

## **ATENÇÃO: MAIS UM CRIME NA PRAÇA!<sup>1</sup>**

Trata o presente artigo de uma análise acerca da conveniência e oportunidade de criminalizar mais uma conduta em nosso País, já repleto de tipos penais, os mais variados, muitos, inclusive, de duvidosa constitucionalidade.

Com efeito, a Lei nº. 12.984/14 passou a definir como crime a discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids, punindo-o com uma pena de reclusão de de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa (o que permite, em tese, a suspensão condição do processo prevista no art. 89 da Lei nº. 9.099/95, bem como a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos).

Segundo a lei são as seguintes as condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente: *“recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado; negar emprego ou trabalho; exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego; segregar no ambiente de trabalho ou escolar; divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade e recusar ou retardar atendimento de saúde.”*

Pois bem.

Não se pretende neste artigo discutir dogmaticamente o novo tipo penal (ou os novos tipos penais), tais como o bem jurídico tutelado, sujeitos passivo e ativo, tipos objetivo e subjetivo, etc., etc. Deixemos esta tarefa para os penalistas. Aqui e agora trago à reflexão se, efetivamente, seria necessária a criminalização de mais uma conduta para resolver uma questão muito mais voltada para o Direito Civil, o Direito Administrativo e o do Trabalho do que para o Direito Penal que, como se sabe, deve ser visto como **ultima ratio**, pois, no mais das vezes, leva o autor do ilícito para a prisão (provisória ou definitiva).

---

<sup>1</sup> Rômulo de Andrade Moreira é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), FUFBA e Faculdade Baiana. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares” (2011), “Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo” (2013) e “A Nova Lei de Organização Criminosa”, publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal” (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Ora, é indiscutível que a prisão em todo o mundo passa por uma crise sem precedentes. A idéia disseminada a partir do século XIX segundo a qual a prisão seria a principal resposta penológica na prevenção e repressão ao crime perdeu fôlego, predominando atualmente “*uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional*”, como pensa Cezar Roberto Bitencourt.<sup>2</sup>

É de Hulsman a seguinte afirmação: “*Em inúmeros casos, a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente ‘desviante’ e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente. Nos vemos de novo diante da constatação de que o sistema penal cria o delinqüente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social.*”<sup>3</sup>

O próprio sistema carcerário brasileiro revela o quadro social reinante neste País, pois nele estão “guardados” os excluídos de toda ordem, basicamente aqueles indivíduos banidos pelo injusto e selvagem sistema econômico no qual vivemos; o nosso sistema carcerário está repleto de pobres e isto não é, evidentemente, uma “mera coincidência”. Ao contrário: o sistema penal, repressivo por sua própria natureza, atinge tão-somente a classe pobre da sociedade. Sua eficácia se restringe, infelizmente, a ela. As exceções que conhecemos apenas confirmam a regra.

Aliás, a esse respeito, há uma opinião bastante interessante de Maria Lúcia Karam, segundo a qual “*hoje, como há duzentos anos, mantém-se pertinente a indagação de por que razão os indivíduos despojados de seus direitos básicos, como ocorre com a maioria da população de nosso país, estariam obrigados a respeitar as leis.*”<sup>4</sup>

De forma que esse quadro sócio-econômico existente no Brasil, revelador de inúmeras injustiças sociais, leva a muitos outros questionamentos, como por exemplo: para que serve o nosso sistema penal? A quem são dirigidos os sistemas repressivo e punitivo brasileiros? E o sistema penitenciário é administrado para quem? E, por fim, a prática de um ilícito é, efetivamente, apenas um caso de polícia?

Ao longo dos anos a ineficiência da pena de prisão mostrou-se de tal forma clara que chega a ser difícil qualquer contestação a respeito. Em nosso País, por exemplo, muitas leis penais puramente repressivas estão a todo o momento sendo sancionadas, como as leis de crimes hediondos, a prisão temporária, a criminalização do porte de arma, a lei de combate ao crime organizado, etc, sempre para satisfazer a opinião pública (previamente manipulada pelos meios de comunicação), sem que se atente para a boa técnica legislativa e, o que é pior, para a sua constitucionalidade. E, mais: o encarceramento como base para a repressão.

---

<sup>2</sup> Bitencourt, Cezar Roberto, *Novas Penas Alternativas*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1.

<sup>3</sup> Hulsman, Louk e Celis, Jacqueline Bernat de, *Penas Perdidas – O Sistema Penal em Questão*, Niterói: Luam, 1997, p. 69

<sup>4</sup> Karam, Maria Lúcia, *De Crimes, Penas e Fantasias*, Rio de Janeiro: Luan, 1991, p. 177.

Assim, por exemplo, ao comentar a lei dos crimes hediondos, Alberto Silva Franco afirma que ela, “na linha dos pressupostos ideológicos e dos valores consagrados pelo Movimento da Lei e da Ordem, deu suporte à idéia de que leis de extrema severidade e penas privativas de alto calibre são suficientes para pôr cobro à criminalidade violenta. Nada mais ilusório.”<sup>5</sup>

Certamente a aplicação da pena de privação da liberdade como solução para a questão do preconceito e discriminação em relação ao doente de AIDS ou ao portador do HIV é mais um equívoco do nosso péssimo legislador, pois de nada adiantam leis severas, criminalização excessiva de condutas, penas mais duradouras ou mais cruéis... Vale a pena citar o grande advogado Evandro Lins e Silva, que diz: “Muitos acham que a severidade do sistema intimida e acovarda os criminosos, mas eu não tenho conhecimento de nenhum que tenha feito uma consulta ao Código Penal antes de infringi-lo.”<sup>6</sup> O mesmo jurista, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, em outra oportunidade afirmou: “precisamos despenalizar alguns crimes e criar punições alternativas, que serão mais eficientes no combate à impunidade e na recuperação do infrator (...). Já está provado que a cadeia é a universidade às avessas, porque fabrica criminosos, ao invés de recuperá-los.”

A nossa realidade carcerária é preocupante; os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotados, recebem a cada dia um sem número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para recebê-los; e há, ainda, milhares de mandados de prisão a serem cumpridos; ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se, ao contrário, fábricas de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de desesperados; por outro lado, a volta para a sociedade (através da liberdade), ao invés de solução, muitas das vezes, torna-se mais uma **via crucis**, pois são homens fisicamente libertos, porém, de tal forma estigmatizados que tornam-se reféns do seu próprio passado.<sup>7</sup>

Hoje, o homem que cumpre uma pena ou de qualquer outra maneira deixa o cárcere encontra diante de si a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do medo e do desprezo, restando-lhe poucas alternativas que não o acolhimento pelos seus antigos companheiros; este homem é, em verdade, um ser destinado ao retorno: retorno à fome, ao crime, ao cárcere (só não volta se morrer).

Bem a propósito é a lição de Antônio Cláudio Mariz de Oliveira: “Ao clamar pelo encarceramento e por nada mais, a sociedade se esquece de que o homem preso voltará ao convívio social, cedo ou tarde. Portanto, prepará-lo para sua reinserção, se não encarado como um dever social e humanitário, deveria ser visto, pelo menos, pela ótica da autopreservação.” (Folha de São Paulo, 06/06/2005).

O Professor de Sociologia da Universidade de Oslo, Thomas Mathiesen avalia que “se as pessoas realmente soubessem o quão fragilmente a

---

<sup>5</sup> Franco, Alberto Silva, Crimes Hediondos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª. ed., 2000, p. 97.

<sup>6</sup> *Ciência Jurídica – Fatos – n.º. 20, maio de 1996.*

<sup>7</sup> Em manifesto aprovado pela unanimidade dos presentes ao VIII Encontro Nacional de Secretários de Justiça, realizado nos dias 17 e 18 de junho de 1991, em Brasília, foi dito que havia no Brasil, segundo o Ministério da Justiça, milhares de mandados de prisão aguardando cumprimento, e que as prisões, em todos os estados da federação, estavam superlotadas, o que comprometia o tratamento do apenado e pavimentava o caminho para a reincidência (**in** *Prisão – Crepúsculo de uma Era*, Leal, César Barros, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 55).

*prisão, assim como as outras partes do sistema de controle criminal, as protegem – de fato, se elas soubessem como a prisão somente cria uma sociedade mais perigosa por produzir pessoas mais perigosas -, um clima para o desmantelamento das prisões deveria, necessariamente, começar já. Porque as pessoas, em contraste com as prisões, são racionais nesse assunto. Mas a informação fria e seca não é suficiente; a falha das prisões deveria ser ‘sentida’ em direção a um nível emocional mais profundo e, assim fazer parte de nossa definição cultural sobre a situação.”*<sup>8</sup>

Vale a pena citar, mais uma vez, Lins e Silva, pela autoridade de quem, ao longo de mais de 60 anos de profissão, sempre dignificou a advocacia criminal brasileira e a magistratura nacional; diz ele: “*A prisão avilta, degrada e nada mais é do que uma jaula reprodutora de criminosos*”, informando que no último congresso mundial de direito criminal, que reuniu mais de 1.000 criminalistas de todo o mundo, “*nem meia dúzia eram favoráveis à prisão.*”<sup>9</sup>

Ademais, as condições atuais do cárcere, especialmente na América Latina, fazem com que, a partir da ociosidade em que vivem os detentos, estabeleça-se o que se convencionou chamar de “subcultura carcerária”, um sistema de regras próprias no qual não se respeita a vida, nem a integridade física dos companheiros, valendo **intra muros** a “lei do mais forte”, insusceptível, inclusive, de intervenção oficial de qualquer ordem.

Já no século XVIII, Beccaria, autor italiano, em obra clássica, já afirmava: “*Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado.*”<sup>10</sup>

Por sua vez, Marat, em obra editada em Paris no ano de 1790, já advertia que “*es un error creer que se detiene el malo por el rigor de los suplicios, su imagen se desvanece bien pronto. Pero las necesidades que sin cesar atormentan a un desgraciado le persiguen por todas partes. Encuentra ocasión favorable? Pues no escucha más que esa voz importuna y sucumbe a la tentación.*”<sup>11</sup>

Esqueceu-se novamente que o modelo clássico de Justiça Penal vem cedendo espaço para um novo modelo penal, este baseado na idéia da prisão como **extrema ratio** e que só se justificaria para casos de efetiva gravidade. Em todo o mundo, passa-se gradativamente de uma política paleorrepressiva ou de **hard control**, de cunho eminentemente simbólico (consubstanciada em uma série de leis incriminadoras, muitas das quais eivadas com vícios de inconstitucionalidade, aumentando desmesurada e desproporcionalmente a duração das penas, inviabilizando direitos e garantias fundamentais do homem, tipificando desnecessariamente novas condutas, etc.) para uma tendência despenalizadora.

---

<sup>8</sup> Conversações Abolicionistas – Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva, São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 275.

<sup>9</sup> **idem**

<sup>10</sup> Dos Delitos e das Penas, São Paulo: Hemus, 1983, p. 43.

<sup>11</sup> Marat, Jean Paul, Plan de Legislación Criminal, Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 78 (tradução espanhola do original Plan de Legislation Criminelle, Paris, 1790).

Como afirma Jose Luis de la Cuesta, “o direito penal, por intervir de uma maneira legítima, deve respeitar o princípio de humanidade. Esse princípio exige, evidentemente, que se evitem as penas cruéis, desumanas e degradantes (dentre as quais pode-se contar a pena de morte), mas não se satisfaz somente com isso. Obriga, igualmente, na intervenção penal, a conceber penas que, respeitando a pessoa humana, sempre capaz de se modificar, atendam e promovam a sua ressocialização: oferecendo (jamais impondo) ao condenado meios de reeducação e de reinserção.”<sup>12</sup>

Para concluir, e acreditando que o Direito Penal não deve ser utilizado para incriminar toda e qualquer conduta ilícita (atentando-se para o princípio da intervenção mínima<sup>13</sup>), devendo, diversamente, ser resguardado para situações limites, posicionamo-nos contrariamente à nova criminalização, afastando a incidência do Direito Penal, pois só assim ele (o Direito Penal) terá “um papel bastante modesto e subsidiário de uma política social de largo alcance, mas nem por isso menos importante. Uma boa política social (inclusive ambiental, diríamos nós), ainda é, enfim, a melhor política criminal”, como afirma Paulo de Souza Queiróz.<sup>14</sup> Chega de crimes!

O combate a esta prática odiosa sob todos os aspectos não passa necessariamente pelo Direito Penal, muito pelo contrário: sanções administrativas, trabalhistas e civis seriam, muitas das vezes, mais eficientemente aplicadas e, por conseguinte, mais eficazes e intimidatórias. Poderíamos, por exemplo, adotar o que o jurista alemão WINFRIED HASSEMER chama de *Direito de Intervenção (Interventionsrecht)*, uma mescla entre o tradicional Direito Penal e o Direito Administrativo; este novo Direito excluiria as sanções tipicamente penais com garantias menores que o Direito Penal tradicional. Segundo ele, as suas principais características seriam: o seu caráter fundamentalmente preventivo, de imputação de responsabilidades coletivas, sanções rigorosas, com impossibilidade de admitir penas de privação de liberdade, atuação global e não casuística, atuação subsidiária do Direito Penal, e, por fim, a previsão de “soluções inovadoras, que garantam a obrigação de minimizar os danos.”<sup>15</sup> Seria, portanto, um Direito sancionador, sem os princípios e regras do Direito Penal das pessoas físicas.

Por fim, transcrevemos uma parábola feita por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, em conferência realizada no Brasil, no Guarujá, no dia 16 de setembro de 2001: “O açougueiro era um homem que tinha uma loja de carnes, com facas, facões e todas essas coisas necessárias para o seu comércio. Um certo dia, alguém fez uma brincadeira e pôs vários cartazes de outras empresas na porta do açougue, onde se lia: ‘Banco do Brasil’, ‘Agência de Viagens’, ‘Consultório Médico’, ‘Farmácia’. O açougueiro, então, começou a ser visitado por outros fregueses que lhe pediam pacotes turísticos para a Nova Zelândia,

---

<sup>12</sup> “Pena de morte para os traficantes de drogas?”, publicado no Boletim da Associação Internacional de Direito Penal (Grupo Brasileiro), ano 1, nº. 01 (maio de 2005), p. 04.

<sup>13</sup> Para Luiz Regis Prado, “o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa.” (Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 81). Sobre o assunto, conferir o ótimo QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter Subsidiário do Direito Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1998

<sup>14</sup> Direito Penal – Parte Geral, 4ª. ed., 2008, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 103.

<sup>15</sup> A Preservação do Ambiente através do Direito Penal, Revista Brasileira de Ciências Criminais 22. A esse respeito conferir JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ, Política Criminal Moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 23.

queriam depositar dinheiro em uma conta, queixavam-se de dor de estômago, etc. O açougueiro, sensatamente, respondia: 'Não sei, sou um simples açougueiro. Você tem que ir para um outro lugar, consultar outras pessoas'. E os fregueses, então, se enojavam: 'Como é que você está oferecendo um serviço, têm cartazes em sua loja que oferecem algo e depois não presta o serviço oferecido?'. Então, o açougueiro começou a enlouquecer e a pensar que realmente ele era capaz de vender pacotes para a Nova Zelândia, fazer o trabalho de um bancário, resolver problemas de estômago, etc. E, mais tarde, tornando-se ainda mais louco, e começou a fazer todas aquelas coisas que ele não podia e não tinha capacidade para fazer, e os clientes acabavam com buracos no estômago, outros perdendo todas as suas economias, etc. Mas, se os fregueses também ficassem loucos e passassem novamente a procurá-lo e a repetir as mesmas coisas, o açougueiro acabaria realmente convencido que tinha a responsabilidade de resolver tudo." Concluiu, então, o Mestre portenho e Juiz da Suprema Corte Argentina: "Bem, eu acho que isto aconteceu e continua acontecendo com o penalista. Colocam-nos responsabilidade em tudo." (Tradução livre).<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> El canicero es un señor que está en una carnicería, con la carne, con un cuchillo y todas esas cosas. Si alguien le hiciera una broma al canicero y robase carteles de otros comercios que dijeran: 'Banco de Brasil', 'Agencia de viajes', 'Médico', 'Farmacia', y los pegara junto a la puerta de la carnicería; el carnicero comenzaría a ser visitado por los feligreses, quienes le pedirían pasajes a Nueva Zelanda, intentarían dejar dinero en una cuenta, le consultarían: 'tengo dolor de estómago, que puede hacer?'. Y el carnicero sensatamente respondería: 'no sé, yo soy carnicero. Tiene que ir a otro comercio, a otro lugar, consultar a otras personas'. Y los feligreses se enojarían: 'Cómo puede ser que usted está ofreciendo un servicio, tiene carteles que ofrecen algo, y después de no presta el servicio que dice?'. Entonces tendríamos que pensar que el carnicero se iría volviendo loco y empezaría a pensar que él tiene condiciones para vender pasajes a Nueva Zelanda, hacer el trabajo de un banco, resolver los problemas de dolor de estómago. Y puede pasar que se vuelva totalmente loco y comience a tratar de hacer todas esas cosas que no puede hacer, y el cliente termine con el estómago agujereado, el otro pierda el dinero, etc. Pero si los feligreses también se volvieran locos y volvieran a repetir las mismas cosas, volvieran al carnicero; el carnicero se vería confirmado en ese rol de incumbencia totalitaria de resolver todo." Concluí, então, o mestre portenho: "Bueno, yo creo que eso pasó y sigue pasando con el penalista. Tenemos incumbencia en todo."