberania dos Estados que compõem os Estados Unidos da América, inclusive com autonomia para legislar sobre Direito Penal, não são os mesmos encontrados na raiz da instalação do Regime Republicano Brasileiro, pois, enquanto lá houve a união de treze colônias então soberanas para a formação de uma confederação posteriormente transformada em federação, no Brasil, o processo ocorreu às avessas, pois um Estado Unitário pretendendo seguir o exemplo Norte-Americano se transformou em federação, mas manteve uma grande concentração do poder decisório no âmbito federal, reservando às unidades federadas pouca autonomia e negando-lhe competência para legislar em relação ao Direito Penal.

A estrutura estatal, inclusive na divisão dos órgãos do Poder Judiciário, sustenta-se desde o advento da república, em um modelo onde um Tribunal Superior Federal é encarregado de interpretar e uniformizar a jurisprudência em relação à legislação federal, marcadamente em relação à lei Penal, situação essa já consolidada na cultura jurídica nacional e que estaria sujeita a uma profunda alteração estrutural, caso fosse acolhida possível emenda constitucional que autorizasse os Estados a legislar também sobre Direito Penal.

Verifica-se ser possível conseguir o maior rigor exigido em relação às penas aplicadas aos crimes mais graves, naqueles Estados onde a criminalidade tem alcançado índices intoleráveis, sem necessidade de alteração constitucional em relação à competência para legislar sobre Direito Penal, atento aos postulados utilitaristas interpretados à luz do princípio da proporcionalidade, fixando o *quantum* da pena de forma a atender à prevenção geral necessária no caso concreto.

A estadualização do Direito Penal pode gerar o enfraquecimento da unidade do Estado Brasileiro, além de gerar a possibilidade de migração dos grupos criminosos para aqueles estados com legislação mais amena, de facilitar a influência da criminalidade organizada nas Assembléias Legislativas, no que diz respeito à elaboração de normas penais que beneficiem suas atividades ilícitas, pois, não raro, aquelas organizações conseguem infiltrar seus membros nessas esferas de poder.

NOTAS

¹ HAMILTON, Alexander. O Federalista. Trad. Ricardo Rodrigues Gama, 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005, pp. 16-28.

² FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 87

³ MAGEE, Bryan. História da filosofia. Trad. de Marcos Bagno. São Paulo: Edição Loyola, 2001, pp. 182-183.

⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal – Parte General. 7ª ed. Barcelona: Editorial Reppetor, 2005, p. 104.

