

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

EDITORIAL

LEDO ENGANO

"Prisioneiros são só isso: prisioneiros, e não animais. Foram considerados culpados de crimes e pagam por isso.

É preciso garantir que a sociedade brasileira, ao privá-los da liberdade, não os prive da dignidade humana".
(Pierre Sané, "Prisões e Violação de Direitos Humanos", *Folha de S.Paulo*, 25 de junho de 1999, caderno 1, p. 3)

A comunidade jurídica está de luto. Venceu mais uma vez a legislação penal do pânico, com a criação do regime disciplinar diferenciado, instituído pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

A idéia, retomada após os tristes e lamentáveis episódios envolvendo a morte de dois juizes de direito no início de 2003, atendeu aos interesses da chamada "política de segurança", que prega o recrutamento do rigor penal como forma de pôr cobro ao aumento da criminalidade, em especial do crime organizado, e da "impunidade", ainda que com o sacrifício dos direitos e garantias fundamentais, assegurados pela Constituição da República.

O legislador age, de novo, como se o direito penal fosse o único instrumento hábil a resolver o problema da violência. E o que é pior, imagina que ao punir o preso, recolhendo-o em cela individual pelo prazo de 360 dias, *"sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada"* (art. 52, I, da LEP), com restrição das visitas semanais (art. 52, III, da LEP) e com *"direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol"* (art. 52, IV, da LEP), ele se tornará uma pessoa mais disciplinada e com senso de responsabilidade. **Ledo engano.**

Não constitui discurso de retórica afirmar que o castigo físico imposto ao preso sujeito ao RDD não é mera punição disciplinar, mas sobrepena cruel e degradante que traz irreparável prejuízo à sua psique e aviltamento como ser humano. O isolamento de qualquer pessoa pelo prazo de um ano, ou de até 1/6 da pena, em local insalubre e diminuto, com "direito" a duas horas de sol, sem trabalhar ou exercer qualquer atividade, enfim despidos dos basilares direitos, os quais não são atingidos pela condenação, pode-se afirmar, equipara-se à pena de morte física e moral.

O legislador pretendeu criar regime de disciplina diferenciado. Instituiu, na verdade, novo regime de cumprimento de pena, em afronta ao princípio da reserva legal: o fechadíssimo, com duração de até um sexto da pena aplicada.

O novo regime poderá abrigar inclusive presos provisórios – portanto não condenados – que *"apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade"* (art. 52, § 1º, da LEP), ou sobre os quais *"recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando"* (art. 52, § 2º, da LEP).

A idéia de que o RDD se faz necessário para impor

maior rigor no tratamento do preso não resiste à simples constatação de que a prisão, no direito penal moderno, já se destina àqueles que apresentam alto risco à segurança da sociedade, não podendo ser este um fator diferenciador, na massa carcerária, daqueles que necessitam de regime disciplinar mais rigoroso e, portanto, restabelecimento da paz pública.

De outra sorte, submeter preso cautelar a verdadeiro regime de cumprimento de pena antes de decisão judicial sobre sua responsabilidade penal afronta o princípio da legalidade, para dizer o mínimo. Basta como exemplo a hipótese contida no art. 52, § 2º, da LEP, que sujeita o preso provisório *"sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando"*, ao regime disciplinar diferenciado. A par de ainda não existir no nosso ordenamento jurídico um conceito de organização criminosa, nem tampouco a sua tipificação penal, a lei pune o acusado duplamente. Criando, assim, insustentável *bis in idem*.

É assustador pensar que o RDD poderia ter nascido pior, pois havia sido aprovada no Senado Federal emenda ao texto da Câmara, criando o chamado "RDD Max", com prazo de 720 dias. Isso não serve de consolo. Ao contrário, deve servir de alerta.

Logo após a promulgação da lei, matéria publicada no jornal *O Estado de S.Paulo* afirma que *"o crime organizado é o maior vencedor com a aprovação deste projeto"* (*Caderno Cidades*, p. C3, sob o título "Projeto de regime diferenciado só beneficia bandidos, diz secretário", de 05/12/03). E isto porque, a partir de agora, quem determina o ingresso do preso no RDD é o juiz da execução, e não mais o diretor do presídio, fato que aos olhos de alguns, *"engessaria a luta da polícia contra o crime"*. Pensam, assim, que o poder disciplinar deve ser deixado ao exclusivo arbítrio da administração prisional, vislumbrando a execução penal como atividade meramente administrativa e não jurisdicional. **Ledo engano.**

Múltiplos são os problemas do sistema carcerário. Destaque-se o da corrupção endêmica, uma das características do crime organizado. Vejam-se, por exemplo, as notícias divulgadas pela imprensa, de que a morte do magistrado ocorrida no interior de São Paulo teria supostamente sido encomendada, pelo celular, por um preso que estava submetido ao RDD, em estabelecimento prisional tido como modelo de segurança e dotado de bloqueador de sinais. Isso evidencia que tornar mais cruel o já cruelíssimo sistema carcerário sequer atenderia às finalidades alardeadas.

Estamos diante de outra lei elaborada a partir de situação fática excepcional, que gerou comoção nacional, mas que não resolve o problema da criminalidade violenta. A sociedade não está mais segura com a modificação da Lei de Execução Penal.

O regime disciplinar diferenciado "não conserta ninguém". E será mais um **ledo engano** pensar que sua aplicação irá diminuir a violência, combater o crime organizado e restabelecer a paz pública. ●

IBCCCRIM

Índice

EDITORIAL:
LEDO ENGANOCRÔNICA ACERCA DA EXTINÇÃO
DO EXAME CRIMINOLÓGICO

Andrei Zenkner Schmidt

O PAPEL DA MÍDIA
NA DEMOCRACIA

Ranulfo de Melo Freire

REGIME DISCIPLINAR
DIFERENCIADO
OU PENA CRUEL?

Roberto Delmanto

O SUPLÍCIO DE TÂNTALO:

A LEI Nº 10.792/03 E A
CONSOLIDAÇÃO DA POLÍTICA
CRIMINAL DO TERRORSalo de Carvalho
e Alexandre WunderlichA EXTENSÃO DO CONCEITO DE
MENOR POTENCIAL OFENSIVO
PELO ESTATUTO DO IDOSO

Fernando Augusto H. Fernandes

CIDADÃO JOSEPH K.

Warley Belo

VIROU SÚMULA

Marcelo Cury

TENTATIVA E OS PRINCÍPIOS
DA OFENSIVIDADE E
PROPORCIONALIDADE: UMA
NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO

Paulo Queiroz e Ana C. Pinho

O PERDÃO JUDICIAL
NOS CRIMES DE TRÂNSITO
E NOS CRIMES DE MENOR
POTENCIAL OFENSIVO

Jairo José Gênova

OS MACACOS

DA ILHA DAS FLORES

Jaqueline Llnhares Granemann

Caderno de Jurisprudência

O DIREITO POR QUEM O FAZ:
MST. PRISÃO PREVENTIVA.
FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO

Paulo Medina

O DIREITO POR QUEM O FAZ:
TITULARIDADE DA
FORMULAÇÃO DE PROPOSTA
DE TRANSAÇÃO PENAL
NA AÇÃO PENAL PRIVADA

Testa Marchi

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

764

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

765

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

766

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

767

TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL

768

João cumpria pena pela prática de crime de roubo. Condenação: 6 anos e 4 meses de reclusão, sendo reincidente. Durante o processo, seu advogado sustentou a tese da negativa de autoria, que resultou infrutífera perante o Poder Judiciário. Recolhido à prisão em regime semi-fechado (sim, pois terá de cumprir 1/6 para obter saídas temporárias e serviço externo), submeteu-se a exame criminológico para fins de progressão de regime, ocasião em que, indagado acerca do arrependimento pela prática de seu crime, respondeu negativamente, temendo que, após negar a autoria durante o processo de conhecimento, pudesse vir a ser punido por confessá-la em sede de execução penal. Perguntado sobre as perspectivas de vida para o futuro, respondeu: *“Que futuro? Como é que alguém que praticou um crime porque não tinha emprego pode sonhar, dentro da prisão, com um trabalho no futuro?”* Perguntado sobre a sua relação com familiares, afirmou: *“Minha família mora noutro Estado. Eu tinha uma namorada, mas ela me deixou quando eu fui detido”*. Indagado, por fim, acerca de sua péssima apresentação pessoal, ressaltou: *“O banheiro da galeria tava sem água. Por isso, não tomei banho hoje”*. Resultado do laudo: os peritos opinaram desfavoravelmente à progressão de regime, visto que João não apresentava juízo crítico acerca de seu crime, não fazia projeção para o futuro, não possuía vínculos familiares sólidos e, além disso, não tinha cuidado, sequer, com sua higiene pessoal.

O laudo é enviado ao juízo da execução penal, que abre vista ao Ministério Público. O promotor, então, opina desfavoravelmente à progressão de regime, com base na conclusão dos peritos. Já o juiz da execução, sem nomear defensor ao apenado (não que isso pudesse fazer alguma diferença), denega a progressão de regime, nos termos do parecer ministerial.

Dois anos passam-se do início do cumprimento da pena quando João, tentando evitar respostas que sejam interpretadas em seu prejuízo, volta à entrevista com a mesma assistente social e psicóloga. Desta vez, chega bem arrumado, vestindo a melhor roupa que possuía. As mesmas perguntas dos peritos são repetidas, mas, agora, nosso personagem afirma estar arrependido do crime praticado, até mesmo porque tem plano de, no futuro, sair da prisão, montar um negócio e constituir uma família. Os peritos, na fundamentação do laudo, ressaltam que João, além de ser reincidente no crime de roubo, havia sido flagrado, quatro meses antes da entrevista, com uma garrafa de cachaça no interior do presídio, sendo punido por este fato. Com base

nisso, ressaltam haver fortes indícios de que João era alcoólatra, além de, nitidamente, não ter sido espontâneo nas respostas às indagações. Também afirmam que João apresentava traços narcisistas, pois compareceu à entrevista perfumado e bem arrumado. Concluíram, assim, no sentido de que o apenado, embora tenha apresentado avanços em relação ao laudo anterior, ainda não amadureceu suficientemente no ambiente carcerário, sendo prematura a progressão de regime. Os peritos recomendam, contudo, acompanhamento psicossocial e frequência aos alcoólios anônimos.

O laudo é enviado ao juízo, e a solução se repete: o promotor acompanha o laudo, o juiz, sem nomear defensor (não que isso, novamente, pudesse fazer alguma diferença), acompanha o promotor, sendo a progressão de regime, pela segunda vez, negada. Isto ocorre no mês de novembro. João sabe que o próximo laudo será realizado só no meio do ano seguinte. O Natal se aproxima. Alguns colegas foram indultados; outros progrediram de regime ou obtiveram livramento condicional; uns poucos, rebeldes, resolvem fugir. João adere. Foge. Seis meses depois, é capturado. No PAD, aplicam-lhe falta grave: trinta dias de isolamento “sem sol”. Em juízo, o PAD é homologado, sendo decretada, ainda, a perda de 128 dias remidos. Na justificativa, o juiz lembra a coerência do laudo criminológico quando mencionou a imaturidade de João, na medida em que se deixou influenciar pelos demais detentos rebeldes. A cela se fecha. O sol se põe. Mais um ano de pena terá de ser cumprido até o próximo laudo.

O leitor que jamais tenha laborado no ambiente da execução penal brasileira deve estar lendo a história de João como um dralhão americano. Embora fictício, o caso relatado retrata os principais problemas (reais) verificados na execução penal de inúmeros Joões, em específico, no Rio Grande do Sul – e, cremos, também no resto do País. De nossa parte, interessa-nos, em especial, o instituto processual denominado laudo criminológico, recentemente abolido pela Lei nº 10.792/03. Tratava-se de um parecer que era estabelecido pelo revogado art. 112, parágrafo único, da LEP, como condição à obtenção de progressão de regime e, em alguns casos, de livramento condicional. Deveria ser formulado por peritos que acompanharam de perto o preso durante a execução da pena, dando-lhe acompanhamento psicossocial. Deveria ser formulado a partir de parâmetros científicos, não se deixando influenciar por aspectos emocionais. Na prática, o contrário: o dis-

curso dos laudos é tão leigo quanto a conversa de duas pessoas comuns que assistem ao *Programa do Ratinho*. Qualquer pessoa leiga, ao examinar o nosso João, chegaria às mesmas conclusões dos laudos. Prova disso é que arrependimento, embora não seja parâmetro científico para aferição de periculosidade, é o principal critério para a progressão de regime: preso que não se arrepende de seu crime não vai para o semi-aberto. O mesmo pode-se afirmar em relação ao suporte familiar: é muito comum que o preso esteja cumprindo pena longe de onde seus parentes moram. Tal circunstância não pode ser óbice para a progressão de regime, eis que descontextualizada da complexidade prisional. Ademais, se alguém deve ser punido pelo desamparo familiar, esse alguém é ou o Estado – por não possibilitar o cumprimento de sua pena na cidade onde residem seus familiares –, ou seus próprios parentes – por não realizarem sacrifício extraordinário (quando isso é possível) para acompanhá-lo neste momento difícil de sua vida. E a bebida? Preso não pode beber. Preso tem de “morar” num local imundo, violento, excludente e, pior de tudo, não pode tomar a sua cachaça sossegado. Se beber, é punido. Quem irá puni-lo? Um juiz e seu *Johnnie Walker*.

Esta é, infelizmente, de um modo geral, a realidade irracional do sistema carcerário. Pois a maneira que o sistema penal tinha de conferir racionalidade a toda esta panacéia carcerária eram, justamente, os laudos criminológicos. Os peritos – que mais parecem cartomantes da execução penal – decidem quem pode e quem não pode sair da prisão. Claro que o Ministério Público e o juiz (e a OAB também, frise-se) não querem se envolver no assunto, já que quem está acompanhando o preso são os peritos. Nesse rumo, por mais irracional que seja o discurso do laudo, normalmente vem a decisão acompanhando-o. Esta é a lógica do sistema: os laudos não podem ser bem fundamentados e cientificamente desenvolvidos, já que, se assim procedessem, iriam expor a podridão da execução penal: iriam relatar, por exemplo que se o preso não teve acompanhamento psicossocial desde o início da execução (e continuará não tendo até o final), não se poderia condicionar a progressão de regime a esse acompanhamento; iriam lembrar que é normal que, num ambiente carcerário, as pessoas não tenham muita esperança sobre seu futuro; é normal que, nesta amargura, uma pessoa tenha de, eventualmente, tomar uns goles de cachaça para esquecer a dor; é normal que um preso não apresente juízo crítico

➔ acerca de seus atos, até mesmo porque é comum que tenha negado a autoria do crime durante o processo de conhecimento. Em suma: os laudos criminológicos funcionam como travessieiros para que os operadores da execução penal tenham o “sono dos justos”.

Pois a Lei nº 10.792/03, pelo menos neste aspecto (é uma pena a legalização do nefasto RDD paulista), veio em boa hora. Por força do novo art. 112 da LEP, a progressão de regime, assim como o livramento condicional, o indulto e a comutação de penas estarão sujeitos, tão-só, à análise do bom comportamento carcerário do preso, devidamente comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional (ou seja, pelo já existente *atestado de conduta carcerária*), e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor (ele, ele mesmo – essa figura que, mesmo quando presente, revela-se ausente). O laudo criminológico, bem como o parecer da CTC, deixam de ser condições para a evolução das etapas da execução da pena. Foram tarde!

Serão interessantes as reações que, provavelmente, irão surgir. Agora, um juiz, quando quiser denegar uma progressão de regime, terá de buscar dados no processo para justificar a sua decisão. Da mesma forma, o Ministério Público terá de ponderar fatos concretos capazes de evidenciar a necessidade, ou não, de a sociedade ser protegida contra o criminoso (*sic*). Em outras palavras: os operadores da execução penal terão de discutir o assunto; terão, em suma, de bolar uma forma retórica de instrumentalizar suas próprias ideologias autoritárias.

Já estão surgindo manifestações no sentido de que, doravante, um juiz não terá mais condições de aferir a periculosidade de um preso. Pergunto: algum dia alguém acreditou nesta balela? Tais afirmações, na verdade, são uma forma de resistência contra a assunção de responsabilidades, um subterfúgio discursivo para escamotear a própria irracionalidade. Sim, porque agora, quando um preso, em regime semi-aberto, tornar a delinquir, não teremos mais um perito para arcar com o equívoco da progressão do regime. A (ir)responsabilidade de um juiz que veda uma progressão de regime para um preso que tinha condições para tanto é invisível e inconstatável cientificamente; contudo, a mesma (ir)responsabilidade de um juiz que permite um regime semi-aberto para um preso que volta a delinquir, esta sim, é verificável empiricamente e, agora, não há mais com quem dividi-la.

Não tenhamos a pretensão de imaginar que a mudança no art. 112 vá produzir alguma modificação no sistema de execução penal. Aliás, arrisco prever que a liberdade será ainda mais difícil durante a execução da

pena, já que todo insipiente (com “s” mesmo) tende ao autoritarismo. Na falta de argumentos (supostamente) científicos para aferir o (indemonstrável) juízo de periculosidade, os operadores do direito, doravante, serão obrigados a argumentar suas próprias ideologias. Eis o principal resultado, talvez, do novo art. 112: a incoerência terá de vir à tona; teremos o nudismo do discurso autoritário. Nesse sentido, quem sabe, a Lei nº 10.792/03 terá o seu mérito: tratará, de maneira honesta, a crueldade e a irracionalidade da execução penal.

Ah, claro! Estamos esquecendo de nossas conclusões dogmáticas acerca do novo art. 112 da LEP (até mesmo porque não podemos nos esquecer daqueles que estão se preparando para concursos públicos ou exame da OAB). Ei-las: a) a exigência de laudos da COC/CTC para a obtenção de progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena é ilegal, caso em que toda decisão que se valha destes instrumentos há de ser reputada nula; b) o juiz deverá nomear defensor ao apenado (que deverá defendê-lo, é bom lembrar) para se manifestar antes de decidir acerca das etapas da progressão da pena, sob pena de nulidade de sua decisão (não vai faltar, é certo, alguém para dizer que tal nulidade dependerá da demonstração de prejuízo); c) o novo art. 112 da LEP revogou o parágrafo único do art. 83, sendo ilegal, doravante, a exigência de laudos para a análise dos pedidos de progressão de regime; d) o inc. II do § 1º do art. 1º do Decreto nº 4.904/03 é ilegal, já que a concessão de indulto não mais se subordina a exame de periculosidade ou probabilidade de delinquência; e) o principal aspecto a ser aferido, na análise dos pedidos de progressão de regime, livramento condicional etc., será o comportamento carcerário, que (embora também não venha sendo corretamente apreciado), pressupõe fatos objetivos para impedir a progressão; f) a Lei nº 10.792/03 possui a natureza de norma processual-material (híbrida, para alguns), sujeitando-se à aplicação retroativa, quando mais benéfica, ou irretroativa, quando prejudicial; g) o parecer da CTC, na forma do novo art. 6º da LEP, só possui a função de individualizar a pena, não podendo mais funcionar como óbice às suas etapas; h) os Centros de Observações Criminológicas terão de ser extintos, devendo, os peritos... bem, os peritos irão regredir de regime. ☐

Andrei Zenkner Schmidt
Advogado, mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS, professor de Direito Penal na CESUPA/RS e conselheiro penitenciário do Rio Grande do Sul

Andrei Zenkner Schmidt



DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Marco Antonio Rodrigues Nahum

1º VICE-PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

2º VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

1º SECRETÁRIO:

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

2º SECRETÁRIO:

Sérgio Mazina Martins

1º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRO:

Benedito Roberto Garcia Pozzer

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA:

Olga Espinoza Mavila

BOLETIM:

Celso Eduardo Faria Coracini

CURSOS:

Janaína C. Paschoal

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

INTERNET:

Heloísa Estellita

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Ana Lúcia Sabadell

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Theodomiro Dias Neto

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Alvino Augusto de Sá

PÓS-GRADUAÇÃO:

Renato de Mello Jorge Silveira

REDES INTERNACIONAIS:

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Alessandra Teixeira

COMISSÕES ESPECIAIS:

CONVÊNIOS: Mariângela Lopes Neistein

ESTUDOS E DEBATES: Mariângela

Gama de Magalhães Gomes

HISTÓRIA: Tadeu Antonio Dix Silva

MONOGRAFIAS: Carmen Sílvia de

Moraes Barros

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Theodomiro Dias Neto

Houve um hábito de escrever carta: pra namorada, pros amigos e pra discutir idéias. Não era coisa, só, do **Sobral Pinto: Mário de Andrade, Lobato, Godofredo Rangel, Carlos Drummond de Andrade**; até a circunspecta **Clarice Lispector**. Para namorada há um inconveniente, na hipótese de casamento; 50, 70 anos depois, pode vir um insinuação do puxão de orelha: “*Ontem estive lendo umas cartas que você me escreveu*”...

Estive para escrever uma carta ao ministro do Supremo Tribunal Federal, **Antônio Cezar Peluso**, acerca da liminar que obistou a mídia gravasse, fotografasse pessoas convocadas para deporem na Comissão Parlamentar de Inquérito.

Houve, no Parlamento, quem se insurgisse contra a liminar, mas o fez sem a melhor razão. Sua Excelência, o ministro, justificou a cautelar de impedir gravações, fotografias dos impetrantes, seja porque a imprensa carecesse de direito subjetivo de sujeitá-los a isso, seja por expô-los, desnecessariamente, a “*risco de dano indenizável, mas irreparável*”.

Decisão de matéria desse teor, era mister viesse esteada nos princípios que emanam da Constituição, face ao que podia ser aventado como censura; veio. Argumentos próprios, e oportunos argumentos de outrem (**Doti, Berti, Bonjardin**) — a decisão, por cercear a demasia da mídia, passa a figurar ao lado das que, nessa área, se harmonizam com o Estado Democrático de Direito. Sabe-se, bem, o acento pedagógico do texto, no resguardo contra o abuso da exposição da imagem das pessoas na mídia. E é lição de guardar: na cabeça e na gaveta, que esta é boa conselheira da memória.

Talvez em razão do Bush (os escaninhos da mente são imperscrutáveis!), pareceu-me, de início, descartável a chamada a **Earl Warren**. Não era. O registro de **Bernard Schwartz** (que, também, não está no meu vocabulário onomástico) serve de refletir sobre a liberdade de imprensa, matéria que, tratada de forma descuidada, desborda na ofensa aos Direitos Humanos.

Muitas e boas coisas têm sido escritas a respeito. Em *A Mídia e o Direito Penal*, o professor **Sérgio Salomão Shecaira** expõe, num estilo contido, os perversos efeitos do mau uso dos órgãos da comunicação; há professores que sabem dar aula.

Abstenho-me de trazer à colação (trazer à colação é frase que consta do Elucidário do Conselheiro Acácio) outros textos, porque vou ater-me ao que **Rogério Marcolini**, advogado do Rio, escreveu em *Jurisprudência*, ano 9 n° 105/2001, págs. 545/6, do **IBCCRIM**. Sem ofensa ao computador, parece escrito à mão. Ainda assim, ele se arreceou de escrever sozinho; optou por glosar uma sentença de **Heraldo Saturnino de Oliveira** (33ª Vara Cri-

minal da Comarca do Rio de Janeiro), outro que sabe pensar e, por saber pensar, sabe escrever. A sentença de **Heraldo** e o comentário de **Marcolini** propiciam a seu leitor vivenciar (**Morente, Lecciones**) método, meios, mecanismos de atuação com que joga a mídia para construir o crime, para identificar os autores. E já vimos em São Paulo, crime midiático: o da Escola, que destruiu a Escola e os donos da Escola!

Mas há outro aspecto, que é mais do que outro aspecto: o que só denominar apresentação dos presos à imprensa; na forma que ocorre, constitui, quase sempre, um julgamento. Empurrados daqui para ali; atordoados de sons, luzes, máquinas; soldados, delegados, que eles conhecem e temem — acabam, os presos, por confessar qualquer coisa.

Tal abuso suscitou revolta de um dos nomes que engrandecem o Ministério Público paulista: **José Roberto Antonini**, ao tempo promotor de Justiça (03.08.87), representou ao procurador-geral de Justiça visando a pôr termo a essa prática afrontosa à Constituição. Por impossível registrar o teor da peça, deste espaço, concluo minha fala no **Boletim** transcrevendo o primeiro período da apresentação: “*Ultimamente se vê na televisão, com frequência, uma cena típica: pessoas detidas pela polícia, às vezes algemadas, quase sempre cabisbaixas, sob as fortes luzes das câmaras a responder, em repartições policiais, a constrangedoras perguntas de repórteres sobre crimes que lhes são atribuídos. Cena a que se tem dado o nome de apresentação dos presos à imprensa.*”

Não cuidou, a Justiça, de acautelar o interesse do preso — de normal, os que não estão assistidos de advogados?

Era notório, aí pela década de 80, o cuidado do juiz corregedor (hoje desembargador **José Gaspar Gonzaga Franceschini**) em resguardar o direito dos presos. Ao que me diz a memória, o juiz **Franceschini** mandou instalar urna na penitenciária, sob seu controle, propiciando ao preso formular pedidos, reclamações; comunicar-se, enfim, com o mundo de fora.

Como a História, na Democracia, não se conforma na auréola de um nome só, fica momentaneamente no olvido o nome de outros magistrados desse tempo e deste outro tempo, isto é, dessa filosofia (lembra-me, por exemplo, os de **Geraldo Francisco Pinheiro Franco**, hoje no Tribunal de Alçada Criminal; **Francisco José Geraldo Bruno**, da portaria de 20.05.97). Importa é o que, então, se normatizou: a **apresentação dos presos à imprensa**, com perguntas, declarações, ficava condicionada a autorização da Corregedoria, na hipótese de o preso, por escrito e depois de orientado sobre seus direitos, concordar.

Dado o regime do RDD — que permite o isolamento do preso por cerca de um ano (pasmem!) — quão útil não seria ao juiz corregedor reeditar a experiência de **Franceschini**; ao dr. **Pedro Armando Egydio de Carvalho** — ouvidor do Sistema Penitenciário, filósofo versado na melhor gramática da exegese dos Direitos Humanos — como não lhe seria mais audível ouvir, na voz da urna, o grito acocado do fundo da cela, “*psicologicamente estou na bagaço*” (*Globo*, 05.11.2003, pág. 2)!

Já que os meus leitores — com ser infiéis, são mingua (não sei se chega aos cinco, da cética personagem de **Machado**) — permitam-me retomar a um trecho da carta aberta ao ministro **Márcio Thomaz Bastos** nos albores do RDD: “*Pode, a pessoa, ficar 360 dias sem conversar com ninguém? O boi, o cavalo, o cachorro, não. A vaca berra, as outras berram; o cavalo rincha, o outro responde; os cães, esses latem ao mesmo tempo*” (**IBCCRIM, Boletim**, ano 11, n° 126, maio 2003/4).

Quando nasci, um anjo torto desses que vivem na sombra disse: se escrever alguma coisa, que não será das melhores, tem que ser coisa sem muita ordem. Não me lembra se ele falou vantagem ou desvantagem. Tirado o plagiozinho que o poeta, por ser mineiro (eu, de Ventania) e morto, não vai estrilar, não arreceio dizer que estou fiel ao tema que me pus a comentar: o papel da mídia na Democracia.

Se a Democracia é o que é, uma não pode viver sem a outra e o homem de mente sã não pode viver sem ela (mais uma vez, o conselheiro). Estou então em débito, pelo tanto que me ocupei em falar mal da mídia (e olha que me esqueci dos “âncoras”, masculino, feminino!).

Há, hoje, um atentado à Democracia que estamos a fingir não perceber: o uso indevido da algema. Como o Brasil é candidato ao Conselho da ONU, guardo, no meu arquivo, um documento dos nossos Foros de cidadania, de nosso respeito aos Direitos Humanos: uma fotografia em que aparecem algemados os potentes braços da líder camponesa **Deolinda**, cercada de três ou quatro frades policiais desarmados...

Ainda bem que há liberdade de imprensa.

E para dizer que não estamos só, a *Folha de S. Paulo* de 01.11.2003, pág. 1, mostra o **musculoso** Michael Jackson algemado. Talvez por razoável cautela, continuam algemados os presos do Afeganistão, que os EUA mantêm em Guantánamo.

Nota: A sentença de **Heraldo** reporta-se à coluna de **Luís Nassif** em que ele homenageia os juizes que “*investiram contra os linchamentos e colocaram os seus princípios acima dos seus medos*”. Haverá outros, mas

➔ não pode faltar na lista a juíza **Solange Salgado**, da 1ª Vara Federal de Brasília, que determinou a União libere informações sobre a repressão à Guerrilha do Araguaia. E a União recorreu. Recorreu: Atino com a razão: pressão dos militares. Bem por isso, fico a meditar no grande paradoxo que é a vida. Lula metalúrgico desafiando, desarmado, o aparato militar da Ditadura; preso, muitas vezes, na sua renovada rebeldia. Eleito Presidente da República, numa eleição plebiscitária, tem, ele, a “coragem” de insurgir-se contra a sen-

tença da juíza **Solange**, quando ela, por respeito aos Direitos Humanos, reconheceu aos vivos o direito de reconhecerem seus mortos.

Nos 10, 15 anos que me restam, vou escrever sobre o medo individual e o medo institucional. Já pensou se **Unamuno**, por resguardo à instituição, entregasse, ao general franquista, a chave da porta da Universidade de Salamanca? ●

Ranulfo de Melo Freire
Desembargador aposentado do TJ/SP

Ranulfo de Melo Freire


IBCCRIM
BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:
Celso Eduardo Faria Coracini

COORDENADORES ADJUNTOS:

 Carlos Alberto Pires Mendes,
Fernanda Emy Matsuda,
Fernanda Velloso Teixeira e
Luis Fernando Silveira Beraldo

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

 Ameruso Artes Gráficas
Tel. (11) 6215-3596
Fax (11) 6591-3999
E-mail: ameruso@mgnet.com.br
IMPRESSÃO:
Ativa/M - Tel. (11) 3277-9181

“O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas.”

“As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto.”

TIRAGEM:
15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA:
IBCCRIM
Rua XI de Agosto, 52
2º andar - CEP 01018-010
S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607
(tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL
Seções:

 Administrativo Financeiro: ... 2
Comunicação e Eventos: 3
Biblioteca: 4
Diretoria / Presidência: 5
Internet: 6
Secretaria: 7
Núcleo de Pesquisas: 8
<http://www.ibccrim.org.br>
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br
e publicacoes@ibccrim.org.br

Roberto Delmanto

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO OU PENA CRUEL?

Roberto Delmanto

A mídia, em geral, recebeu com aplausos a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro último, promulgada pelo Presidente da República, que instituiu o chamado regime disciplinar diferenciado. Parte das autoridades responsáveis pela Segurança Pública e pela Administração Penitenciária chegou a considerá-lo insuficiente para combater a criminalidade dentro das prisões.

Em face do novo diploma, o art. 52 da Lei das Execuções Penais foi modificado, passando a prescrever que “a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione **subversão da ordem ou disciplina internas**, sujeita o preso provisório, ou condenado, ... ao regime disciplinar diferenciado...”

Por esse regime, o preso será recolhido “em cela individual” (inc. II), com “direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol” (inc. IV), ou seja, isolado em solitária por 22 horas diárias. A “duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie”, poderá se estender “até o limite de um sexto da pena aplicada” (inc. I).

No Estado de São Paulo, segundo consta, são também proibidos jornais, livros, rádio e televisão, como se a informação pudesse piorar o caráter ou o comportamento de uma pessoa presa.

Sem dúvida, de há muito o Poder Público perdeu o controle do que ocorre no interior de nosso sistema carcerário, seguramente um dos mais vergonhosos do mundo atual.

Mas não é esse o caminho para recuperar tal controle. A pena, além de ser retributiva e intimi-

dativa, há de ter, primordialmente, um caráter reeducativo, de tentativa, ao menos, de regeneração.

Ora, manter alguém em solitária por 360 ou 720 dias, ou por até um sexto da pena — o que, na hipótese de um homicídio qualificado apenas com pena mínima, poderia chegar a quatro anos — será, certamente, transformá-lo em um verdadeiro animal, um doente mental ou alguém muito pior do que já era.

Estudos mostram que, isolado por mais de um ano, o preso sofrerá problemas psicológicos e psiquiátricos.

Mas a nova lei não se satisfaz com esse prazo; admite dois anos e, até mais, um sexto da pena!

Com isso, violou-se, a um só tempo, a Constituição da República, que dispõe, em cláusulas pétreas, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento **desumano ou degradante**” (art. 5º, III) e que “não haverá penas ... **cruéis**” (art. 5º, XLVII, e); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York (arts. 7º e 10); e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 5º, 2); os dois últimos, com disposições semelhantes, ratificados pelo Brasil.

A responsabilidade histórica por esse retrocesso na execução penal e por essas violações de direitos individuais, garantidos a nível constitucional, será do Congresso Nacional que aprovou a nova lei e do Presidente da República que, podendo e devendo, deixou de vetá-la. ●

Roberto Delmanto
Advogado criminalista

Decreto de Indulto

Foi publicado no *DOU* de 2 de dezembro p.p. o Decreto Federal nº 4.904, que dispõe sobre a concessão de indulto natalino e de comutação de pena.

Confira o texto integral em nosso site: www.ibccrim.org.br/legislacao

O SUPLÍCIO DE TÂNALO: A LEI Nº 10.792/03 E A CONSOLIDAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL DO TERROR

Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich

Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich

O SUPLÍCIO DE TÂNALO: A LEI Nº 10.792/03 E A CONSOLIDAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL DO TERROR

Em maio de 2003, após manifestação pública do professor **René Ariel Dotti** no Congresso Brasileiro de Direito e Processo Penal realizado em Salvador, um grupo de juristas preocupados com o rumo da Política Criminal nacional criou o Movimento Antiterror (MAT). Coordenado pelo advogado carioca **Luis Guilherme Vieira**, e contando com o apoio dos principais institutos nacionais — **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)**, Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC), Instituto Carioca de Criminologia (ICC), Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ) e Instituto de Ciências Penais de Minas Gerais (ICP/MG) —, o MAT professou objetivo de “sensibilizar os poderes do Estado, os administradores e trabalhadores da justiça penal, os meios de comunicação, as universidades, as instituições públicas e privadas, e os cidadãos de um modo geral, para a gravidade humana e social representada por determinados projetos que tramitam no Congresso Nacional e que pretendem combater o aumento da violência, o crime organizado e o sentimento de insegurança com o recurso a uma legislação de pânico”⁽¹⁾.

Em realidade, o que mobilizou o grupo foi a tramitação no Congresso Nacional de projeto de lei que instituiu o *Regime Disciplinar Diferenciado* (RDD), normativa cujo conteúdo criava, no caótico sistema penitenciário brasileiro, uma forma absolutamente desumana de apartação da pessoa presa rotulada como “ameaça à segurança social”.

O projeto era baseado em Portaria que o Governo do Estado de São Paulo havia instituído para “controlar” uma série de incidentes em seu sistema carcerário. A portaria nominara o RDD, criando inúmeras restrições aos direitos dos presos considerados “perigosos”, inclusive ao direito de defesa, pois limitou sobremaneira o contato com o advogado. Apesar da absoluta ilegalidade do ato, sobretudo porque a Lei de Execução Penal delegava ao Poder Público Estadual apenas a atribuição de disciplinar as sanções e os procedimentos de apuração de faltas leves e médias, restringindo, pelo princípio da legalidade, ao Legislativo Federal a disciplina dos fatos considerados como falta grave, o RDD alcançou eficácia na condução da execução da pena dos suspeitos de participarem de organizações criminosas.

Com forte apoio dos meios de comunicação de massa, alguns parlamentares assumiram o compromisso de universalizar o regime diferenciado via lei federal. O plano de generalizar o RDD atingiu seu ápice quando os veículos de comunicação passaram a vincular a imagem do advogado com a do réu/condenado preso — principalmente nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes e tráfico de armas. Assim, o elo do advogado com o criminoso passou a reforçar, no senso comum teórico do homem

da rua (*every day theories*), a obrigação de restringir ao máximo os “demasiados” direitos do preso (provisório ou condenado) possibilitados pela “branda” legislação vigente.

O solo discursivo necessário para brotar a legislação de pânico estava fértil: cultura de emergência fundada nas premissas “impunidade” e “aumento da criminalidade”, e a vinculação desses fatores (impunidade e alta criminalidade) ao “excesso de direitos e garantias” do réu/condenado. A resposta contingente seria consequência natural: em 2 de dezembro de 2003 é publicada a Lei nº 10.792, que altera a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal.

Não obstante consolidar alguns posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários de vanguarda que vinham sendo adotados por magistrados com compromisso constitucional⁽²⁾, o Poder Público vez mais recorre ao apelo simbólico das leis de ocasião para entorpecer a sociedade civil com respostas ineptas. Nesta ação meramente cênica, *algumas migalhas servem como mecanismo retórico para minimizar os efeitos perversos da Lei nº 10.792/03*. Na verdade, o recente texto delimita uma forma de execução da pena totalmente inédita, visto que **consagra em lei o suplício gótico vivido pelos condenados nos presídios brasileiros**. Se antes ainda havia possibilidade de desqualificar a desumana realidade carcerária nacional invocando a LEP, com sua alteração a tragédia é subsumida à lei. Não nos referimos, logicamente, à eventual legitimidade de que a Lei nº 10.792/03 estaria aferindo à péssima “qualidade de vida doméstica” imposta ao preso. Certamente nosso legislador não encontraria palavras para descrever a fétida realidade prisional; não teria coragem de redigir texto cujo conteúdo produzisse a adequação da lei ao cotidiano de ostentação do sofrimento; não realizaria o ato de desvelar o gozo da “opinião publicada” ao ver seus excluídos penarem corporalmente.

A lei sempre foi um não-lugar, ou seja, algo que se projeta como conquista; algo que não se tem mas que se deseja; algo que inexiste mas que projeta uma ação.

A Lei nº 10.792/03, ao incorporar o RDD na (des)ordem jurídica nacional, vinculando o ingresso dos presos no regime diferenciado quando forem “*suspeitos de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, quadrilha ou bando*” ou no caso de apresentarem “*alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*”, manifesta o assentimento dos Poderes Públicos com práticas regulares nas penitenciárias nacionais: arbitrariedade na adjetivação dos atos cotidianos dos presos em decorrência da imprecisão dos termos reguladores (e.g., suspeita de participação e envolvimento a qualquer título, alto risco para a ordem, incitar movimento para subverter a ordem e a disciplina, etc.); minimização dos direitos de defesa na averiguação das faltas disciplinares; abusos na dilatação do tempo

predeterminado da sanção disciplinar.

Muito embora tenhamos como clara a inconstitucionalidade da lei, visto que a manutenção de pessoa em isolamento por até 360 dias não pode receber outra denominação senão a de pena cruel, vedada pela Carta Constitucional (art. 5º, inc. XLVII, CR), tememos que nossos tribunais, a começar pelas Cortes Superiores (STF e STJ), inebriados pelos discursos de emergência, não utilizem os mecanismos de controle de constitucionalidade e, por consequência, acolham a barbárie posta em lei como se fosse mera técnica pedagógica de isolamento. Tudo porque não é preciso ser *expert* da área da saúde para notar que “*o isolamento celular diuturno de longa duração é um dos instrumentos de tortura do corpo e da alma do condenado e manifestamente antagônico ao princípio constitucional da dignidade humana*”⁽³⁾.

A admissão passiva de leis penais que diariamemente incrementam e sofisticam nosso inquisitivo sistema processual — seja na fase cognitiva ou na esfera de execução penal —, fruto da aceitação de parte de nossa doutrina nas reformas pontuais da legislação, acarreta na concordância com a lógica sancionatória de Tântalo.

Condenado aos infernos, Tântalo foi sentenciado à eterna fome e sede. Sempre que se aproximava do lago a água lhe fugia, e no momento em que chegava próximo à árvore dos frutos esta era alçada a uma altura que não podia alcançar. A metáfora ganha contornos de realidade, pois o mito do suplício de Tântalo parece retratar nossa cruel experiência punitiva: longe de ser projetada uma reforma humanista fundada na principiologia constitucional, a lei dobra a punição, condenando o cidadão preso, para além da privação da liberdade, à inexaurível situação de penúria. ◻

Notas

- (1) “Carta de Princípios do Movimento Antiterror”, in: *Revista de Estudos Criminais* (10), Porto Alegre: ITEC/PPGCCrim, PUCRS/Notadex, 2003, p. 07.
- (2) Neste sentido, ver as alterações no art. 112 da LEP que determina a fundamentação das decisões judiciais e estabelecimento do contraditório prévio nos incidentes de execução; a modificação no art. 185 do CPP que, ao tratar do interrogatório, determina a obrigatoriedade da presença do advogado e a concessão do direito de entrevista reservada do acusado com o defensor antes do depoimento pessoal, bem como a regulamentação do direito ao silêncio. Decisões, com fundamento constitucional, que contemplam a integralidade das alterações mencionadas, conferir em **CARVALHO, Amilton Bueno. Garantismo Penal Aplicado**, RJ: Lumen Juris, 2003.
- (3) “Carta de Princípios do Movimento Antiterror”, *op. cit.*, p. 9.

Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich
Advogados e professores universitários

A EXTENSÃO DO CONCEITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO PELO ESTATUTO DO IDOSO

Fernando Augusto Henriques Fernandes

Fernando Augusto Henriques Fernandes

A Lei nº 9.099/95 trouxe uma inovação no sistema brasileiro, permitindo a composição penal, na tentativa de encaminhar-se o Direito Penal mínimo⁽¹⁾, mas ao mesmo tempo é fruto de uma política de tratamento ao consumidor, reservada àqueles aos quais o Direito Penal não visa atingir. De outro lado, ao consumidor falho⁽²⁾ — o menino do morro, do tráfico — é reservado o Direito Penal do Terror⁽³⁾, com regime de pena integralmente fechado, desumano e cruel⁽⁴⁾.

Ao contrário de diminuir o sistema penal, forjou-se um simulacro de Justiça, de onde as partes não saem insatisfeitas, nem com sensação de negativa da prestação jurisdicional, onde em vez de Justiça encontram uma barganha de cestas básicas. Inúmeras atitudes que poderiam ser descriminalizadas, reservando-se um enfoque exclusivamente cível, acabam sendo tratadas nos Juizados Especiais Criminais, desde brigas de família, até, infelizmente ainda, porte de entorpecente, em que pesem as palavras finais do Advogado do Século, **Evan-dro Lins e Silva**, pela legalização⁽⁵⁾.

A Lei nº 9.099/95 previu como limite de competência “processar” crimes com pena máxima de um ano, considerados pelo art. 61 como de menor potencial ofensivo. Há, no entanto, possibilidade de suspensão condicional do processo nos crimes que têm pena mínima cominada de um ano (art. 89). A Lei nº 9.099/95 gerou, e ainda gera, inúmeros debates. A suspensão condicional do processo não pode ser exigência, sendo muitas vezes vista como irrecusável pelo acusado, mas na realidade é direito do acusado optar pelo benefício ou pelo processo, isto porque, tendo esperança de absolvição, pode não ser conveniente ficar com um processo-crime suspenso por dois a quatro anos. Por outro lado, cumprindo o réu com todos os requisitos para suspensão, é direito subjetivo dele exercer o benefício? Pois a lei diz que o Ministério Público poderá propor a suspensão, afirmando o *Parquet* que se trata de uma faculdade do promotor. Ao contrário, afirma parte da doutrina que se trata de um poder/dever da autoridade, não podendo negar-se a suspensão a quem cumpre os pré-requisitos para a concessão, pois do contrário ficaria o acusado dependente do humor da autoridade, e pior, do acusador.

Outra questão debatida é se o juiz pode suspender o processo mesmo contra a vontade do promotor, quando entender cabível o benefício. Na jurisprudência existem decisões nesse sentido⁽⁶⁾; outras afirmam que é poder exclusivo do *Parquet* a decisão de propor a suspensão, negando ao juiz tal poder⁽⁷⁾. Terceira corrente jurisprudencial entende que se aplica por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal⁽⁸⁾, devendo o juiz, no caso de

discordância do promotor, remeter os autos ao procurador geral. Certamente que a corrente mais coerente, apesar de minoritária, é permitir ao juiz, equidistante e imparcial, garantir o benefício, e não ao acusador selecionar quem, por razões subjetivas, pessoais, merece ou não o benefício legal.

Em 2001 foi editada a Lei nº 10.259/01, que regulou o Juizado Especial Federal, fixando o limite de competência na esfera federal em crimes de pena máxima de dois anos. Após pequena divergência jurisprudencial, consolidou-se que o mesmo limite é estendido ao Juizado Especial Estadual, tendo em vista o princípio da isonomia constitucional. Assim, a Lei nº 10.259/01 é uma *novatio legis in melius* em relação a Lei nº 9.099/95, alterando a competência para pena máxima de dois anos e retroagindo para beneficiar o acusado.

Debate acirrado, e ainda insólito, é que a Lei nº 10.259/01, ao alterar a competência para dois anos, também altera o art. 89 da Lei nº 9.099/95, tornando possível a suspensão condicional do processo aos crimes com pena mínima de dois anos. Houve uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do ministro **Felix Fischer**, admitindo tal ampliação⁽⁹⁾, mas que acabou sendo reformada em embargos de declaração⁽¹⁰⁾.

Agora, importante modificação traz a Lei nº 10.741/03. O Estatuto do Idoso, além de afastar a aplicação dos arts. 181 e 182, que isentam de pena crimes contra o patrimônio cometidos contra “o cônjuge, na constância da sociedade conjugal, ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural”; de exigir representação para os crimes cometidos contra “o cônjuge desquitado ou judicialmente separado”, assim como contra “co-irmão, legítimo ou ilegítimo”, e de criar vários crimes desnecessários, pois já estavam tipificados em outros dispositivos do Código, traz o seguinte dispositivo: “art. 94. Aos crimes previstos nesta lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Processo Penal”.

Os crimes previstos no Estatuto do Idoso são crimes contra idosos, definidos como aqueles que têm mais de sessenta anos. O fato da vítima ser uma pessoa idosa já era agravante prevista no art. 61 do Código Penal, assim como contra criança, enfermo ou mulher grávida. Tal agravante não constava na Lei de Tortura, Lei nº 9.455/97, e passou também a constar pela alteração realizada no próprio Estatuto do Idoso. Desta forma, qualquer crime que tenha como vítima um idoso é mais grave, merece mais rigor do que o mesmo fato

contra alguém em idade média.

Se um crime cometido contra um idoso, com pena máxima de quatro anos, passou a ser de competência do Juizado Especial, Federal ou Comum, é exigível interpretar-se que tal dispositivo altera a competência de toda a Lei nº 9.099/95, pelo princípio da isonomia constitucional. Caso contrário valeria escolher uma vítima idosa, incentivando-se com isso o cometimento de crime contra pessoas idosas, em vez de aplicar-se a agravante.

Entrando a lei em vigor noventa dias depois da publicação do *Diário Oficial*, o que ocorreu dia 3/10/2003, a partir de 3 de janeiro de 2004 todos os processos de crimes com pena máxima de quatro anos terão que ser processados na forma da Lei nº 9.099/95. 

Notas

- (1) **TAVARES, Juarez**. “Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas”, *Revista Brasileira de Ciências Penais - IBCCRIM*, número especial de lançamento, p. 75, dez., 1992; **BATISTA, Nilo**. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 84; **CERVINI, Raúl**. *Os Processos de Descriminalização*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 192.
- (2) **BATISTA, Nilo**. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 485.
- (3) **BARANDIER, Antônio Carlos**. *As Garantias Fundamentais e a Prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- (4) STF, HC nº 69.603-1, Tribunal Pleno, voto vencido, min. **Marco Aurélio de Melo**, j. 18.12.92, pp. 698 e segs.
- (5) **MENDONÇA, Martha**. “Legalize-se a Droga” (entrevista de **Evan-dro Lins e Silva**). *Revista Época*, nº 231, out. 2002, pp. 13-21.
- (6) STJ, REsp. nº 263.439/SP, 6ª Turma, rel. min. **Vicente Leal**, j. 19.9.2000, DJU de 9.10.2000, p. 214; STJ, REsp. nº 142.912/SP, 6ª Turma, rel. **William Patterson**, j. 2.9.97, DJU de 29.09.97, p. 48.336; STJ, REsp. nº 184.697/SP, 6ª Turma, rel. min. **Fernando Gonçalves**, j. 22.6.99, DJU de 6.9.99, p. 142; Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, RSE nº 1.331.987/5, 6ª C. Crim., rel. juíza **Angélica Almeida**, j. 16.12.02.
- (7) STJ, ROHC nº 10.370/SE, 5ª Turma, rel. **Gil-son Dipp**, j. 24.10.2000, p. 77, R; TRF da 3ª Região, HC nº 01.03.00.019741-7, 5ª Turma, rel. juíza fed. **Suzana Camargo**, j. 11.12.01, m.v., DJU 26.02.02, p. 414.
- (8) STJ, REsp. nº 267.610/SP, 5ª Turma, rel. min. **José Arnaldo da Fonseca**, j. 7.11.2000, DJU de 11.12.2000, p. 229.
- (9) STJ, RHC nº 12.033/MS, 5ª Turma, rel. min. **Félix Fischer**, j. 13.08.2002, DO 09.09.2002.
- (10) STJ, Emb. Decl. no RHC nº 12.033-MS, 5ª Turma, rel. min. **Félix Fischer**, DO 10.03.2003.

Fernando Augusto Henriques Fernandes
Mestre em Criminologia, Direito e Processo Penal - UCAM/RJ, especialista em Advocacia Criminal - UCAM/RJ e MBA - Direito da Economia e da Empresa - FGV, advogado e diretor secretário do Grupo Brasileiro da AIDP

“Durma logo! Precisamos dos traveiros”.
Kafka

O *Processo*, de **Kafka**, é um romance no qual o protagonista Joseph K. foi acusado e executado sem mesmo ter a culpa formada ou a identidade criminal verificada. A fórmula de Feuerbach é simplesmente inexistente: não se sabe qual o crime. Joseph K. também não pôde ter acesso aos autos de acusação. O advogado faz parte da engrenagem do sistema, simplesmente existindo. Não se sabe quem é o juiz ou quem de fato julgará, isso porque, na lógica do medo, o poder é diluído (**Foucault**), não se sabendo a autoridade coatora. Assim, o processo kafkiano é um mecanismo unilateral, só existindo para acusar.

O romance nos impele a questionamentos como *“que lei é essa?”*, *“qual o crime cometido?”*, *“qual a culpa?”*. Todavia, ao final, percebemos que essas são perguntas ridicularizadas. O resultado já é sabido por todos, o rito já está determinado, não há esperança. Joseph K. chega mesmo a perguntar, certa feita, aos policiais: *“Em que teatro estão representando?”*. Não muito distante do que **Camille Paglia** concluiu: *“A sociedade é o lugar das máscaras, um teatro ritual”*. Desvenda-se que o princípio reitor de *O Processo* é que todos são inocentes até o instante que sejam acusados. Há um dirigismo à condenação, apesar dos ritos burocráticos disfarçando a hipocrisia jurisdicional. As descrições são enfadonhas, as estruturas do tribunal formam um labirinto, os juízes são invisíveis e inabordáveis. *“Quando a corte acusa alguém, a Corte não pode ser arredada dessa convicção”*, diz o pintor **Titorelli**. Ou seja, quando se acusa, é porque a culpa realmente existe... É inútil e impossível resistir.

Mesmo assim, Joseph K. se predispõe a enfrentar o sistema. Autodefende-se clamando inocência, mas investe, contra ele, técnicas de neutralização (**Sutherland**): *“é assim mesmo que os culpados tendem a falar”*. Um dos guardas interpela-o: *“Admite não conhecer a lei, mas declara-se inocente...”*. Joseph K. mal sabe que seu papel é essencial no processo porque ele atua como o culpado. Só compreende isso ao final da narrativa. Descobre-se *funcional* ao sistema como culpado. Assim como **Durkheim**, conclui que o crime é necessário, pois *“se liga às condições fundamentais de toda a vida social e, por isso mesmo, tem sua utilidade”*; conclui-se também que o acusado-culpado é necessário. Joseph K. não era um elemento estranho e inassimilável dentro do processo. Ele era funcional, necessário e, o pior, gradativamente passa a incorporar esse papel agindo como se culpado fosse: veste-se às pressas, exhibe documentos, obedece constrangido, responde quando deveria perguntar... Depois, procura fazer uma petição de

defesa e conclui que uma petição daquela seria totalmente impossível porque para enfrentar uma acusação desconhecida seria preciso rememorar a sua vida inteira até nos menores acidentes e ações, formulados com clareza e sobre todos os ângulos... Tragicamente descobre que inútil não é a espera, mas a ação. Pelo mais sombrio de todos os paradoxos de **Kafka**, as manifestações dessa luta são inevitavelmente destrutivas, sobretudo autodestrutivas. Quanto mais tenta se defender, mais funda a acusação e mais se entende culpado.

Escolhido uma vez como culpado, escolhido para sempre. Até a derradeira sentença fatal. Essa característica não é dispar à realidade. O sistema penal não se destina a punir todas as pessoas que cometem crimes e nem poderia fazê-lo, sob pena de processar a todos nós. Mas, faz-se necessário culpados. E esses culpados serão culpados eternamente. É como diz **Carnelutti**: *“O encarcerado, saído do cárcere, crê não ser mais encarcerado; mas as pessoas não. Para as pessoas ele é sempre encarcerado; quando muito se diz ex-encarcerado; nesta fórmula está a crueldade do engano. A crueldade está no pensar que, se foi, deve continuar a ser.”*

No dia-a-dia, é visível e análoga a situação. Hoje deparamo-nos com a cultura do direito penal do pânico. Isso correlaciona-se com *O Processo* na medida em que predomina sempre a pertinência dos grupos estabilizados e que massacram o que possa vir a pôr em risco a integridade de suas conquistas. O medo transforma o homem em um animal irracional e arbitrário. Há outro aspecto político: o Estado se preocupa mais com o medo, com a repressão e a violência do que com a paz, a garantia dos direitos individuais e a liberdade. Por outro lado, não nos foge à vista que sem o processo a barbárie seria o estado natural da sociedade. O problema é qual o limite entre o Estado e o indivíduo e onde o processo deve se inteirar nessa relação.

O Estado não é uma entidade superior, criadora de direitos (como queria **Hegel**), controlador único e normativo. O Estado é uma instituição, assim como a Cidadania, e deve se posicionar em igualdade institucional. A estrutura normativa constitucional é garantidora da atuação permanente da Cidadania na transformação ou preservação do Estado e das demais instituições. A Cidadania é também uma instituição que, para se efetivar, demanda incursões sobre as garantias e os princípios constitucionais do processo.

O Estado pós-moderno está, assim, no ordenamento jurídico, em situação isonômica com outras instituições (**Habermas**) e com estas se articula de modo interdependente num regime jurídico de subsidiariedade recíproca (**Baracho**). Desse modo, a relação entre o processo e o Estado é que aquele deve assegurar a

liberdade e a igualdade do homem frente a este. Só assim assegura-se a Cidadania.

A evolução do processo, desde **Ponthier** até **Baracho** e **Habermas**, traz ínsitos em si paradoxos de valores e visões. Os princípios do processo penal, hoje elencados na Carta, traduzem um processo, assim denominado pós-moderno. O processo é, pois, criação constitucional com características definidas nos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia. São verdadeiros institutos sem os quais não se definiria o processo em parâmetros modernos de direito-garantia constitucional.

Ler **Kafka** como uma crítica é sempre uma armadilha perigosa porque nos parece que **Kafka** nos exige uma interpretação direta do seu texto, quase pede para ser interpretado literalmente. Quer ser raso, mas isso é um paradoxo, assim como todas as suas histórias. Nesse tipo de ironia, cada figura do livro é e não é o que poderia parecer. Podemos dizer que, em **Kafka**, não há sugestões, o texto é seco. Também não deseja representações. A conclusão é que não existe esperança, nem para ele, escritor, e nem para nós, leitores, e nem para seus personagens. E se interpretação pudéssemos fazer diríamos que *O Processo* é uma gozação fantástica. Sua narrativa é longa e bruta nos acontecimentos. O terrível vai acontecer e acontece efetivamente desde a primeira página até a última.

Todos os dias “Josés” são processados e condenados num Estado de Direito formado de burocracia e papel. Nesse Estado, muitos operadores do Direito entendem que o processo existe para condenar ou para defender a sociedade ou, pior, para se alcançar a sentença. Entretanto, a epistemologia processual e a ciência processual trazem o processo como defesa primeira do acusado. O processo só existe por causa do réu (**Ferrajoli**). Não existe para condenar, antes pelo contrário, existe para garantir que, se punição houver, será precedida das garantias constitucionais na sua mais ampla afeição. 

Bibliografia

- ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza.** *Teoria Geral do Processo Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- BARACHO, José Augusto de Oliveira.** *O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARACHO, José Augusto de Oliveira.** *O Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARATTA, Alessandro.** *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos: ICC, 1999.
- BLOOM, Harold.** *O Cânone Ocidental: Os Livros e a Escola do Tempo*. São Paulo: Objetiva, 2001.
- CANETTI, Elias.** *Der Prozess – Kafkas briefe an Felice*. Munchen: Carl Hanser Verlag, 1984.
- CARNELUTTI, Francesco.** *As Misérias do Pro-*

cesso Penal. Campinas: Conan, 1995.
DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. 6ª ed., São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1972.
FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002.
FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*, s/d.
FURTADO, Antônio Augusto Marante. *Kafka (Ou Processo, Impotência & Miséria)*, s/d.
HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade: Doze Lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

JAEGER, Werner. *Paidéia — A Formação do Homem Grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
KAFKA, Franz. *O Processo*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasia*. Niterói: LUAM, 1993.
MANGUEL, Alberto. *Uma História da Leitura*. São Paulo: Cia das letras, 1997.
MARCUSE, Herbert. *Eros e Civilização*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
PAGLIA, Camile. *Personas Sexuais*. São Paulo: Cia. das Letras, 1992.

SUTHERLAND, E. *Principles of Criminology*, 4ª ed., Philadelphia, 1947.

Warley Belo

Mestrando em Ciências Penais - UFMG, monitor de Pós-graduação - DAJ/UFMG, professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, professor de TGPP da Escola Superior do Ministério Público, professor *Praetorium* e advogado em Belo Horizonte

VIROU SÚMULA

Marcelo Cury

Parece não haver dúvida de que a não intimação do defensor, da expedição de carta precatória para a oitiva de testemunhas, sempre configurou nulidade, tanto assim que se discutia, na doutrina e nos Tribunais, se ela seria “relativa” ou “absoluta”, valendo lembrar os arestos, num e noutro sentido, anotados por **M. F. Podval** em prestigiado repertório jurisprudencial de autoria coletiva⁽¹⁾.

Com efeito, para os partidários da primeira corrente, com base inclusive na Súmula nº 155 do Supremo Tribunal Federal, tal nulidade restava “convalidada” “se não suscitada em tempo oportuno” e “se não demonstrado prejuízo à defesa” (STF, HC, rel. **Célio Borja**, RT 662/380), enquanto que, para os da segunda, com base na Constituição Federal de 1988, ela era insanável em virtude de vulneração ao princípio do contraditório, ainda que nomeado, no Juízo deprecado, advogado *ad hoc* (TACrim/SP, Ap., rel. **Canellas de Godoy**, Rolo-flash 969/027)⁽²⁾.

De qualquer forma, fosse a nulidade tida como “relativa” ou “absoluta”, o certo é que maciça era a jurisprudência no sentido de que, intimado o defensor da expedição da carta precatória, a não intimação do defensor do dia e horário em que se realizaria a audiência no Juízo deprecado não constituiria qualquer espécie de nulidade, até porque, segundo julgado compilado por **Julio Fabbrini Mirabete**⁽³⁾, competiria ao advogado “cuidar da defesa de seu constituinte, acompanhando a designação da audiência” (RSTJ 32/110).

Tratasse tal juízo de uma *tendência* jurisprudencial, vá lá. Mas, infelizmente, aconteceu o pior. Virou súmula. Mais precisamente a de nº 273, do STJ: “Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”.

É certo que, para o STJ, a intimação da expedição de carta precatória passou a ser absolutamente necessária — “desnecessário”

seria, conforme a referida súmula, a intimação da data da audiência no Juízo deprecado.

Efetivamente, assim parece soar o novo enunciado sumular: “Tudo bem, intimar a defesa da expedição da precatória é indispensável. Agora, intimá-la também da data da audiência, ah, isso já é demais”. De qualquer forma, a não intimação da expedição da precatória passou, a nosso ver, a acarretar nulidade absoluta, quer tenham desejado isso ou não.

Entretanto, o sepultamento, ao menos no âmbito do STJ, da referida tese da nulidade “relativa”, teve um custo alto, pois se consagrou um ato essencial ao pleno direito de defesa em detrimento de outro, igualmente essencial.

Suponhamos, por exemplo, que uma carta precatória seja expedida de São Paulo para Curitiba, para a oitiva de testemunhas arroladas pela acusação. De acordo com a nova Súmula, só haverá nulidade — lembre-se: de natureza absoluta — se o defensor do acusado, com escritório na capital paulista, não for intimado da expedição da carta precatória. Se não for intimado da data da audiência, não haverá nulidade alguma.

Três alternativas, assim, parecem restar ao referido defensor: (a) através de ligações telefônicas interestaduais diárias (a partir da expedição da precatória), *suplicar* a serventários curitibanos por informações⁽⁴⁾; (b) contratar um outro advogado em Curitiba para freqüentar diariamente o Fórum competente; ou (c) descobrir, por meios sobrenaturais, tal como um águia amador, o dia em que as testemunhas arroladas pelo Ministério Público serão ouvidas.

Uma tal situação, de modo algum implausível, chega a causar pasmo, ainda que a distância dos Juízos deprecante e deprecado sejam menores que a utilizada no exemplo, sobretudo diante da importância e das peculiaridades da colheita da prova oral num processo-crime.

Em obra exemplar sobre o assunto, assevera **Antonio Magalhães Gomes Filho**, com base em **Delfino Siracusano**, que a observância ao contraditório na introdução da prova no processo assume seus contornos mais característicos em relação à inquirição das testemunhas, “pois se trata de prova de estrutura complexa, em que se ressaltam dois componentes essenciais: a narração do fato e o comportamento do depoente; disso decorre a constatação de que a aquisição da prova não se limita à documentação de uma informação, mas exige uma participação ativa de quem realiza a inquirição, com o objetivo de se proceder, concomitantemente, a uma **avaliação sobre a idoneidade do testemunho**”⁽⁵⁾.

Como se consagrar, assim, a “não obrigatoriedade” de intimação do defensor da data em que serão ouvidas testemunhas no Juízo deprecado sem golpear, duramente, o direito pleno de defesa? Sim, *direito pleno de defesa*, pois é isso, e não menos que isso, que a Lei Maior assegura aos acusados, ao dispor que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CF, art. 5º, LV).

Tratando da indispensabilidade do advogado durante o interrogatório judicial, bem como do direito que possui o acusado de entrevistar-se e ser orientado por um profissional antes do ato, já tivemos a oportunidade de aduzir: “Uma pessoa é honesta ou é desonesto. Não existe pessoa ‘meio’ honesta. Assim, segundo pensamos, é que deve ser entendido o direito à ampla defesa: ou ela é ampla ou não é. Não existe defesa mais ou menos ampla, ou ‘meio’ ampla”⁽⁶⁾.

Ou, com as palavras de **Adauto Suannes**, citado no mesmo texto: “ou algo é amplo ou é restrito. Uma mesa é larga ou é estreita. O contrário de mesa larga não é, até onde o bom senso permite afirmar, mesa inexistente. Logo, o contrário de defesa ampla é defesa

➔ *restrita, reduzida, parca, escassa. Se a Constituição Federal exige que a defesa seja ampla, pena de nulidade, tem-se que — a menos que se revoguem os dicionários — uma defesa escassa, parca, reduzida, restrita implicará na nulidade do processo. **Contrapor amplo a existente é escamotear a garantia constitucional***⁽⁷⁾.

Ora, a não intimação da data da audiência em que, no Juízo deprecado, serão ouvidas testemunhas (sobretudo as arroladas pela acusação), mais não configura, evidentemente, que violento golpe no trabalho do advogado criminal, que, no exercício de seu mister, *não tem, não*, obrigação alguma de “acompanhar” ou adivinhar a designação da audiência (seja em São Paulo, seja em Curitiba, seja em São Luís do Maranhão), representando aquela omissão, mais do que tudo, uma verdadeira agressão ao direito de defesa do acusado⁽⁸⁾, que, ante a dicção da norma constitucional, bem como daquelas que regem a língua portuguesa, não pode ser *meio ampla*, ou *mais ou menos ampla*.

Nem se alegue, como ocorreu no julgado citado por **Mirabete**, antes mencionado⁽⁹⁾, que “*entendimento contrário afogaria a atividade forense*” (RSTJ, 32/110), pois o que decorre da não intimação do acusado, ou, pelo menos, de seu defensor, *de todos os atos do processo*, é o afogamento do próprio direito de defesa, assegurado constitucionalmente⁽¹⁰⁾.

Com efeito, não podem os fatores que impedem uma célere aplicação da Justiça (legislação penal e processual penal a exigir reformas urgentes, número reduzido de juízes

e serventuários, deficiências materiais as mais diversas, etc.) servir de mote à consagração do impensável “direito à defesa *meio ampla*”, que a Constituição Federal de 1988, desde sua promulgação, repele — daí a necessidade urgente de revisão da referida súmula.

O caso nos parece sério. Bem sério. Pois se agora um Tribunal Superior “autorizou” a não intimação do defensor da data de audiência a ser realizada no Juízo deprecado (onde poderão, inclusive, ser ouvidas testemunhas de acusação, pois a Súmula nº 273 não faz qualquer ressalva nesse sentido), ficamos a pensar qual será o “próximo passo”, ou seja, o que mais será considerado “desnecessário”⁽¹¹⁾.

Não sabemos se se acha em marcha a paulatina eliminação, agora através de súmulas, do direito à defesa efetivamente ampla. Mas a de nº 273, do Superior Tribunal de Justiça, parece ser, convenhamos, um bom começo. ●

Notas

- (1) *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. Coordenação: **FRANCO, Alberto Silva** e **STOCO, Rui**. Vol. 2, São Paulo: Ed. RT, 1999, pp. 2253-4.
- (2) Op. cit., p. 2254.
- (3) *Código de Processo Penal Interpretado*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 508.
- (4) Sim, suplicar, pois atualmente a obtenção de informações por telefone chega a ser impossível até mesmo em comarcas vizinhas. É certo que, por vezes, o advogado é gentilmente atendido, por quem, principalmente, nutre respeito pela

Instituição a que ele faz parte. Todavia, não se pode conceber que a defesa técnica dependa de favores para ser exercida plenamente.

- (5) *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo: Ed. RT, 1997, pp. 151-2.
- (6) “Assistência de advogado no interrogatório e orientação prévia. Ausência: nulidade absoluta do processo”. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica*, nº 32. Baurur: Ed. da Instituição Toledo de Ensino, Agosto/novembro de 2001, nº 32, pp. 313-38.
- (7) “O ativismo judicial”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, Julho/setembro de 1999, nº 27, p. 350; destacamos.
- (8) E note-se que, por motivos óbvios, quando não movidos por intenso pessimismo, nem estamos falando na intimação pessoal do acusado, a bem da verdade imprescindível.
- (9) Op. cit., p. 508.
- (10) De mais a mais, será que simples intimações aos advogados constituídos, ainda que pela imprensa oficial (tais como as referentes à expedição de cartas precatórias, que, agora, a nosso ver, passaram a ser indispensáveis), “arruinariam” o Poder Judiciário? Óbvio que não.
- (11) Quem sabe a intimação de qualquer audiência, pois se o defensor teria o “dever profissional” do mais (acompanhar a designação da audiência no Juízo deprecado, por mais distante que seja), exercer o “dever” do menos (acompanhar a designação da audiência na Comarca em que mantém escritório) seria até “mais fácil”...

Marcelo Cury

Advogado em Bauru/SP e
assessor do TED-X da OAB/SP

TENTATIVA E OS PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE E PROPORCIONALIDADE: UMA NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO

Paulo Queiroz e Ana Cláudia Pinho

Como é sabido, o *iter criminis* somente interessa ao Direito Penal (em regra) quando tem início a fase de execução da infração, vale dizer, quando há consumação ou tentativa, ao menos, de crime. Excepcionalmente, porém, atos meramente preparatórios são criminalizados sempre que assim dispuser a lei, a exemplo do bando ou quadrilha (art. 288), do porte ilegal de arma (Lei nº 9437/97, art. 10), etc. Além disso, não se dará propriamente a tentativa de crime se houver *desistência voluntária* ou *arrependimento eficaz*, hipóteses em que o agente responderá pelos atos já praticados, caso configurem fato típico. Também não são puníveis o crime impossível (CP, art. 17 e Súmula nº 145 do STF) nem a tentativa de contra-venção (LCP, art. 4º).

Mas, por que alguns fatos são puníveis e outros não, embora, do ponto de vista puramente subjetivo, o dolo em tais casos seja rigorosamente o mesmo: realizar o tipo penal (matar alguém, furtar alguma coisa móvel, etc.)?

Seja qual for a teoria que se adote quanto à justificação para a punição da tentativa, o motivo é, indubitavelmente, de caráter político-criminal: considera o legislador que nas hipóteses de crime tentado ou consumado a lesão jurídica é de tal modo grave que não pode passar sem punição, ou seja, são condutas merecedoras de pena, quer do ponto de vista da prevenção geral, quer do ponto de vista da prevenção especial. Dito de outro modo: a ofensa ao bem jurídico que se quer tutelar é de tal monta que se impõe a apenação. Nos demais casos (preparação, crime

impossível, etc.), ao contrário, não há (via de regra) necessidade de pena, por carecer a ação de concreta lesividade.

No particular, portanto, o legislador não atende a uma razão de ordem ontológica (se-quer lógica), mas axiológica (ou de conveniência política). Daí dizerem, com razão, **Muñoz Conde e Mercedes Arán** que o fundamento da punição de todos os atos de execução (idôneos ou não) tem de ser necessariamente unitário e responder à mesma finalidade político-criminal e preventiva que preside todo o Direito Penal (*Derecho Penal*, p. 475, Valência: Tirant lo blanch, 2000).

Ademais, tivesse o autor de responder por atos de mera cogitação ou de simples preparação de crime, acabaria por responder não pelo que efetivamente fez (matar, furtar), mas

➔ pelo que é ou que se supõe ser (perigoso), privilegiando um direito penal do autor em detrimento de um direito penal do fato, confundindo-se (ainda), em última análise, Direito e Moral, crime e pecado.

Pois bem. Visto que somente razões de política criminal orientam a punição ou não de condutas que não chegam a integralizar a consumação típica, a reflexão que se impõe é a seguinte: até que ponto e em que hipóteses a tentativa de crime constitui, do ponto de vista político-criminal, uma ofensa suficientemente grave a justificar a intervenção jurídico-penal? Noutras palavras: é razoável, à luz de princípios constitucionais do Direito Penal democrático, a punição da tentativa de forma irrestrita?

Pensamos que não.

Toda discussão deve perpassar, necessariamente, pela dimensão conferida aos **princípios da ofensividade e proporcionalidade**.

Como sabido, numa visão constitucionalmente orientada do Direito Penal, não se pode conceber a punição de fatos que não causem dano a bem jurídico tutelado pela norma. É dizer, somente serão legítimas as intervenções do sistema penal, se demonstrada ofensa considerável a algum interesse protegido. No esquema garantista, sistematizado por **Luigi Ferrajoli**, o **princípio da ofensividade** (ou lesividade) se traduz no axioma *nullum crimen, sine iniuria* (*Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, 2000).

Ora bem. No caso da tentativa, há que se perguntar: quer sob a ótica político-criminal (prevenção geral ou especial), quer sob a ótica constitucional, como fundamentar a punição nas hipóteses claras de ausência de lesão ao bem jurídico? O *desvalor da ação* não pode mais — em tempos de Ferrajoli e de Direito Penal da lesão — ser o fundamento bastante para a punição da tentativa. Sem dúvida, o *desvalor do resultado*, condicionante da intervenção penal, merece a devida atenção.

Aliás, se a superveniência do *desvalor do resultado* em detrimento do *desvalor da ação* justificou a não punição de atos meramente preparatórios, por que não justificar, de igual forma, a ilegitimidade da punição da tentativa, em inúmeros casos de ausência de lesão?

A propósito, e como já assinalado, pelo prisma subjetivo, diferença alguma há entre preparar e tentar um crime, pois idêntico é o dolo de quem, *v.g.*, prepara a morte de outrem ou tenta matá-lo. A distinção, portanto, dá-se no plano puramente objetivo: a tentativa implicaria lesão ao bem jurídico tutelado, enquanto na mera preparação tal não ocorreria (o acionar o gatilho é bem

mais grave que o só apontar a arma na direção da vítima).

A distinção entre preparar e tentar — freqüentemente problemática — reside, portanto, não propriamente no *desvalor da ação* (no dolo de matar, que é o mesmo), mas no *desvalor do resultado* (lesão ao bem jurídico), mesmo porque se o conceito de injusto se baseasse apenas no desvalor da ação, não seria necessário diferenciar (sequer) entre tentativa e consumação (**Conde e Arán**, cit., p. 474).

Como se vê, concretamente, o *desvalor do resultado* do ato preparatório (ou melhor, ausência dele) pode ser essencialmente o mesmo do crime tentado. Assim, por exemplo, não há diferença relevante entre surpreender um ladrão de jóias escalando uma joalheria e encontrá-lo já no seu interior, a ponto de justificar que no segundo haja crime (tentado) e no primeiro não (preparação). Ambas as ações — distinguíveis apenas temporalmente (momento da prisão) — têm, em realidade, a mesma significação, não se justificando que uma seja punível e a outra não, na medida em que nenhuma das duas chegou a causar lesão ao patrimônio.

Por outro lado, em muitas situações de desistência e arrependimento eficazes, o *desvalor do resultado* poderá ser, inclusive, maior do que em hipóteses de crimes tentados. Não há dúvida de que, por exemplo, disparar contra alguém com dolo de matar, errando o alvo por imperícia, é bem menos reprovável do que acertar a vítima gravemente, com a mesma intenção, para desistir ou se arrepender eficazmente logo a seguir. No entanto, no primeiro caso, há tentativa (branca) de homicídio, no segundo, não, respondendo o agente unicamente pelos “atos já praticados”, ou seja, lesões corporais.

Ainda seguindo o mesmo raciocínio (*desvalor da ação x desvalor do resultado*) é possível afirmar que, em alguns casos, crimes formalmente consumados podem não causar qualquer ofensa ao bem jurídico. Pense-se na hipótese de um furto consumado, em que, horas após o fato, mesmo sem ter havido perseguição, a *res* subtraída é encontrada e devolvida a seu legítimo dono sem qualquer dano.

O critério, pois, do (maior) desvalor do resultado nos crimes tentados (ou mesmo consumados), não tem caráter absoluto, devendo ser sempre aferido concretamente, não bastando, jamais, a mera presunção legal (abstrata) de maior gravidade no crime tentado e consumado e menor gravidade nos atos que não os constituem.

Em síntese, toda a averiguação da legitimidade ou não da tentativa punível deve obedecer a critérios rígidos de ofensividade. Havendo lesão grave ao bem jurídico, a puni-

ção é justificada; não havendo, é infundada. Nesse sentido, entendemos, por exemplo, que a punição por crimes patrimoniais sem violência, na forma tentada, é ilegítima. Punir tentativa de furto, apropriação indébita, dano, estelionato, etc., é desconhecer o princípio da lesividade e igualar crime a pecado.

Assim, razoável seria: (a) que o legislador, à semelhança do que fez quanto às contravenções, prevísse a impunidade da tentativa de crime, sempre que praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; (b) nestes crimes, sem violência, não havendo distinção relevante entre a preparação e a tentativa, é perfeitamente possível interpretação (restritiva e sistemática) para considerar atípicas tais condutas, com base no princípio da ofensividade, mesmo porque, se se admite, nos crimes consumados (inclusive), a adoção do princípio da insignificância, com maior força de razões se há de admitir a impunibilidade quando o dano sequer se concretize (mera tentativa de crime).

Por óbvio, nos crimes praticados mediante violência, a solução não é tão simples. Aqui, não se pode apostar no tudo ou nada. A análise deve ser feita *in concreto*, levando em conta o **princípio da proporcionalidade**.

Um roubo próprio tentado, por exemplo. De certo, não pode ficar impune, posto que tangenciada, pelo menos, a liberdade de autodeterminação do sujeito (se a violência for moral) ou sua integridade corporal (se a violência for física). Por outro lado, a punição como crime tentado, com a diminuição de pena prevista no art. 14, parágrafo único, do CP, pode, ainda, parecer exagerada em relação à gravidade da conduta. Cabe, então, uma indagação: como punir?

Entendemos que, nesses casos, nada impede que o juiz aplique a pena abaixo do mínimo legal, até encontrar, na tarefa de dosimetria, uma sanção que corresponda à necessidade de prevenção atinente ao fato praticado. Ou, ainda, que busque encontrar, dentro do sistema de valores insculpido no texto constitucional, uma outra solução possível, de tal sorte que atenda às exigências da proporcionalidade.

Apenas para ilustrar, comparemos um roubo tentado com uma tentativa de constrangimento ilegal. Esses crimes somente se diferenciam em virtude da especialidade do primeiro (crime contra o patrimônio) em relação ao segundo (crime contra a liberdade individual), mas ambos são crimes violentos; perfazem-se através do mesmo *modus operandi* (violência ou grave ameaça). Porém, como nosso diploma repressivo privilegiou a propriedade em detrimento da pessoa, o roubo merece punição de 4 a 10 anos (reclusão) e multa, enquanto o constrangimento ilegal ➔

se contenta com a sanção de 3 meses a 1 ano (detenção) ou multa.

Assim, se um sujeito, portando arma de fogo, ameaça alguém em troca de R\$ 1,00 (um real), pratica roubo. Mas se, com a mesma arma, ameaça alguém para que, por exemplo, corte todo o cabelo, pratica somente constrangimento ilegal. No primeiro caso, crime de grave potencial ofensivo. No segundo, crime de pequeno potencial ofensivo. Agora, imagine-se que, na primeira hipótese, o sujeito não consiga seu objetivo por circunstâncias alheias a sua vontade (intervenção de um terceiro): praticou tentativa de roubo próprio, pelo fato de haver ameaçado alguém em troca da obtenção de R\$ 1,00 (um real). Se tivesse ameaçado o sujeito para que raspasse a cabeça, provavelmente pagaria uma cesta básica e se encerraria o caso no Juizado

Especial Criminal. Mas como a ameaça foi para obter dinheiro, o sujeito ativo do grave crime — desde uma análise positivista-dogmática — deve ser denunciado, processado, condenado e preso.

O Código Penal está repleto de distorções como as aqui apontadas. Todavia, mais grave do que as distorções positivadas, são as que aparecem em sentenças, denúncias, recursos. As primeiras, justificam-se por décadas que separam o Código Penal da Constituição Federal e pela própria História que passou da era Vargas à esperança da redemocratização. As últimas, não mais se justificam. O modelo paleopositivista precisa ser superado por uma crítica do direito positivo desde uma interpretação constitucional. Não se pode pretender aplicar cegamente um Código Penal fabricado sob a influência de valores

outros que em nada se assemelham aos anseios da Constituição Federal de 1988, democrática e garantista.

É preciso compreender, em definitivo, que somente uma aplicação constitucionalmente orientada do Direito Penal pode recuperar sua legitimidade, contribuindo, assim, com o amadurecimento do Estado Democrático de Direito e com a defesa intransigente dos direitos fundamentais. 

Paulo Queiroz

Professor da Universidade Católica de Salvador (UCSAL) e procurador da República

Ana Cláudia Pinho

Professora da Universidade Federal do Pará (UFPA) e promotora de Justiça

O PERDÃO JUDICIAL NOS CRIMES DE TRÂNSITO E NOS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Jairo José Gênova

1. Conceito de perdão judicial e natureza jurídica da sentença que o concede

O perdão judicial é a “*faculdade concedida ao juiz de, comprovada a prática de uma infração penal, deixar de aplicar a pena imposta pela lei em face de justificadas circunstâncias excepcionais*”⁽¹⁾. Segundo parte da doutrina, trata-se de *direito público subjetivo de liberdade*⁽²⁾.

Doutrina e jurisprudência sempre divergiram acerca da natureza jurídica da sentença que concede o perdão. As principais orientações são: a) **sentença condenatória**, pois os efeitos secundários da sentença, à exceção da reincidência, não são atingidos pelo perdão judicial. É o entendimento de **Damásio Evangelista de Jesus**⁽³⁾ e de **Júlio Fabrini Mirabete**⁽⁴⁾. Na jurisprudência: STF, RT 630/399 e 650/321; b) **sentença declaratória da extinção da punibilidade**, pois o fato de a reforma penal de 1984 ter incluído o perdão judicial entre as causas extintivas da punibilidade (art. 107, IX, CP), revela que o legislador quis reafirmar que a sentença que o concede é declaratória da extinção da punibilidade. Além disso, o art. 120 do Código Penal é expresso que a concessão do perdão não gera reincidência. É o entendimento de **Cezar Roberto Bitencourt**⁽⁵⁾, **Flávio Augusto Monteiro de Barros**⁽⁶⁾ e **Paulo José da Costa Junior**⁽⁷⁾.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou a segunda posição pela Súmula 18, *in verbis*: “A

sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. A Suprema Corte também já se pronunciou a respeito: “*Sentença - Concessão de perdão judicial - Decisão de natureza declaratória de extinção da punibilidade - Insustentabilidade dos efeitos principais e secundários da condenação*”⁽⁸⁾.

É a posição que adotamos, pois a própria Exposição de Motivos da Reforma Penal de 1984 explicitou que a inclusão do perdão entre as causas extintivas da punibilidade visou dirimir a dúvida acerca da natureza da sentença que o concede (item 98).

2. Cabimento

Por força do disposto no art. 107, IX, do Código Penal, o perdão judicial só pode ser concedido nos casos previstos em lei. Exemplificativamente: arts. 121, § 5º, 129, § 8º, e 140, § 1º, do Código Penal; art. 29, § 2º, da Lei nº 9.605/98 (Lei Ambiental) e arts. 302 e 303 do Código de Trânsito, aos quais é aplicável o perdão judicial previsto no Código Penal porque o veto ao art. 300 do Código de Trânsito, que previa o perdão, teve como fundamento a maior amplitude do benefício no Código Penal.

Entretanto, hoje temos os crimes de direção perigosa de veículos automotores, nas modalidades de dirigir sob influência de álcool, disputar competição não autorizada, dirigir sem ser habilitado e trafegar em velocidade incompatível com determinados locais (arts. 306, 308, 309 e 311 do Código de Trânsito) que, por

ausência de previsão legal, não admitem o perdão judicial. Com isso, o agente que dirigir perigosamente, provocar a morte ou lesões em terceiros e sofrer consequências físicas ou morais graves, terá, em tese, direito ao perdão judicial. Por outro lado, o agente que dirigir embriagado, provocar uma colisão e, apenas ele, condutor, sofrer lesões gravíssimas, não terá direito ao perdão. Ou seja, o resultado mais grave possibilita o perdão, enquanto o menos grave, não possibilita o benefício.

Ante essa discrepância, há julgados, anteriores ao Código de Trânsito, concedendo o perdão judicial aos autores de contravenções de direção não habilitada ou perigosa, com o fundamento de que “*sendo possível a concessão de perdão judicial a infrações mais graves como os crimes, por extensão pode-se aplicá-lo às contravenções penais, infrações menos graves*”⁽⁹⁾.

Concordamos com o posicionamento minoritário da jurisprudência, pois pela interpretação extensiva é possível estender o perdão judicial aos crimes de perigo previstos no Código de Trânsito quando o condutor do veículo sofrer danos físicos que tornem desnecessária a aplicação da pena.

A interpretação extensiva, uma das espécies de interpretação quanto ao resultado, sempre foi admitida no Direito Penal. A respeito, cabe lembrar a lição de **José Frederico Marques** quando afirma que “*rejeitar a interpretação extensiva dentro do Direito Penal seria escravizá-lo ao empírico sistema da exegese literal*”. E, citando **Esmeraldino Bandeira**, 

conclui: “por amor à literalidade ou literalismo do texto não é justo deixar sem disciplina jurídica um caso perfeitamente equiparado aos de que a lei cogita”⁽¹⁰⁾.

Idêntico é o ensinamento de **Magalhães Noronha**, quando afirma que a interpretação pode ser extensiva: “para fazer as palavras correspondentes à vontade da lei, é mister ampliar seu sentido ou alcance. É admissível no direito penal, não obstante muitos a impugnarem. É permitida quando os casos não previstos são abrangidos por força de compreensão. Assim, o que é punido no menos o é, também, no mais; o que é permitido quanto ao mais o é, igualmente, quanto ao menos”⁽¹¹⁾.

A interpretação extensiva sempre foi utilizada para alcançar condutas não expressamente previstas no tipo penal (o art. 159 do CP, por exemplo, prevê a extorsão mediante seqüestro e, pela interpretação extensiva, também é punível a extorsão mediante cárcere privado). Corolário lógico é que essa espécie de interpretação também pode ser utilizada para possibilitar a concessão de benefício em casos semelhantes, menos graves, ainda que a lei não o permita expressamente.

3. Momento para a concessão do perdão judicial

Sempre se entendeu que o perdão só pode ser concedido na sentença que reconhece a procedência da acusação e a culpabilidade do réu. Na lição de **Mirabete**, “é na sentença (ou acórdão) que se concede o perdão judicial, após a conclusão sobre a culpabilidade do réu, não podendo ser recusado por este”⁽¹²⁾. Ainda: “O perdão judicial somente é deferível a quem seja tido como penalmente responsável pelo fato típico em exame, o que só é viável na final da decisão de mérito”⁽¹³⁾.

Diverso o pensamento de **Fernando de Almeida Pedroso**, para quem “a decisão concessiva do perdão judicial, que constitui causa de extinção da punibilidade, enverga natureza declaratória ou inculpatória e, em face dos efeitos que projeta, torna possível a concessão da mercê em qualquer fase da persecutio criminis, inclusive no decreto de arquivamento do inquérito policial”⁽¹⁴⁾.

Com o advento da Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, temos que há necessidade de repensar o assunto. Com efeito, imperam nos Juizados Especiais os princípios da economia processual e da celeridade (art. 62), que exigem soluções rápidas e informais, com a menor movimentação possível da máquina judiciária. Para tanto, a novel legislação criou o instituto da transação (art. 76), que permite a aplicação de pena sem qualquer acusação formal e sem o devido processo legal.

Pois bem, adotado o entendimento de que o perdão é um direito público subjetivo de

liberdade e que a sentença que o concede é declaratória da extinção da punibilidade, temos que é possível concedê-lo antes da sentença final, em especial nos crimes de menor potencial ofensivo e nos crimes tipificados nos arts. 303, 306 e 308 do Código de Trânsito que, embora não sejam de menor potencial ofensivo, admitem a transação penal por força do art. 291, parágrafo único, da Lei nº 9.503/97. E o argumento é muito simples: se é possível aplicar pena ao autor desses crimes sem que ele se submeta ao devido processo legal, qual a razão para proibir a concessão de benefício ou reconhecer um direito subjetivo público de liberdade sem o devido processo?

Imaginemos a seguinte hipótese: um motorista deu causa a acidente de trânsito, lesionando levemente uma terceira pessoa (art. 303 do Código de Trânsito), mas ele próprio teve uma perna decepada. Demonstrado esse fato no inquérito policial, qual o óbice em se reconhecer a extinção da punibilidade pelo perdão judicial? Outro exemplo: uma pessoa mantém a guarda doméstica de um pássaro da fauna silvestre, de estimação, bem cuidado e que não está em risco de extinção. Por que não conceder, de plano, o perdão judicial previsto no art. 29, § 2º, da Lei Ambiental?

Se assim não for entendido, o autor de uma infração penal de menor potencial ofensivo que tiver direito ao perdão judicial, deverá recusar as propostas de transação e de suspensão do processo, ser processado para, na sentença final, ser agraciado com o perdão judicial, o que consagraria um inominável contra-senso.

Destarte, temos que a concessão do perdão judicial antes da sentença de mérito vai ao encontro dos princípios que norteiam os Juizados Especiais Criminais e do anseio da sociedade em encontrar soluções que desafoguem o Judiciário e tornem mais céleres as ações que lhe são submetidas a julgamento.

4. Conclusão

Estando pacificado que o perdão judicial é um direito público subjetivo de liberdade e que a decisão que o concede é declaratória da extinção da punibilidade, concluímos que: a) adotando-se a interpretação extensiva, é possível con-

ceder o perdão judicial aos autores de crimes de perigo de trânsito, pois se caracterizam como condutas menos graves do que os crimes de homicídio e lesões culposas no trânsito, que o admitem; b) o perdão judicial pode ser concedido antes da sentença de mérito, especialmente nos crimes de menor potencial ofensivo, em virtude dos princípios da celeridade e economia processual estampados no art. 62 da Lei nº 9.099/95 e principalmente porque, se nesses crimes é possível a aplicação de pena sem processo, também deve ser possível o reconhecimento de uma causa extintiva da punibilidade.

Cabe salientar que não sustentamos e não desejamos a concessão indiscriminada do perdão judicial, mas apenas pugnamos por uma solução que evite as ações penais inúteis. ●

Notas

- (1) **JESUS, Damásio Evangelista de**. *Direito Penal*, 19ª ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 597.
- (2) **BITENCOURT, Cezar Roberto**. *Manual de Direito Penal*, 6ª ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 669.
- (3) Ob. cit., p. 598.
- (4) *Manual de Direito Penal*, 19ª ed., vol. 1, São Paulo: Atlas, 2003, p. 397.
- (5) Ob. cit., p. 670.
- (6) *Direito Penal - Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 510.
- (7) *Direito Penal - Curso Completo*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 230.
- (8) RT 661/344.
- (9) RJDTCRIM 13/83.
- (10) *Tratado de Direito Penal*, v. 1, Campinas: Book-seller, 1997, p. 215.
- (11) *Direito Penal*, 31ª ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 72.
- (12) Ob. cit., p. 397.
- (13) RJDTCRIM 22/489
- (14) “Perdão judicial: natureza da sentença concessiva. Possibilidade de sua proclamação também como motivo para arquivamento de inquérito policial”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 708, pp. 277-280, out. 1994

Jairo José Gênova

Promotor de Justiça em Marília/SP, professor de Direito Penal da Univem e mestre e doutorando em Direito Penal pela PUC/SP

INOVAÇÃO DA RBCCRIM 2004

A **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, uma publicação oficial do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** em parceria com a editora Revista dos Tribunais, contará com algumas inovações para o ano de 2004.

Além da enriquecida abordagem sobre temas relevantes no âmbito das Ciências Criminais, a **RBCCRIM 2004** também será enriquecida no aspecto visual e na periodicidade; com uma nova capa, nova diagramação e com edições bimestrais (6 volumes/ano).

O associado do **IBCCRIM** terá condições especiais na assinatura.

RENOVE JÁ SUA ASSINATURA pelo tel: 0800 702 2433 – Departamento de Vendas da RT.

*A morte não causa mais espanto
Miséria é miséria em qualquer canto
Riquezas são diferentes
Miséria é miséria em qualquer canto
Fracos doentes aflitos carentes
Riquezas são diferentes*
(*Miséria*, 1989, de Arnaldo Antunes/
Sérgio Brito/Paulo Miklos)

Ao final do ano marcado por *Carandiru*, outro filme deveria ser lembrado. Trata-se do documentário denominado *Ilha das Flores* (1989), de direção de Jorge Furtado, cujo roteiro narra fato verídico ocorrido com um criador de animais que autorizava pessoas, que se encontravam em miséria absoluta, a selecionarem sobras de alimentos após os porcos terem se alimentado. O curta-metragem igualmente faz referência à despreocupação com a possibilidade de contato com substância tóxica, já que as pessoas, tentando saciar sua fome, acabam tendo acesso a materiais dos quais não sabem a origem.

Diante da esperança dos famintos na obtenção de alimentos, da organização de determinadas instituições civis e de programas estatais, os ecos da fome ainda causam tremores de vergonha e revolta.

Causa indignação o fato de que seres humanos pobres são humilhados e reduzidos a condição inferior aos animais pela falta de amparo de seu semelhante e do Estado. A banalização da miséria torna cada dia mais desumana a atitude da sociedade, quando revela a sua preocupação com o lucro, ficando ao longe a compaixão e o devido auxílio aos carentes.

A miséria provoca no indivíduo, de um lado, o conformismo e, de outro, a revolta diante da situação humilhante.

No conformismo, as pessoas se subjugam, aceitando restos e sobras, concordando em integrar a parte mais fraca da política do pão e circo. Isso quando há pão... As migalhas passam então a ser imploradas, aceitando-se inclusive sobras de porcos. Nessa situação humilhante, caem ao solo sua auto-estima, sua dignidade, sua esperança, seu poder de crítica e análise, seu inconformismo e capacidade de ação contra o quê e quem as degrada. Pela constância das privações, há a redução dos interesses diante da resignação. O indivíduo se acomoda por "aceitar" de modo apático a forma em que sobrevive em alto nível de exclusão social. Ainda que haja o reconhecimento de suas necessidades, o carente, na maioria das vezes, não se encontra, por si só, em condições de superar as suas dificuldades.

Na revolta, o ser humano encara o mundo como um inimigo a ser enfrentado diante de suas próprias necessidades. Abandonado pela sociedade e pelo Estado, pouco resta de apoio em seu caminho para a sua superação. He-

róis existem. Mas não se pode exigir o heroísmo, mediante a superação de problemas tenebrosos, para alguém que sequer teve a chance de ser adequadamente alimentado. A inexistência de trabalho ou o oferecimento de empregos mal remunerados, precários e instáveis somente acirram ainda mais as dificuldades.

Como o meio interfere na formação do indivíduo, o que se esperar de alguém que precisa aguardar um porco se alimentar para após, em cinco minutos, catar as suas sobras? No filme, liberando-se o portão a cada dez pessoas, estas em desespero poderiam, após horas de espera ao lado da cerca de arame farpado, encontrar alguma coisa para saciar a sua fome e de sua família, alimentando-se com as sobras de suínos.

Quantas Ilhas das Flores existem no Brasil? Em quantos lixões seres humanos disputam comida com urubus?

Antígona, personagem da célebre tragédia de Sófocles, já esclarecia que "*numerosos são os demônios da natureza, mas de todos eles o mais demoníaco é o homem*".

Como se ter presente a liberdade do indivíduo diante de situações que não refletem condições para que a sua vida lhe proporcione a possibilidade de refletir e de agir baseado em sua consciência, sem as amarras da fome, da miséria e do descaso?

A motivação das decisões do ser humano deve ser baseada na consciência, não podendo ser viciada ou derivada de falta de perspectivas e sofrimentos.

A miséria desvincula a ação da consciência, já que não há liberdade diante de necessidades básicas, como, por exemplo, a alimentação. A banalização da pobreza acaba por desmotivar reações em quem poderia lutar por melhorias, assim como reduzir ainda mais a liberdade e a esperança de quem nada tem.

A liberdade só ocorre quando o indivíduo não necessita se submeter a condições vexatórias e degradantes. Sem atendimento mínimo às necessidades de sobrevivência e respeito aos Direitos Humanos, não há manifestação livre e consciente da vontade. Ela somente estará ligada à realidade da pessoa quando houver condições para uma vida digna. Não se pode considerar como livre, alguém que se humilha por um prato de comida. Sem condições de uma vida saudável, garantindo-se alimentação, saúde, moradia, saneamento básico, educação, transporte, trabalho e lazer, não se há de ter alguém como livre, pois num aspecto ou outro sempre haverá parcial ou integral limitação, a redundar na aceitação de situações inadequadas e impróprias à sua existência.

Não se pode desvincular a liberdade dos demais Direitos do Homem, já que aquela decorre do respeito aos demais direitos. A ex-

pressão consciente da vontade só pode ser concreta quando o Homem tem, de fato, capacidade de analisar racionalmente, sem qualquer tipo de coação ou necessidade de submissão para sua sobrevivência.

Somos livres? Qual é o limite de sua liberdade? Qual é o limite da liberdade dos catadores de restos de comida nos lixões?

Se para alguns são os gritos da consciência que impulsionam os atos, para outros são os roncões do estômago. Crianças e famílias inteiras tentam fugir da morte através das sobras até mesmo de suínos.

A Conferência de Viena sobre os Direitos Humanos (1993) concluiu pela necessidade de se eliminar a pobreza e a miséria, e de se garantir a liberdade política e os direitos civis.

O Direito Penal possui uma chave que abre a porta que dá acesso ao respeito a quem não foi dignamente tratado e que se vê às raias do desespero. O reconhecimento do furto famélico e do princípio da insignificância é um caminho, embora, lastimadamente, nem sempre seguido, o qual representa, a evolução da sociedade por meio do Estado-Juiz, que se não se alivia, ao menos não se eleva o desrespeito gerado pelo Estado que nada fez para ceifar o sofrimento. Tal resposta é o mínimo que se pode fazer diante da grande dívida social provocada pelo descaso pelo sofrimento alheio.

Entre acusados por prática de furto de alicate de unha, de botijão de gás, de couve, de calça usada e de sobras de comidas (casos apreciados neste ano), e diante de pedidos de condenação por parte da acusação, cujos argumentos servem de fundamentação para condenações, é de se questionar como ainda se vê tantas denúncias e processos quando a *res furtiva* é de valor insignificante, ou ainda se trata de alimento.

Aqueles que assim agem em defesa da ordem pública e que consideram absurda a absolvição de indivíduos que furtam objetos de pequeno valor, ao argumento de que praticaram crimes e que a absolvição geraria impunidade, incentivando a reincidência, agredem ainda mais o indivíduo, que, sem perspectiva, acabou por ser impelido a tal prática.

Parecem tão claros e tão incutidos tais princípios na sociedade, pois são naturalmente repudiados por todos em ocasiões em que alguns casos são acompanhados pela mídia. Mas, nas folhas dos autos, a figura muda de foco. Do discurso à prática há uma distância considerável. Nesta semana, fiz alegações finais em defesa de um jovem acusado por prática de furto de sobras do jantar da vítima, que estavam em panelas deixadas no fogão da residência. A acusação requereu a condenação do acusado...

Normalmente nós nos chocamos quando vemos casos semelhantes em documentários ou matérias jornalísticas, principalmente por

meio de vinculações na televisão, meio este que explora o maior número possível de nossos sentidos. Diante da tela nos afligimos, nos revoltamos. Somos radicais e nos tornamos aptos a enfrentar qualquer luta em defesa das crianças que catam lixo no Estado vizinho, arrecadamos renda às famílias que choram no “Jornal Nacional”, nos indignamos e defendemos o injustamente preso, que foi focado pelas lentes televisivas.

Mas os meninos de rua no sinal de nossa cidade, os pedintes, os acusados dos processos que passam aos nossos olhos são diferentes daqueles que são filmados pela TV? Se sim, necessitamos com urgência alterar o artigo da Constituição Federal, que trata todos como iguais. Se a resposta for negativa, por que então a compaixão e a coragem de lutar somente por aqueles que a mídia foca?

Diante do caos da violência, a sociedade limita-se a tomar providências para garantir a defesa pessoal com suposta proteção de cada qual ou de seus núcleos familiares, não havendo adequada distribuição de renda, gerando por conseguinte acirramento dos problemas sociais, como o aumento da pobreza e a banalização da miséria.

Na ganância por aumento do patrimônio, o lucro supera o interesse pelo bem-estar alheio.

O homem age em relação ao binômio sociedade-violência como os indianos em seu método para capturar macacos, citado na história de Arthur Morgan, referido por **Leo Huberman**, na obra *História da Riqueza do Homem*, Editora Guanabara, p. 303: “Segundo a história, tomam de um coco e abrem-lhe um buraco, do tamanho necessário para que nele o macaco enfiar a mão vazia. Colocam dentro torrões de açúcar e prendem o coco a uma árvore. O macaco mete a mão no coco e agarra os torrões, tentando puxá-los em seguida. Mas o buraco não é bastante grande para que nele passe a mão fechada, e o macaco, levado pela ambição e gula, prefere ficar preso a soltar o açúcar”.

A realidade é que se prefere viver em condomínios fechados e residências com muros cada dia mais altos, com mais grades e sistemas de segurança falíveis, a cooperar com pessoas que também se assustam com seu caminho cada vez mais duro e desumano. Entre retirar os espinhos do caminho dos descalços, a sociedade escolhe ser como os macacos, preferindo ficar “presa” em suas propriedades, garantindo em suas mãos os torrões de açúcar. ☹

Jaqueline Linhares Granemann
Defensora Pública do Estado
de Mato Grosso do Sul

LEGISLAÇÃO

(O texto integral encontra-se em nosso site www.ibccrim.org.br/legislacao)

Mudanças na LEP e no CPP

Foi publicada no dia 1º de dezembro p.p. a Lei Federal nº 10.792, que trouxe importantes modificações na estruturas da execução da pena e do processo penal.

Por um lado, “legalizou-se” o “regime disciplinar diferenciado” e eliminou-se o exame criminológico como requisito para a progressão de regime de cumprimento de pena.

Por outro lado, houve nova regulamentação do interrogatório do acusado.

Condição Análoga à de Escravo

A Lei Federal nº 10.803, publicada no DOU de 12 de dezembro p.p., trouxe nova redação ao art. 149 do Código Penal, tipificando a conduta de redução a condição análoga à de escravo, estabelecendo figuras análogas e criando causa de aumento de pena se o crime é cometido contra criança ou adolescente ou por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Violência contra a Mulher

A Lei Federal nº 10.778, publicada no DOU de 25.11.03, estabelece a notificação compulsória de casos de violência contra a mulher atendida em serviços de saúde públicos ou privados.

Alterações no ECA

A Lei Federal nº 10.764, publicada no DOU de 13.11.03, proíbe a identificação de crianças ou adolescentes em notícias, inclusive de suas iniciais. Além disso, dispõe sobre crime de pornografia envolvendo menores.

Aumentam penas para corrupção

A Lei Federal nº 10.763 (DOU 13.11.2003) condiciona a progressão de regime à reparação do dano ou à devolução do produto do ilícito praticado, nos crimes contra a Administração Pública. Além disso, aumenta as penas para corrupção ativa e passiva.

Entidades que assinam o Boletim:

— AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Estado do Amazonas

— CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

— DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE
- Associação dos Magistrados do Distrito Federal
- Associação do Ministério Público do Distrito Federal

— ESPÍRITO SANTO

- Ministério Público do Estado do Espírito Santo

— GOIÁS

- Associação Goiana do Ministério Público
- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - (Asmeço)

— MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
- Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

— MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Praetorium - Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda.
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDPF/MG

— PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

— PARANÁ

- Ministério Público do Estado do Paraná

— RIO DE JANEIRO

- Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ

— RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

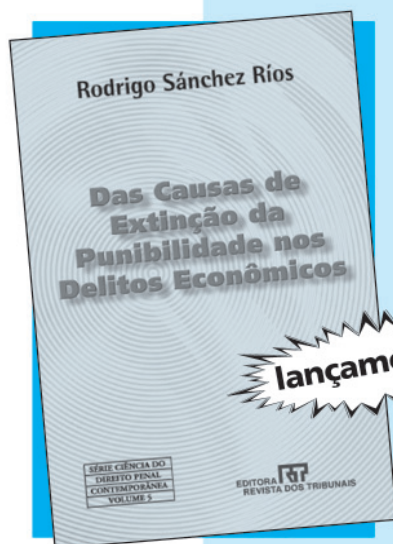
— SANTA CATARINA

- Associação Catarinense do Ministério Público

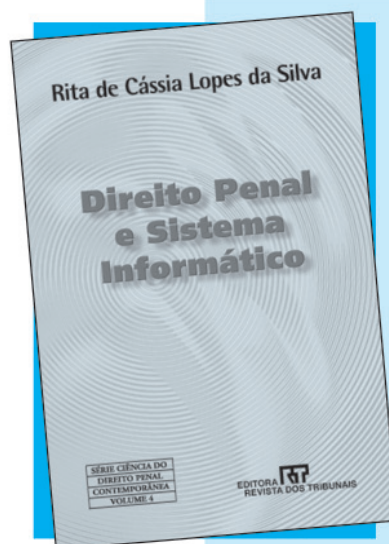
— SÃO PAULO

- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Curso Anglo Triumphus - Sorocaba
- Curso C.P.C.
- Ordem dos Advogados do Brasil
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

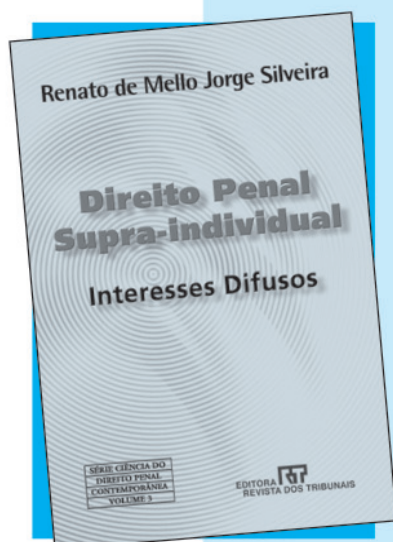
Série Ciência do Direito Penal Contemporânea



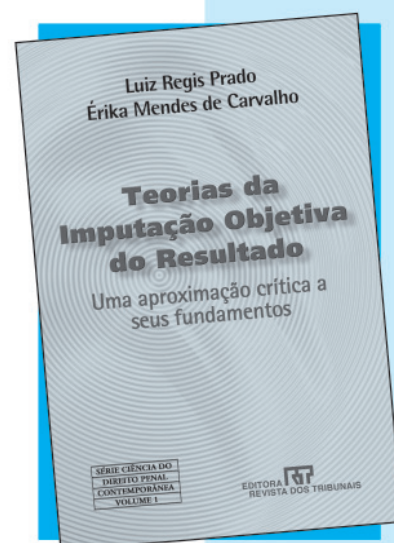
cód. 002489
222 páginas
brochura



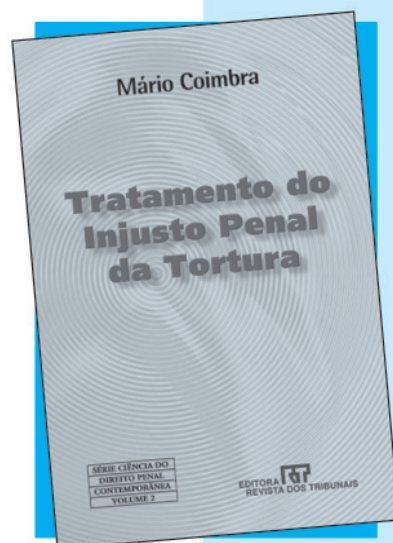
cód. 002412
142 páginas
brochura



cód. 002370
240 páginas
brochura



cód. 002298
174 páginas
brochura



cód. 002300
252 páginas
brochura

livraria
RT

www.livrariart.com.br

**Adquira estas e
outras obras na
Livraria RT Virtual**

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br