



CRIME, REPARAÇÃO DO DANO, FALÁCIAS E PRINCÍPIO DA IGUALDADE: THEMIS PODE USAR UMA VENDA, MAS O JUIZ NÃO

Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior¹

RESUMO

A legislação penal dá tratamento diverso entre o agente que comete furto ou apropriação indébita e o que pratica apropriação indébita previdenciária. Trata-se de uma distinção arbitrária, discriminatória? Buscamos a resposta. Nesse caminho, denunciemos a postura acrítica e cega do chamado “senso comum teórico dos juristas” que, cada vez mais, sacraliza os precedentes judiciais dos tribunais superiores, enxergando-os como tetos epistemológicos. Visando comprovar o risco para o sistema jurídico de se julgar por precedentes, visitamos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial o *habeas corpus* nº 87.324/SP e os precedentes nele citados, apontando falácias e incoerências inconciliáveis. Rompido o dogma, concluímos ser a postura crítica a única constitucionalmente adequada e que o respeito ao princípio constitucional da igualdade se dá pela equiparação dos crimes, para efeito de extinção da punibilidade pela reparação do dano.

Palavras-chave: Furto. Apropriação indébita. Apropriação indébita previdenciária. Senso comum teórico. Precedentes judiciais. Princípio da igualdade.

1 INTRODUÇÃO

Imaginemos algumas situações:

1ª. Um homem furta ou se apropria indevidamente de um televisor, mas repara o dano, restituindo a coisa subtraída ou apropriada, antes do recebimento da denúncia. Resultado: ele será condenado por furto, com uma redução de pena de 1/3 a 2/3 (art. 16 do

¹MBA em Poder Judiciário pela FGV-Rio. Especialista em Processo Penal. Membro da Associação Juízes para a Democracia – AJD. Juiz de Direito em Natal. Email: rosivaldotoscano@tjrn.jus.br. Blog: <http://www.rosivaldotoscano.com>. Twitter: @rosivaldotjr.

Código Penal). Se a reparação ocorrer após o recebimento da denúncia, será condenado por furto ou apropriação indébita, mas vai ter sua pena atenuada em razão da reparação do dano posterior (art. 65, III, b, do Código Penal).

2ª. Um empresário se apropria indevidamente dos valores recolhidos dos seus empregados e que deveriam ser repassados à Previdência Social, mas paga todo o débito antes da ação fiscal e do recebimento da denúncia. Resultado: é extinta a punibilidade (arts. 168-A, § 2º, do Código Penal). Se, após o recebimento da denúncia, pagar todo o débito, com direito ao parcelamento durante até 15 anos, extingue-se a punibilidade (arts. 68 e 69 da Lei 11.941/2009).

A razão de termos escrito esse texto se deveu a um dilema ocorrido em um caso concreto. Era um crime de furto em que a coisa foi devolvida. Antes do início da audiência, a vítima, um primo do acusado, pediu para por fim ao processo, pois este tinha reparado o dano. Nós o informamos de que, para o caso, nossa legislação penal não permitia isso. Ele estranhou, obviamente. E perguntou se sempre era assim. Ficou atônito quando dissemos que não — quando explicamos que, se seu primo (que era revel, diga-se de passagem, pois se entregou de vez ao crack) fosse um empresário que houvesse sonogado impostos ou se apropriado dos valores das contribuições previdenciárias dos seus empregados, a reparação do dano teria causado a extinção da punibilidade.

O senso comum da prática jurídica está cada dia mais dependente dos precedentes judiciais. Inexoravelmente, ao se deparar com um caso difícil como o narrado acima, ele tenderia a decidir de acordo com (e fazendo remissão a) algum julgado do Supremo Tribunal Federal – STF – ou, na falta deste, do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Assim, concluímos ser uma questão prévia analisar a jurisprudência do STF sobre o assunto, para perquirir sobre a robustez de seus argumentos. Antes, tivemos que formar um *background* sedimentado nas noções de senso comum teórico dos juristas e de falácias no discurso jurídico. Terminamos trazendo um alerta sobre os riscos de se julgar com base em citações de ementas de precedentes judiciais. Feito isso, enfrentamos as seguintes questões: justifica-se a diferença de tratamento, nas hipóteses da suspensão e da extinção da punibilidade decorrentes da reparação do dano² ou do parcelamento do valor do dano, entre os crimes de furto e apropriação indébita e de apropriação indébita previdenciária? Qual a viabilidade de aplicação

² Utilizaremos a expressão “reparação do dano” como gênero da compensação (uma coisa por outra de igual valor), reparação (conserto do objeto danificado), ressarcimento (conversão do dano em dinheiro) e restituição (devolução da mesma ou de igual coisa).

do princípio constitucional da isonomia? E se viável, qual a solução normativamente mais adequada para efetivação dessa garantia constitucional?

2 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: O SENSO COMUM DOS JURISTAS

Como bem alertou Rosmar Rodrigues Alencar,³ a aplicação do direito no Brasil “evoluiu” assim: 1º - aplicação pura da lei; 2º - descobriu-se a Constituição como fundamento de validade da lei; 3º - aplicação hierarquizada de precedentes de tribunais superiores, com prestígio do efeito vinculante, ainda que não o tenham.

As súmulas (vinculantes ou não), as repercussões gerais e os precedentes judiciais se tornaram verdadeiros fetiches na práxis judiciária, sem os quais o senso comum teórico não consegue obter uma resposta para as questões que surgem, em razão da abordagem dogmática, repetitiva, maquinal e acrítica. E o mais grave: quem conhece um pouco a realidade dos tribunais superiores sabe bem que lá se julga por remissão. A demanda é tão alta que não há tempo para se dedicar aos casos com a atenção que eles merecem. Termina havendo o que chamamos de “efeito fórmula pronta:” buscam-se apressadamente uns precedentes e, pronto, caso resolvido. Resolvido? Queremos mostrar que há outro caminho.

E esse caminho passa pela abordagem do chamado “senso comum teórico”, que é o discurso que domina o imaginário dos juristas, de cunho acrítico e sem conteúdo investigativo. É esclarecedor o apontamento feito por Artur Stamford quando diz que:

[...] o exercício da atividade profissional produz conhecimentos tão ideológicos quanto os do senso comum leigo, pois a prática forense produz uma terminologia e uma forma de atuar própria do cotidiano profissional. Esse conhecimento não é um saber científico, principalmente por se preocupar em justificar e não em explicar a realidade de sua atividade profissional (Souto, 1987, p. 42). A este senso comum, Warat chama ‘senso comum teórico dos juristas’, distinguindo-o do saber científico, é que ‘o saber jurídico que emana da necessidade de justificar a ordem jurídica, e não de explicá-la’ (Warat, 1993, p. 103). O termo teoria empregado nesta expressão provoca uma confusão [...]. A origem desta confusão está em tratar por teórico o conhecimento de senso comum de um cotidiano profissional. Para evitá-la, basta considerar que teoria é resultado de especulações científicas, não se referindo às informações provenientes de um cotidiano profissional, por isso a expressão ‘senso comum forense’.⁴

³ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Efeito vinculante e concretização do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009. p. 52.

⁴ STAMFORD, Artur. E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do direito? *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru, v. 33, n. 24, p. 68-78, 2002.

Portanto, trata-se de uma visão cega e amorfa do Direito, apegando-se à lei em si mesma considerada e, agora, e principalmente, aos precedentes judiciais, como se eles fossem a tábua de salvação da concretização do Direito. Essa postura enxerga os tribunais superiores como um oráculo que terá já respondido, em algum momento (isto é, sem consciência histórica), à indagação interpretativa contida em um caso concreto. Uma espécie de Nostradamus judicial.

O “senso comum teórico”, que para nós melhor soaria como sendo senso comum da práxis jurídica⁵, peca por partir de uma premissa atemporal, nas reiteradas fundamentações com base em precedentes impertinentes e/ou anteriores às normas objeto de análise nos julgados. Gadamer teceu severas críticas a esse *modus operandi* quando discorreu sobre a importância da consciência histórica nas ciências humanas.⁶

É preciso compreender, portanto, que os precedentes judiciais são elaborados em um determinado momento histórico. Durante o processo de concretização do direito, deve o destinatário da norma por excelência – que é o julgador – entender essa inevitável relação.

Diante das dificuldades que o senso comum dos atores jurídicos tem em fazer lume à hermenêutica constitucional na hora de aplicar o direito, “quedar-se”⁷ diante do entendimento dos tribunais superiores é a dose de anestesia ideológica àqueles que imaginam que como isso estão cumprindo o dever constitucional de fundamentar seu convencimento.

Embora tenha assumido para o “senso comum teórico” proporções quase proféticas, capaz de trazer de julgamentos passados a decisão sobre casos futuros, o chamado *direito sumular* para nós não possui esse *status*, pois é mero fruto da prática jurídica.

Os precedentes formam a pia moral onde o ator jurídico, envolto no senso comum da práxis jurídica, “lava as mãos”, amparando-se à jurisprudência de tribunais superiores, transferindo suas responsabilidades funcionais. Depois vai dormir o sono dos inocentes, pois o “Supremo” ou o “Superior” (com a devida conotação hierarquizada com que as súmulas

⁵ Ob. cit., p. 66.

⁶ “A consciência moderna assume – precisamente como “consciência histórica” – uma posição reflexiva com relação a tudo que lhe é transmitido pela tradição. A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre a mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativo que lhe são próprios. Esse comportamento reflexivo diante da tradição chama-se interpretação. [...] devemos questionar o sentido de se buscar, por analogia ao método das ciências matemáticas da natureza, um método autônomo próprio às ciências humanas que permaneça o mesmo em todos os domínios de sua aplicação.” (GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. Organização Pierre Fruchon. Tradução Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 18).

⁷ É eufemismo. Ajoelhar-se seria a que melhor retrataria, figurativamente.

vêm sendo utilizadas) já pensaram por ele. E essa postura é mais comum do que se possa imaginar à primeira vista.

Alia-se a isso a crescente contaminação do Judiciário pelo discurso econômico neoliberal. Não para menos, tanto se fala hoje em eficiência, como se fosse ela a pedra de torque da atuação do Judiciário. Números impressionam os incautos. Loas aos “eficientes,” ainda que para isso tenham que se despir da toga para se tornarem, finalmente, “administradores”, gerentes de um entreposto judiciário. Esses “operários do direito,” no seu sentido maquinal e autômato, agem a serviço da matriz, que lhes manda, por meio de enunciados, as diretrizes e os limites epistemológicos. Adequação da decisão à Constituição? Isso não lhes pertence mais!

Bem lembrado o alerta feito por Alexandre Morais da Rosa, ao metaforizar o Poder Judiciário como uma grande orquestra, comandada:

[...] por um maestro (STF), com músicos espalhados nos diversos ‘instrumentos’. Estes músicos, ainda que arregimentados, eventualmente, por sua capacidade técnica e de reflexão, ficam obrigados a tocar conforme indicado pelo maestro, sob pena de exclusão da ‘Orquestra Única’. Não há outra para concorrer; ela é a portadora da palavra. Diz a Verdade. Ainda que alguns dos músicos pretendam uma nota acima ou abaixo da imposta, não lhe dão ouvidos, porque o diálogo é prejudicado. O slogan é: «toque como queremos ou se retire».⁸

E se torna mais sintomático quando o Conselho Nacional de Justiça publica uma resolução que estabelece, como critério para promoção, “o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.”⁹ ¹⁰ Não fosse isso, surgem críticas ao “independentismo” da magistratura de primeiro grau, como se ter uma postura independente fosse algo reprovável.¹¹ Mas o juiz não é independente, é verdade. Ele tem um senhor: a Constituição.

Fechando esse parêntesis, Luis Alberto Warat:

⁸ ROSA, Alexandre Morais da. O Judiciário e a lâmpada mágica: o gênio coloca limite, e o juiz? *Revista Direito e Psicanálise*. v. 1, n. 1, Curitiba: UFPR, 2008. p. 14.

⁹ Recebemos com surpresa e preocupação a Resolução 106 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que trata do estabelecimento de critérios para a promoção, remoção e acesso de magistrados por merecimento, uma vez que assim prescreveu: “ Art. 5º Na avaliação da qualidade das decisões proferidas serão levados em consideração: [...] e) o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.” SANTOS JUNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *Independência ou morte*. Disponível em: <<http://rosivaldotoscano.blogspot.com/2010/04/independencia-ou-morte.html>>. Acesso em: 21 fev. 2011.

¹⁰ A mesma advertência faz Isidoro Álvares Sacristán: “Las tendencias actuales de situar a los jueces bajo la funcionalización choca con el concepto clásico de independencia y nos llevaría a la jerarquización que alentaría una disciplina intelectual cerca del totalitarismo jurisdiccional.” (SACRISTÁN, Isidoro Álvares. *La justicia y su eficacia: de la constitución al proceso*. Madri: COLEX, 1999. p. 79).

¹¹ FARIA, Thiago. *Mendes critica partidização do servidor público*. São Paulo, 1 dez. de 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u473694.shtml>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

Para que nos serve um saber que não tenha competência para denunciar e colocar em crise os momentos em que o respeito à lei funciona como simulação de uma sociedade democrática? O autoritarismo mais eficiente é o que consegue diluir-se, confundir-se no interior de uma proposta discursivamente democrática.¹²

Mas o senso comum teórico da práxis jurídica, alienado que é, desconhece isso. E atua como se a força de um argumento não estivesse no encadeamento lógico capaz de *convencer*, mas sim na origem de quem o propala, capaz de *vencer*. Alarmante quando constatamos, até mesmo numa leitura despreziosa dos votos, a existência de tantas falácias, como será visto mais a frente.

Por conseguinte, não devemos nos deixar iludir com os discursos assépticos, que apregoam a *verdade* do argumento da autoridade, oriundos dos precedentes, notadamente dos enunciados sumulados por tribunais superiores, que querem fazer crer, nas entrelinhas, que existe uma hierarquia não só processual, mas material também. Direito não é religião. Não existem dogmas. O ator jurídico deve ser cético, não se contentar com a simples leitura e transcrição de uma ementa, pois ela comumente não é suficiente para explicar as peculiaridades do caso concreto que fundou o tal precedente. Um julgado não se conhece pela ementa, assim como não se lê um livro pela orelha.

3 A REPARAÇÃO DO DANO NA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL

No nosso CP, em dois momentos a reparação do dano produz efeitos: a) antes do recebimento da denúncia; e b) depois do recebimento da denúncia.

No primeiro caso, incide a regra do art. 16 do CP, que dispõe que 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.

Depois de recebida a denúncia, o benefício que pode ser dado ao acusado pela reparação do dano é, tão somente, a atenuação prevista no art. 65, III, b, do CP.

Sendo assim, há, nas duas situações, tão somente, a mitigação da pretensão punitiva. Jamais sua fulminação.

¹² WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 260. v. 2.

4 A REPARAÇÃO DO DANO NA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

Na nossa legislação penal, quem inaugurou a distinção de tratamento na reparação do dano foi a Lei n.º 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária), que previu, em seu art. 14, a extinção da punibilidade quando houvesse a reparação do dano antes do recebimento da denúncia.

A Lei n.º 8.383/1991 revogou o art. 14 da Lei n.º 8.137/90. Porém, quatro anos depois, a Lei n.º 9.249/95 não só restabeleceu o mesmo benefício como também incluiu nele os crimes definidos na Lei n.º 4.729/65 (crimes de sonegação fiscal).

A Lei 9.964/2000 foi além, criando hipóteses de extinção e de suspensão da punibilidade, mesmo depois de recebida a denúncia, nos casos de crimes dos arts. 1º e 2º da lei dos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90), desde que antes do recebimento da denúncia tivesse havido o parcelamento do débito. A suspensão da pretensão punitiva dar-se-ia pelo período de parcelamento e a extinção da punibilidade quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuasse o pagamento integral dos débitos parcelados.¹³ Mas a distinção de tratamento não pararia por aí.

O crime de apropriação indébita previdenciária surgiu na Lei n.º 9.983/2000, que inseriu no Código Penal o art. 168-A. Seu § 2º diz que, em havendo o pagamento do débito previdenciário antes do recebimento da denúncia, há a extinção da punibilidade. No § 3º do mesmo artigo, previu-se outro abrandamento, dessa vez facultando ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente fosse primário e de bons antecedentes, desde que tivesse promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios, ou o valor das contribuições devidas.

Contudo, a discrepância mais relevante se deu a partir do ano de 2003, com o advento da Lei n.º 10.684/2003¹⁴ e, posteriormente, com as Leis n.º 9.430/96 (alterada pela Lei n.º 12.382/2011)¹⁵ e n.º 11.941/2009¹⁶, pois em todas se previu a suspensão da pretensão punitiva do Estado, em relação aos crimes contra a ordem tributária (arts. 1º e 2º da Lei n.º 8.137/90), de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) e de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP), quanto aos débitos parcelados. Previram,

¹³ Art. 15 da lei n.º 9.964/2000.

¹⁴ Vide art. 9º da referida lei.

¹⁵ O art. 6º da lei 12.382/2011 altera a redação do art. 83 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, mas mantém a possibilidade de parcelamento e a extinção da punibilidade com o adimplemento integral da dívida.

¹⁶ Arts. 68 e 69 da lei 11.941/2009.

ainda, a extinção da punibilidade, mesmo após a denúncia, quando for efetuado o pagamento integral dos referidos débitos parcelados.

5 A DISPARIDADE DE TRATAMENTO

Diante do que foi visto, verifica-se uma disparidade no tratamento dos infratores das três situações (furto, apropriação indébita e apropriação indébita previdenciária), apesar de se tratar de normas que, ontologicamente, não guardam uma disparidade tal que impeça uma paridade de tratamento, sendo mais gritante ainda no caso das apropriações indébitas simples e previdenciária. Pelo contrário, verifica-se que os três tipos, na verdade, têm muito em comum. E tendo em vista demonstrar a similitude, apresentamos os dados abaixo:

TIPO – os três são crimes contra o patrimônio. **OBJETO JURÍDICO** – furto: os três são o patrimônio. **SUJEITO ATIVO** – furto e apropriação indébita: qualquer pessoa; apropriação indébita previdenciária: o responsável tributário. **SUJEITO PASSIVO** – furto e apropriação indébita: qualquer pessoa; apropriação indébita previdenciária: a Previdência Social e o contribuinte que tem sua contribuição recolhida e não repassada à Previdência Social. **OBJETO MATERIAL** – furto e apropriação indébita: coisa móvel; apropriação indébita previdenciária: a contribuição recolhida. **TIPO OBJETIVO** – furto: subtrair; apropriação indébita e apropriação indébita previdenciária: apropriar-se. **TIPO SUBJETIVO** – furto: dolo de subtrair; apropriação indébita e apropriação indébita previdenciária: dolo de apropriar-se. **QUANTO AO RESULTADO NATURALÍSTICO** – os três são crimes materiais. **QUANTO À CONDUTA** – furto: comissivo; apropriação indébita e apropriação indébita previdenciária: omissivos. **QUANTO AO MODO DE AGIR**: os três são crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. **QUANTO À CONSUMAÇÃO** – os três são crimes instantâneos. **MOMENTO DA CONSUMAÇÃO** – furto: posse tranquila, inversão da posse ou saída da coisa da disponibilidade da vítima (dependendo da corrente); apropriação indébita: quando a posse se converte em domínio; apropriação indébita previdenciária: quando o agente deixa de repassar os valores recolhidos dos empregados, no prazo e forma legais. **PENA** – os três são crimes punidos com reclusão. Furto: 1 a 4 anos de reclusão, e multa, (2 a 8 anos de reclusão, e multa, no qualificado); apropriação indébita: 1 a 4 anos de reclusão, e multa, podendo aumentar de mais 1/3; apropriação indébita previdenciária: 2 a 5 anos de reclusão, e multa.

Porém, antes de adentrar especificamente na discussão sobre a aplicabilidade do princípio da igualdade, faz-se essencial abrir um parêntesis para abordar um ramo da filosofia: a lógica.

6 SOBRE FALÁCIAS

A filosofia e a lógica aristotélica estão mais próximas do jurista do que ele costuma pensar, pois em muitas situações os argumentos judiciais seguem um silogismo.¹⁷ É bem verdade que a lógica se coaduna com o raciocínio dedutivo e que nem sempre o jurista atua sob essa baliza, mas é importante para qualquer ator jurídico (juiz, acusador ou defensor) saber como se deve fazer um raciocínio lógico válido e, principalmente, identificar falácias que comprometam a validade dos argumentos expressos em uma tese jurídica. Nossa maior preocupação é com as chamadas “falácias informais” – raciocínios sedutores e não raras vezes argutamente postos em um debate, capazes de induzir o julgador a adotar uma tese racionalmente frágil e inadequada constitucionalmente, mas retoricamente impactante.

Em poucas palavras, podemos dizer que o silogismo é composto de duas premissas e uma conclusão. A primeira premissa é geral. A segunda premissa refere-se à primeira, mas em relação a uma situação particular. A conclusão se extrai dessa relação entre as premissas. Todo argumento correto precisa se basear no respeito à ordem das premissas (do geral para o particular, por isso o silogismo é dedutivo). Exemplo de um silogismo: (1) Todo homem é mamífero (primeira premissa – geral). Félix é homem (segunda premissa – particular). Logo, Félix é mamífero (conclusão).

Porém, é possível que as proposições sejam verdadeiras e a conclusão falsa. Basta a segunda premissa não se referir ao sujeito da primeira (o homem). Com isso a conclusão se torna inválida, como no exemplo abaixo, em que não se pode inferir ser Félix um homem (poderia ser um gato, que também é mamífero): (2) Todo homem é mamífero (primeira premissa). Félix é mamífero (segunda premissa). Logo, Félix é homem (conclusão).

A essas deficiências ou erros, a lógica deu o nome de falácias (ou sofismas, como alguns chamam). Podemos dizer, em poucas palavras, que falácia é um raciocínio ou afirmação falsa ou errônea aparentemente verdadeira.¹⁸ É psicologicamente persuasiva, parece correta, mas cai quando examinada cuidadosamente. Por isso, numa área como o direito, em que a linguagem é o instrumento de trabalho (ou arma...) que visa (con)vencer mediante o embate de argumentos, é tão importante o seu estudo.

¹⁷ Segundo Godofredo Telles Júnior, é “argumentação na qual um antecedente, formado de duas proposições, que unem dois termos a um terceiro, infere um conseqüente, que une esses dois termos a um ao outro” (TELLES JUNIOR, Godofredo. *Tratado da consequência: curso de lógica formal*. 6. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 207).

¹⁸ COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 73.

Quem primeiro tratou com rigor o tema foi Aristóteles. Alertava ele, a respeito dos sofistas, a quem denunciava a utilização dessas ilações errôneas para fins nada dignos, que:

Visto que aos olhos de algumas pessoas mais vale parecer sábio do que ser sábio sem o parecer (uma vez que, a arte do sofista consiste na sabedoria aparente e não na real, e o sofista é aquele que ganha dinheiro graças a uma sabedoria aparente e não real), está claro que para essas pessoas é essencial parecer exercer a função de sábio, em lugar de realmente exercê-la sem parecer que o fazem [...] constitui tarefa daquele que detém ele mesmo conhecimento de um determinado assunto abster-se de argumentos falaciosos em torno dos temas de seu conhecimento e ser capaz de denunciar aquele que os utiliza.¹⁹

Em relação à sua forma de expressão, as falácias são divididas em: a) formais; b) informais. As falácias formais têm sua falha na própria construção do raciocínio, como no exemplo 2.

Há que se atentar para a noção de veracidade da lógica. Não diz respeito à verdade do mundo real. Por exemplo, seria formalmente válido o seguinte raciocínio: (3) Todo kriptoniano tem superpoderes. O Super-homem é kriptoniano. Logo, o Super-homem tem superpoderes.

Se o Super-homem existisse, seria impossível que das duas premissas não se extraísse a conclusão verdadeira. Sob a *realidade* da literatura Marvel, necessariamente, se todo kriptoniano tivesse superpoderes e o Super-homem tivesse nascido lá, teria que ter superpoderes. Concorda? O raciocínio é válido, então. Inválido pela lógica seria pensar assim: (4) O Super-homem tem superpoderes. Todo kriptoniano tem superpoderes. Logo, o Super-homem é kriptoniano.

Observe-se que, em termos de lógica, tal silogismo é defeituoso e inválido. Isso porque da forma com que foi construído o raciocínio, não se pode inferir que o Super-homem seja de Krypton só porque todo kriptoniano tenha superpoderes. Ele poderia ser de outro planeta em que todos os habitantes também tivessem superpoderes. Novamente temos que raciocinar abstratamente.

Falamos das falácias formais. Porém, o que mais exige atenção dos atores jurídicos é a falácia informal. Nela a falha está na falsidade/impropriedade de suas premissas, seja através do uso de termos vagos (falácias de ambiguidade) ou da não relevância para justificar a conclusão (falácias de relevância).²⁰ Exemplificando (grotescamente): (5) Todos os

¹⁹ ARISTÓTELES. *Organon*. Tradução Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005. p. 546-547.

²⁰ CARAHER, David W. *Senso crítico: do dia-a-dia às ciências humanas*. São Paulo: Cengage Learning, 2008. p. 27.

homens são iguais perante a lei. Maria não é homem, é mulher. Logo, Maria não deve ser tratada igualmente.

Nesse caso se vê claramente que o termo homem foi utilizado de maneira ambígua, ora para representar a espécie humana, ora o gênero masculino. Outro exemplo (já mais elaborado): (6) Penas maiores visam combater a criminalidade. A criminalidade está alta. Logo, devemos aumentar as penas.

Aqui não há relevância porque não se comprova que a majoração das penas obtém o resultado pretensamente almejado de combater a criminalidade. As pesquisas demonstram que penas mais altas não afetam a criminalidade. Relevante, sim, é a efetividade em sua aplicação (combate à impunidade).

Portanto, como visto nos exemplos acima, com relação às falácias informais, necessário se faz observar se as aceções estão sendo usadas sob o mesmo contexto e se há pertinência a gerar a conclusão proposta.

Apesar do pouco espaço, mas sendo o tema relevante, durante nosso estudo detectaremos os argumentos falaciosos nas passagens de alguns precedentes judiciais. Aproveitamos para exemplificar alguns:

Petição de princípio: a conclusão já está escondida nas premissas. Exemplo: “o acusado deve ser condenado porque é mal. E todo mal causado deve ser punido. Assim, o acusado deve ser punido.” Será punido por ser mal ou porque agiu mal?

Pergunta complexa: “você deixou de furtar?” Nesse caso, em qualquer das respostas o interlocutor estará confessando a prática de furtos.

Apelo à compaixão: “ele deve ser absolvido ou Vossa Excelência não é misericordioso?”

Apelo circunstancial: “você vai condená-lo ou vai querer que seus filhos se deparem com mais um assaltante na rua?”

Apelo ao popular: “você precisa aplicar penas mais leves, ser mais progressista.”

Apelo à autoridade: “é ilegal a atenuação aquém do mínimo porque o STJ e o STF já disseram isso.”

Apelo à tradição: “em 1958 Nelson Hungria já dizia isso!”

Argumento ad hominem: “ele não merece crédito, pois é um marxista da época de Stalin!” Será que pelo fato de alguém ter uma determinada posição ideológica, seus argumentos nunca serão válidos?

Falsa causa: “o réu é reincidente? E ainda quer negar a autoria?”, como se o fato de ser reincidente já implicasse sua culpa.

Apelo à ignorância: “nunca vi um traficante se regenerar. Portanto, ele deve ser culpado”, como se a falta de conhecimento de um dado fosse o mesmo que sua não existência.

Negação do antecedente: quem atira (antecedente) fere. Não atirou. Logo, não feriu. O fato de negar o antecedente (atirar), não implica não ferir, pois não se fere somente com tiros.

Afirmação do consequente: quem atira, fere. Feriu (consequente). Logo, atirou. Da mesma forma, afirmar o consequente (ferir), não implica o antecedente (atirar), já que não se fere somente com tiros.

Falácia naturalista: associar juízos de valor a juízos fáticos. Exemplo: Toda reincidência (juízo fático) revela distorção de caráter (juízo de valor). João é reincidente. Logo, tem caráter distorcido. A reincidência pode até ser consequência de um caráter distorcido. Mas ninguém pode desconhecer as dificuldades de reinserção social dos condenados.

Agora, passaremos a verificar a existência ou não de falácias em precedentes do STF sobre a aplicação do princípio da igualdade para equiparar os efeitos da reparação do dano nos crimes dos arts. 155, 168 e 168-A do CP.

7 ANÁLISE DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por dois motivos fizemos um estudo sobre os precedentes no STF, do caso em estudo: a) tendo em vista o alerta já feito sobre a aplicação hierarquizada dos precedentes dos tribunais superiores como razão de decidir de nossa práxis jurídica; b) para demonstrar que argumentos de autoridade não são aceitáveis como suficientes em um Estado Democrático de Direito, que não existe hierarquia funcional entre os órgãos das diversas instâncias e que a decisão constitucionalmente adequada reside na consciência do ineditismo de cada caso, muito além de *standards*, de padrões previamente estabelecidos.

7.1 O *habeas corpus* nº 87.324/SP

Esse foi o único precedente que encontramos em que o STF abordou diretamente a tese aqui discutida, pois se tratava de um pleito de aplicação analógica do § 2º, art. 168-A à apropriação indébita do art. 168 do CP. Foi relatora a Ministra Carmem Lúcia. Contudo, na hora em que se estuda esse precedente, vê-se que a negativa se amparou no parecer ofertado pelo Ministério Público, que pouco, ou nada, aliás, trouxe verdadeiramente sobre o enfrentamento da questão.

A relatora citou alguns precedentes que fundamentariam a negativa de aplicação da extinção da punibilidade pela reparação do dano, mas são anteriores à existência do tipo descrito no art. 168-A do CP.

O voto se amparou no parecer do Ministério Público, cujo raciocínio implicou várias falácias. Destacaremos os trechos para posterior análise:

Denotam os documentos juntados na impetração que o acusado, por razões que deverão ser detectadas no curso da ação penal, apropriou-se de valores recebidos da Previdência Social por *idosa analfabeta*, a título de honorários advocatícios, instruindo-a a não se manifestar sobre o ocorrido, sob pena de perda do benefício. Evidente que, não obstante a restituição posterior dos valores, *trata-se de conduta grave, ainda mais quando partida de advogado* para quem o patrono da vítima havia substabelecido poderes, conduta, como já frisado, que em tese configura crime, *crime esse diverso do previsto no art. 168-A do Código Penal, motivo pelo qual não se pode cogitar de sua aplicação por analogia na hipótese*.

A reparação do dano não perquire sobre a moralidade da conduta. É um instituto objetivo. Perquire sobre a existência da reparação ou não do dano. O Ministério Público Federal, entretanto, em sua argumentação, incorreu nas chamadas *falácias do apelo à compaixão e à moralidade*, no caso, da idosa vítima nos autos, argumentando que o paciente “apropriou-se de valores recebidos da Previdência Social por idosa analfabeta [...] não obstante a restituição posterior dos valores, trata-se de conduta grave, ainda mais quando partida de advogado”. Poder-se-ia, muito bem, substituir a palavra “advogado” por médico, engenheiro, padre ou outras mais profissões, colocando a vítima, de alguma forma, sob o julgo do agente. Isso não implica nenhuma mudança de entendimento em relação à reparação do dano. Portanto, esse argumento não guarda pertinência para o deslinde da questão, consistindo, além do apelo, em uma *falácia informal de relevância*.

Disse ainda que a reparação do dano só se deu após propositura de uma ação civil. Isso também não é relevante, pois a lei não exige voluntariedade, mas apenas espontaneidade.

Além disso, incidiu também em falácias quando argumentou o seguinte: “conduta, como já frisado, que em tese configura crime, crime esse diverso do previsto no art. 168-A do Código Penal, motivo pelo qual não se pode cogitar de sua aplicação por analogia na hipótese”. Observe-se que o raciocínio foi: a conduta era criminosa. O crime foi diverso do previsto no art. 168-A. Logo, não cabe analogia. Dessas premissas não se pode extrair uma conclusão válida, porque um ponto essencial não foi discutido: sob quais argumentos se demonstrou não haver similitude entre os dois tipos? Ocorreu a omissão do enfrentamento dessa questão essencial para afastar a analogia. Além disso, “diverso” pode ter duas acepções:

a) como sendo outro; b) como sendo outro e, ainda por cima, não similar. Os fatos narrarem outra conduta não implica afastar a analogia. Afasta, sim, não guardar o tipo que abarca essa conduta similaridade com o do art. 168-A do CP. Isso precisa ser demonstrado na argumentação. Se os fatos não fossem diversos, ocorreria o fenômeno da identidade, aplicando-se diretamente, e não por analogia, o art. 168-A ao caso. Essa omissão do conceito de similaridade dos tipos – ponto fundamental da analogia – induz o leitor a acreditar na pretensa veracidade da conclusão. E como já ficou claro pelo que expus acima, os delitos são similares. Observe-se que se trocássemos a expressão “crime esse diverso do previsto no art. 168-A do Código Penal” por “crime que não era similar ao previsto no art. 168-A do Código Penal”, a fragilidade argumentativa seria facilmente detectada. Essa deficiência argumentativa gerou, também, pela construção do raciocínio, uma *falácia da petição de princípio*, em que a conclusão foi embutida nas premissas.

Portanto, analisando o HC 87.324, em suma, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não enfrentou a questão da possibilidade ou não de aplicação dos benefícios previstos para o crime de apropriação indébita previdenciária aos demais crimes contra o patrimônio. Tangenciou a discussão e decidiu com base em argumentos irrelevantes e impertinentes. Curioso destacar que esse mesmo julgado remete a outros, todos impertinentes, pois anteriores à lei que instituiu o art. 168-A do CP (2000) e até mesmo à Parte Geral do Código Penal, que é de 1984: RE 88.709, de 12.12.1978; HC 47.129, de 26.08.1969; RCH 49.073, de 13.10.1971; RHC 59.033, de 17.11.1981; e RE 104.270, de 05.02.1985. Incidiu, assim, também na *falácia do apelo à (ou argumento de) autoridade*.

O outro precedente citado no voto da Ministra foi o HC 75.051, que será ainda analisado.

7.2 O habeas corpus nº 91.065/SP

O mais recente precedente foi o *habeas corpus* 91.065/SP.²¹ Seu relator foi o Ministro Eros Grau. Tratava-se de um caso de furto em estabelecimento militar. Em suma, toda a fundamentação sobre a questão foi feita em um parágrafo. E ocorreram duas falácias nessa argumentação: a) um *apelo à autoridade*, pois se fundamentou num precedente da corte,

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91.065, da Segunda Turma do Superior Tribunal Militar, Brasília, DF, 06 e agosto de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 152, 15 ago 2008. Disponível em: <<http://www.dje.tjsp.jus.br>>.

sem explicar sob quais circunstâncias ele se deu; b) uma *falácia de falsa causa*, pois o referido precedente era impertinente para o deslinde da questão, já que não se discutiu nele, em nenhum momento, a possibilidade ou não de aplicação da extinção da punibilidade pela reparação do dano em face do princípio da igualdade. Disse o voto do Ministro Eros Grau:

[...] com relação à alegada extinção da punibilidade em razão da restituição do objeto furtado antes do oferecimento da denúncia também não assiste razão à impetrante. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que '(a) reparação do dano ocorrida após a consumação do crime, ainda que anteriormente ao recebimento da denúncia, só tem como efeito a atenuação da pena' (HC nº 75.051, Relator Ministro Sidney Sanches, DJ de 12.9.97).

Observa-se que a fundamentação consistiu em remeter a um precedente.

7.3 O *habeas corpus* nº 75.051

Nesse acórdão, datado de 1997, não se discutiu em nenhum momento a aplicação do princípio da isonomia. Se algum julgado o arguir como razão de decidir, como fez o STF nos *habeas corpus* nºs 87.324/SP e 91.065/SP, incidirá na *falácia da falsa causa*, pois o precedente era absolutamente impertinente, isto é, não tratava da extensão, ou não, aos crimes de furto e apropriação indébita, dos benefícios conferidos a quem comete apropriação indébita previdenciária. Isso é um exemplo de que não dá para se repetir jurisprudências como um mantra.

Além dessa falácia, ocorreu outra. Nesse HC, foi feita menção, nas razões do voto, ao Parecer do Ministério Público que, por sua vez, citou um acórdão do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais – TAMG –, datado de 1987. Esse precedente mineiro é anterior a qualquer lei que tenha criado o critério discriminatório. Portanto, trata-se de precedente imprestável. Se alguém o arguir como razão de julgar a questão ora analisada, incidirá na *falácia da tradição*. No mesmo julgado, foram citados outros ainda mais antigos: RHC 55.257 (1977) e RE 104.270 (1985).

8 CONCLUSÃO SOBRE A IMPERTINÊNCIA DOS PRECEDENTES DO STF

Os precedentes acima do STF não são pertinentes para o enfrentamento da questão. E em nossas pesquisas na doutrina, bem como na jurisprudência do STF, seja no site, seja nos informativos do STF, não encontramos outros que tratassem da matéria.

Esses raciocínios falaciosos encobrem uma realidade de flagrante distinção de tratamento com base não nos fatos, mas sim nas pessoas que os cometem. O crime de apropriação indébita previdenciária só pode ser cometido por quem tem empregados, enquanto a apropriação indébita simples e o furto são cometidos, quase que invariavelmente (e não há de se negar isso), por pessoas das camadas mais sofridas da sociedade. Nesse momento, bem cabe a denúncia de António Manuel Hespanha:

O juiz funciona no seio de uma teia de condicionamentos muito desequilibrada, pois o recurso aos melhores advogados (e, portanto, aos produtores de discursos mais consistentes ou convincentes), a possibilidade de obter mais prova, de suportar os custos (tempo e dinheiro) dos incidentes e recursos, de entender melhor o que se passa em tribunal, e, até, de condicionar a decisão por meio da comunicação social, tudo isso está desigualmente distribuído na sociedade. E é esta desigualdade, mais do que qualquer défice democrático original, que projecta sobre a justiça uma sombra de ilegitimidade e que cria preocupações perante o alargamento da sua esfera de intervenção, enquanto o seu ambiente não for regido pelo princípio da igualdade de oportunidades. [...] Pode-se dizer quem o mesmo se passa com a decisão no processo legislativo. E é bem verdade que isso pode ser justamente dito, dado o compadrio de interesses, as leis políticas, as leis feitas à medida de um caso, a opacidade de certas decisões ou o lobbyismo descarado que subjaz outras. Mas, pergunta-se, esses poderosos meios que condicionam um governo ou uma maioria parlamentar são incapazes de controlar um tribunal? Não passa hoje a aplicação de toda essa legislação espúria pelo crivo dos tribunais? Os resultados da justiça não são hoje avaliados como sendo mais discriminadores do que o enunciado das leis?²²

Sob o pretexto de busca de métodos que visem dar conta da demanda judicial, vemos com preocupação o processo de quebra da independência dos juízes e a formação de uma práxis judiciária hierarquizada não apenas administrativamente, mas também no seu núcleo de atuação, ou seja, naquilo que os caracteriza como membros de Poder: sua independência funcional. Esse fenómeno ultrapassa a imposição das chamadas súmulas vinculantes. Acatam-se como verdade impenetrável e intransponível as súmulas não vinculantes, as repercussões gerais e, o mais grave, meros precedentes judiciais de tribunais superiores. Tornam-se os portadores da “verdade”, bastiões olímpicos cujas palavras reverberam cimeira abaixo, acriticamente.

Como bem alerta Rosmar Alencar, tal mecanismo

[...] é desfavorável à compreensão e à concretização do direito, propiciando agravamento dos conflitos sociais não só por se tratar de um paliativo para as deficiências do Poder Judiciário, postergando a litigiosidade, mas porque não se amolda às disparidades sócio-econômicas, que não se vêem nos países de origem dos institutos. Isso não induz que não sejam necessários padrões gerais mínimos que

²² HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 152-153.

confirmam sustentação ao convívio social. Todavia, o risco é a exacerbação de um nível de abstração que chegue a ferir o núcleo concernente à singularidade humana.²³

9 SOBRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes dos direitos fundamentais, uma vez que é pressuposto para a uniformização do regime de liberdades individuais.

No esteio dessa relevância, a Constituição Federal traz como um dos objetivos fundamentais da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV); bem como, dentre os direitos e garantias fundamentais, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito (...) à igualdade” (art. 5º, *caput*).

Na doutrina portuguesa, tão amplamente aceita aqui, observa Canotilho duas vertentes de aplicação desse princípio ao Estado: a) na atuação do Estado e, em especial, na concretização do direito pelos tribunais; b) na criação do direito pelo legislador.^{24 25}

No primeiro caso, dirigindo-se aos tribunais, impõe que na concretização dos direitos, não haja discriminações indevidas. No segundo, dirigindo-se ao legislador, impõe que a lei, ao ser criada, já deve ter sido sob o prisma da igualdade. Bem ensina Pérez Luño quando aponta:

[...] exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales. La igualdad ante la ley implica el reconocimiento de que la ley tiene que ser idéntica para todos, sin que exista ningún tipo o estamento de personas dispensadas de su cumplimiento, o sujetos a potestad legislativa o jurisdiccional distinta de la del resto de los ciudadano.²⁶

A igualdade é relacional. Levam-se em conta determinadas características que, naquela questão, são as mais importantes para definir sua obediência ou não. Existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. O princípio de proibição do arbítrio anda

²³ ALENCAR, 2009, p. 22.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 426.

²⁵ No mesmo sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madri: Trotta, 2005. p. 330-331.

²⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. 5. ed. Madri: Tecnos, 2006. p. 228.

sempre ligado a um fundamento material ou um critério material objetivo que, segundo Canotilho, sintetiza-se assim: “existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”.²⁷ Inevitavelmente há que se realizar um juízo de valor.

Para se definir se há ou não arbitrariedade, isto é, se há ou não violação do princípio da igualdade, deve-se avaliar a suficiência ou não do arbítrio como fundamento adequado de valoração e de comparação. Tem-se que analisar a natureza e o peso dos fundamentos ou motivos justificadores para a diferenciação.

Segundo Jorge Miranda²⁸, a igualdade pode ser vista em dois sentidos: negativo e positivo. O primeiro sentido é o de negar, de vedar privilégios e discriminações. Isto é, ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado ou privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever. Observada a arbitrariedade, surge o dever de estancar o privilégio ou a discriminação.

No sentido positivo, visa-se recompor a igualdade por meio de a) concessão de tratamento igual em situações iguais; b) tratamento desigual de citações desiguais, mas substancial e objetivamente desiguais e não as criadas e mantidas artificialmente pelo legislador; c) tratamento em modos de proporcionalidade; d) tratamento das situações não como apenas existem, mas como também devem existir, fazendo com que a desigualdade perante a lei seja igualdade através da lei.

Assim o arbítrio, a “desrazoabilidade” da solução legislativa, a sua inadequação por desproporção, revelam de forma mais flagrante a preterição.²⁹ Diante da situação, como no caso objeto desse escrito, em que há duas leis estabelecendo arbitrariamente tratamentos desiguais, qual das duas deverá ser eivada de inconstitucionalidade?

Proveniente da experiência do controle de constitucionalidade do Tribunal Constitucional Alemão, a jurisprudência pátria adotou a exclusão de “benefício incompatível com o princípio da igualdade”. Sobre ela, disse Gilmar Mendes:

Ponto de partida para o desenvolvimento dessa variante de decisão foi a chamada ‘exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade’, que se verifica quando a lei, de forma arbitrária, concede benefícios a um determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores [...].

²⁷ Idem, p. 428.

²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 253. t. 4.

²⁹ Ob. cit., p. 253.

Tem-se uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos, sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo; e explícita, se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos.³⁰

9.1 Duas óbvias objeções do senso comum

O senso comum teórico faria objeções à aplicação da isonomia. Uma delas fatalmente seria a seguinte: “ora, mas as situações são diferentes. O interesse do Estado, na apropriação indébita, é apenas reaver o valor sonegado ou apropriado indevidamente pelo agente.” Deveríamos fazer uma pergunta: se o Estado, cujo erário a todos pertence, com a reparação do dano, dá-se por satisfeito, por que um particular não se daria? Será que, nesse caso, obrigar a vítima a comparecer a uma audiência criminal não seria revitimá-la? Precisamos refletir sobre o interesse da vítima. Se ela deseja dar seguimento a uma ação penal contra o agente, após ter havido a reparação do dano, em não tendo sido o crime cometido com violência ou grave ameaça. Em todo caso, como se presume que o Estado não quer, em se tratando de crime contra o patrimônio público (indisponível), por que dar tratamento desigual em se tratando de crime contra o patrimônio individual (na maioria das vezes, de um patrimônio particular – disponível)?

Tendo em vista que todos nós sabemos da disparidade econômico-social entre os agentes das duas primeiras infrações (furto e apropriação indébita) e os que cometem a apropriação indébita previdenciária, o tratamento divergente só deixa mais claro o uso do Estado como ente opressor.

A opressão jamais pode confessar-se como tal: ela tem sempre a necessidade de ser legitimada para ser exercida sem encontrar oposição. Eis porque ela usará as bandeiras como as da manutenção da ordem social, da consciência moral universal, do bem-estar e do progresso de todos os cidadãos. Ela se negará enquanto violência, visto que a violência é sempre a expressão da força nua e não da lei – e como fundar uma ordem, a não ser sobre uma lei aceita e interiorizada? A relação de força vai então desaparecer enquanto tal, será sempre coberta por uma armadura jurídica e ideológica³¹.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 214.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

Outros diriam, ao se depararem com um caso de furto ou apropriação indébita cujo dano foi reparado: “o correto, então, seria declarar inconstitucional a regra que beneficia quem prejudica o Erário Público, mas como não está sendo objeto de análise nesse caso, deve ser aplicada a regra do art. 16 do CP.” O Brasil é célebre em sonegar direitos às camadas mais sofridas da população. Argumentar dessa maneira é somente chancelar a desigualdade, pois, até a improvável declaração de inconstitucionalidade das regras previstas nos §§ 2º e 3º do art. 168-A do CP e dos arts. 68 e 69 da lei 11.941/2009, milhares de casos seriam julgados de maneira desigual. O melhor caminho, para preservar o Estado de Direito, é aplicar o princípio da igualdade e, com ele, conferir igual tratamento aos réus dos três crimes.

Portanto, assim agindo, estaríamos aplicando com a máxima efetividade os direitos fundamentais, compatibilizando as duas situações através da equiparação a todos os acusados em crimes contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça à pessoa, que repararem o dano, os benefícios previstos no art. 168-A, § 2º, do CP e arts. 68 e 69 da lei 11.941/2009, levando em consideração as ponderações feitas por Alexandre Morais da Rosa:

[...] no Estado Democrático de Direito, somente se justifica a intervenção estatal, via ‘direito penal mínimo’ (Cap. 4o), em face de crimes que impeçam a realização dos objetivos constitucionais do Estado, ou seja, os que alimentam a injustiça social e os necessários à coesão do laço social, demitindo-se, assim, da criminalização de toda-e-qualquer-conduta que possa ser resolvida por formas extrapenais ou decorrentes da omissão (quicá dolosa) do modelo econômico adotado/imposto no Brasil contemporâneo.³²

Por conseguinte, estanca-se o critério discriminatório de maneira positiva, isto é, tratando-se igualmente os discriminados, no caso, o agente que pratica furto ou apropriação indébita simples em relação ao que pratica apropriação indébita previdenciária, nos termos do art. 68 da lei 11.941/2006.

Aos desavisados, deixamos logo o alerta de que tal forma de atuar preserva a Separação de Poderes, uma vez que não se trata de declaração *erga omnes*, e sim *inter partes*, isto é, não estaríamos, em sede de controle incidental e difuso, usurpando função legislativa. Criamos a norma para o caso concreto, como é algo natural e diuturno da função judicial.

Os comportamentos foram similares. A intenção de reparar o dano foi a mesma. O resultado para a vítima foi o mesmo. O dano desapareceu para ambos. Por que, então, tratá-los diferentemente?

³² ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 236.

Manter a discriminação é ferir o princípio da igualdade, uma vez que os crimes guardam uma grande similitude. São todos crimes contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça, dolosos e com uma série de similaridades já destacadas nos tópicos anteriores.

O fundamento para discriminação não é sério, razoável e nem tem sentido legítimo.

Não é sério, porque o simples fato de se tratar o autor de pessoa que subtrai ou se apropria de valores que deveriam ser repassados à Previdência Social não pode, nem deve, ser critério diferenciador, notadamente porque, no caso do crime do art. 168-A, do CP, ocorre prejuízo não só ao Estado, que deixa de arrecadar, mas também ao empregado-contribuinte, que, em razão da retenção e apropriação indevida da contribuição social pelo seu patrão, fica excluído dos benefícios da Previdência Social, incluindo as aposentadorias especial, por idade, por invalidez, por tempo de contribuição e os auxílios por acidente, doença e reclusão, sem contar pensão por morte, salário-família e salário-maternidade. Ademais, há, no delito do art. 168-A do CP, ofensa a dois sujeitos, invariavelmente e, no caso do empregado, quase sempre de muitos de uma só vez. Já no caso do furto ou da apropriação indébita, os bens são, via de regra, somente de um particular.

Não é razoável tratar mais gravosamente um tipo do que outro por outra razão: a existência de uma desproporção entre a generalidade dos casos em que ocorrem furtos e apropriação indébita – que, por terem como objetos bens móveis, comumente são de valor baixo – e os casos em que ocorre a apropriação indébita previdenciária, normalmente na casa das dezenas de milhares, quando não centenas de milhares de reais. Há ocorrências de trezentos milhões de reais.³³

Não é legítima a distinção. Ainda mais quando se trata de situações em que a conduta, objetivamente, é a mesma, isto é, quando há a reparação do dano pelo agente. Manter a discriminação é aplicar o direito penal do autor (em benefício, claro, dos empresários sonegadores), e o pior: em sentido diverso do propalado por Gunther Jakobs, criando o direito penal amigo dos réus ricos e inimigo dos réus pobres.^{34 35}

³³ R\$ 300.000.000,00. É um exemplo na jurisprudência do TRF da 3ª Região (ACr 2000.61.02.015382-0/SP – 5ª T. – Relª Desª Fed. Ramza Tartuce – DJe 16.11.2010 – p. 587).

³⁴ Sobre a seletividade e discriminação do sistema penal, confira: SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Discurso sobre o sistema penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 861, p. 466-482, 2007.

³⁵ O Ministério da Justiça, através do Departamento Penitenciário Nacional, constatou que no Brasil, em junho de 2010, havia 64.980 pessoas cumprindo pena por furto, 2.498 por apropriação indébita e apenas 66 por apropriação indébita previdenciária.

Não existe motivo justificador para a diferenciação de tratamento. E alerta Canotilho:

Esta ideia de igualdade justa deverá aplicar-se mesmo quando estamos em face de medidas legislativas de graça ou de clemência (perdão, anistia), pois embora se trate de medidas que, pela sua natureza, transportam referências individuais ou individualizáveis, elas não dispensam a existência de fundamentos materiais justificativos de eventuais tratamentos diferenciadores.³⁶

Verificado o arbítrio injustificado que viola a igualdade, deve o Judiciário aplicar o princípio da isonomia, fazendo com que a desigualdade diante da lei (injusta) seja sanada através da submissão das duas situações a um mesmo regramento.

10 CONCLUSÃO

Como ficou comprovado, a solução adequada para respeitar o princípio constitucional da igualdade, neutralizando o critério discriminatório entre os agentes que reparam o dano na apropriação indébita previdenciária, no furto e na apropriação indébita comum, é estender o efeito de extinção da punibilidade a todos os casos.

Mas esse texto não pretendeu limitar-se a isso. Teve um duplo foco. Cuidou, também, de demonstrar a virada metodológica do Judiciário em concretizar o direito, através da utilização, cada dia mais, de precedentes jurisprudenciais de tribunais superiores. Além disso, alerta para o fato de que esse apego do senso comum teórico acabou assumindo proporções dogmáticas, formando para si próprio barreiras epistemológicas imaginárias, inexistentes, invisíveis e – o mais grave – vistas como intransponíveis. Mas um exame um pouco mais detalhado dos precedentes judiciais do STF, sobre o objeto do estudo, demonstrou que essas muralhas têm alicerces de barro.

Portanto, alertamos para o risco de se decidir acriticamente, com base em precedentes judiciais que, não raras vezes, são falaciosos, impertinentes ou ilegítimos para servir de fundamento a uma decisão judicial que aplique o direito penal, observando-se as garantias constitucionais.

Sob pena de cometer injustiças, o ator jurídico necessita, ao se fundamentar em um precedente, pelo menos estudar os votos e as razões deles, pois o abstracionismo do

Disponível em:

<<http://portal.mj.gov.br/transparencia/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={5AD86240-5A38-4200-8736-83C1A7734416}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>, acesso em : 17 fev. 2011, 23:47.

³⁶ CANOTILHO, 2003, p. 429.

acórdão não alcança a singularidade das pessoas e as peculiaridades de cada caso. Isso é agir com responsabilidade crítica. E repito: um julgado não se conhece pela ementa, assim como não se lê um livro pela orelha. Cada situação submetida a julgamento guarda sua distinção. O discurso da “verdade” só desce por gravidade para aqueles que se colocam abaixo. Não se pode respeitar os precedentes sem questionar seus (des)acertos. Senão, a injustiça campeia.

Portanto, sempre é bom se questionar. Questionar as “verdades” promanadas dos discursos jurídicos. A decisão acertada de um caso concreto quase sempre vai além de qualquer fórmula pronta, de qualquer homogeneidade.

Que lei penal é essa que fecha os punhos para uns e os olhos para outros? Que Judiciário é esse que chancela esse roteiro? Que dizer de nós, atores jurídicos, se contracenamos numa paródia aos Direitos Fundamentais? O início do enredo foi traçado. Mas está em nossas mãos a caneta e o papel para escrevermos um final digno da algo memorável.

No desbravamento de uma decisão constitucionalmente adequada, a jurisprudência dominante pode até ser um norte. Mas jamais deve ser tomada como timoneiro. Este tem que ser o juiz do caso. Se, na viagem em busca da historicidade de um caso, o juiz navega pelo mesmo mar outrora atravessado pelos precedentes, as águas serão sempre outras... É preciso atenção no vento e no tempo, para que o veleiro siga pela corrente certa. Nessa viagem, Themis pode se dar ao luxo de usar uma venda, mas o juiz, que a conduz, não.

CRIME, DAMAGE REPAIR, FALLACIES AND THE EQUALITY PRINCIPLE: THEMIS CAN USE A SALE, BUT THE JUDGE DOESN'T

ABSTRACT

The penal legislation gives different treatment between the agent who commits theft or misappropriation and that who commits misappropriation against Social Security. Is it an arbitrary and discriminatory distinction? We seek the answer. In this way, we denounce the uncritical and blind attitude called "common sense theory of jurists" which, more and more, sacralizes higher courts' judicial precedents, seeing it as epistemological ceilings. Aiming to prove the risk to the legal system to judge by precedents, we visited the Supreme Court's jurisprudence, in particular the 87.324/SP habeas corpus and the precedents cited therein, noting irreconcilable inconsistencies and fallacies. With the dogma broken, we concluded that the critical stance is the only constitutionally appropriate and that the respect for the equality constitutional principle is given by equating the crimes, with the purpose to extinguish the criminal liability by repairing the damage.

Keywords: Theft. Misappropriation. Misappropriation against Social Security. Theoretical common sense. Judicial precedents. Equality principle.

REFEFÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Efeito vinculante e concretização do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

ARISTÓTELES. *Organon*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus 87.324-3, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Itapeva do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 10 de abril de 2007. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 18 de maio de 2007. Disponível em <www.in.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus 91.065, da Segunda Turma do Superior Tribunal Militar, Brasília, DF, 06 de agosto de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 152, 15 ago 2008. Disponível em: <http://www.dje.tjsp.jus.br>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Organização Pierre Fruchon. Tradução Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. v. 4. 563 p.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica**. 5. ed. Madri: Tecnos, 2006.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal: bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O Judiciário e a lâmpada mágica: o gênio coloca limite, e o juiz? **Revista Direito e Psicanálise**. v. 1, n. 1 Curitiba: UFPR, p. 7-16, 2008.

STAMFORD, Artur. E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do direito? In **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Caruaru, v. 33, n. 24, p. 63-78, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. v. 2. p. 260.

BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

CARAHHER, David W. **Senso crítico: do dia-a-dia às ciências humanas**. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 1996.

FARIA, THIAGO. Mendes critica partidarização do servidor público. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 01 dez. de 2008, Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u473694.shtml>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madri: Trotta, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Independência ou morte**. Disponível em: <<http://rosivaldotoscano.blogspot.com/2010/04/independencia-ou-morte.html>>. Acesso em: 21 fev. 2011.

SACRISTÁN, Isidoro Álvares. **La justicia y su eficacia**: de la constitución al processo. Madri: COLEX, 1999.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Discurso sobre o sistema penal: uma visão crítica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 861, p. 466-482, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TELLES JUNIOR, Godofredo. **Tratado da consequência**: Curso de lógica formal. 6. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.