

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



IBCCRIM

EDITORIAL

A INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES

Em janeiro de 2002, nosso **Boletim IBCCRIM** nº 110 publicou um editorial com o título “*A Inamovibilidade e o Juiz Natural*”. Naquela oportunidade, falávamos da existência de cargos de juízes de direito auxiliares em São Paulo e em outros Estados brasileiros, cujos ocupantes eram precariamente designados para o exercício das atividades jurisdicionais em algumas Varas, delas porém podendo ser retirados por atos singelos, opacos e até imotivados das Presidências dos Tribunais de Justiça. Dizíamos também de nossa preocupação institucional com a existência e com o alastramento de certos *departamentos jurisdicionais* em São Paulo, cujos juízes também são designados ou afastados com a mesma informalidade e falta de transparência, com clara afronta aos mandamentos constitucionais da *inamovibilidade* e do *juiz natural* (CF/88, arts. 93, VIII e 95, II). Já então o **IBCCRIM** frisava que o problema não era do acerto ou do desacerto dessas designações, mas sim da própria fórmula que se alastrava perigosamente sob pretextos precários, esboçando substituir claríssimas garantias constitucionais por votos pessoais de confiança, em franco prejuízo político para todos os jurisdicionados.

Infelizmente, em setembro de 2003 mais um novo episódio veio frisar a gravidade dessa equivocada fórmula. Na 1ª Vara do Tribunal do Júri da Capital de São Paulo, noticia-se que um juiz de direito auxiliar foi sumariamente afastado para uma outra Vara da cidade, e tudo no exato instante em que julgava em dado inquérito policial de interesse de certo parlamentar. Noticia-se, igualmente, que esse afastamento teria sido providenciado por intervenções de partes no processo e de outras autoridades políticas, e tudo de forma que aquele feito, em específico, passasse, como de fato passou, às mãos de outro magistrado. Trata-se de notícias certamente graves e inquietantes, fundamentando preocupações que extrapolam o âmbito restrito de um simples caso judiciário.

De fato, e independentemente do mérito dessas notícias — cujo debate tem seu foro adequado —, o certo é que o **IBCCRIM** acredita que esse episódio novamente acentua, ao lado de tantos outros que se repetem pelo País, a estrita necessidade de imediata observância, pela magistratura brasileira, daqueles postulados constitucionais por si próprios carregados de suficiente clareza. Não se trata apenas de fixar um juiz em sua comarca — como insustentavelmente apontam alguns —, posto que a *inamovibilidade* e o *juiz natural* são mandamentos que existem não em favor dos juízes, mas sim única e exclusivamente como garantia dos próprios jurisdicionados. Logo, traduzem regras que asseguram a real

independência do juiz *dentro do processo*, e não a mera *situação* do juiz em dado espaço geográfico, eis que é preciso assegurá-lo em face de intromissões e pressões inconfessáveis de outros grupos ou segmentos do poder.

Quando a sociedade brasileira dispõe-se a redefinir as estruturas constitucionais do Judiciário, o momento não é apenas de reflexões e reclamos corporativos, mas também, e sobretudo, de exemplos e de bons exemplos. Já foi dito que a real independência judicial, mais que uma simples regra guardada nos livros e empoeirada nas prateleiras, constitui primeiramente uma *qualidade da vida* do próprio juiz e algo que verdadeiramente o vocaciona para o exercício da função que o povo lhe confiou.

No instante em que os próprios tribunais admitem afastamentos sumários de juízes, ou criam departamentos e mais departamentos jurisdicionais supridos por juízes de sua confiança ocasional, ou ainda não colocam Varas em concurso interno de promoção por anos a fio, são eles que primeiramente estão denunciando a necessidade de um debate pluralista, democrático, regrado e transparente de sua atividade administrativa. Essas práticas certamente enriquecem a sadia convicção de que não seria esse debate, a partir de instituições arejadas, que retiraria do Judiciário sua independência. Quem realmente pode fazê-lo — quem infelizmente o faz — são os próprios juízes quando promovem ou simplesmente calam-se diante de normas e episódios *interna corporis* que infringem estritos postulados constitucionais, cuja lucidez é eloqüente por si própria, e ainda que o façam a pretexto dessa ou daquela circunstância.

Depara-se a sociedade brasileira, nesse instante histórico das reformas estruturais do Poder Judiciário, com a inadiável necessidade de comprometê-lo como sentinela diuturna do Estado Democrático de Direito, aproximando-o da conflituosa realidade social contemporânea e predispondo-o, em última análise, para atuar em serviço de seu povo. Necessário, portanto, vencer preconceitos e derrubar estruturas envelhecidas e já pretéritas, forjadas nas mais escuras noites da história brasileira, quando ameaças substituíam os argumentos, quando o silêncio vencia a crítica e quando o mando simplesmente calava o diálogo. É imprescindível que se exija, de vez por todas, inequívoco respeito aos princípios que asseguram e garantem a jurisdição. Necessário que o Judiciário aproxime-se substancialmente da sociedade brasileira, não podendo mais substituir com uma distância pretensamente casta, seu dever inadiável de assegurar e praticar a autêntica independência dos juízes. ●

Editorial

Índice

EDITORIAL: A INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES	1
REMIÇÃO: CÔMPUTO DO TEMPO REMIDO E ÂMBITO DE INCIDÊNCIA João José Leal	2
A ESPERANÇA VISLUMBRADA: O JUDICIÁRIO ANUNCIA O ENCONTRO DA SOCIEDADE BRASILEIRA CONSIGO MESMA Maria Aparecida de Aquino	4
AS PRISÕES POLÍTICAS NO PONTAL DO PARANAPANEMA Juvélino Strozake e Patrick Mariano Gomes	6
MOROSIDADE DA JUSTIÇA E NOVOS RECURSOS (DOIS DELES JÁ UTILIZADOS NA JUSTIÇA PENAL) José Barcelos de Souza	8
OS LIMITES DA COISA JULGADA NA EXECUÇÃO PENAL Élcio Pinheiro de Castro	10
DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. IMPOSIÇÃO DE CESTAS BÁSICAS. SUSPENSÃO DO PROCESSO Massimo Palazzolo	13
COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - AINDA UMA LONGA TRAJETÓRIA Juliana Cardoso Benedetti	14
LEGISLAÇÃO: LEI Nº 10.732/2003	15
Caderno de Jurisprudência	
O DIREITO POR QUEM O FAZ: CRIME AMBIENTAL. PESCA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA Vico Mañas	737
O DIREITO POR QUEM O FAZ: CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NOVO REFIS (LEI Nº 10.684/03). ELIMINAÇÃO DA EXIGÊNCIA DO INGRESSO NO PROGRAMA ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA Napoleão Nunes Maia Filho	738
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	740
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	741
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	742
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	743
TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL	744

Embora sua origem não seja das mais admiráveis (a remição surgiu em 1937, por meio de decreto do governo franquista, para ser aplicada aos prisioneiros vencidos da Guerra Civil espanhola), a verdade é que este instituto pode ser considerado como uma das mais importantes conquistas, em termos de abrandamento do atual processo de execução da pena privativa de liberdade. Em nosso País, a remição, ao ser incorporada pela Lei de

Execução Penal - LEP, tem-se constituído num importante instrumento de desprisonalização, pois reduz o tempo de encarceramento de muitos dos condenados da Justiça Criminal brasileira. E o importante é que se aplica a todos os casos de execução da pena reclusiva, seja primário ou

reincidente o condenado, seja fechado ou semi-aberto o regime de execução. Aplica-se, também, aos condenados por crimes hediondos, que cumprem suas penas de conformidade com a regras impostas por esse *subsistema punitivo de maior severidade e marginal do Código Penal*.

Com a adoção do instituto da remição, a pena privativa de liberdade tornou-se ainda mais indeterminada quanto ao seu mínimo, pois a cada três dias de trabalho prisional o tempo de permanência do condenado na prisão estará continuamente diminuindo.

A partir de sua vigência, a LEP trouxe consigo algumas dificuldades de interpretação, fato compreensível, se considerarmos que passamos a conviver com uma medida verdadeiramente inovadora no processo de execução penal brasileiro. Pretendemos abordar duas dessas questões polêmicas, que após quase 20 anos parecem se encaminhar para um entendimento pacificado: critério para aplicação da *contagem do tempo remido* e o *âmbito de incidência* do inovador instituto. Não examinaremos aqui a importante questão do direito subjetivo à remição, do preso nos regimes fechado ou semi-aberto, que não tenha exercido trabalho prisional por falta de condições do estabelecimento penal.

Contagem do Tempo Remido

A remição está positivada no art 126 da LEP, nos seguintes termos: “O condenado que cumpre pena em regime fechado ou semi-

aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena”. O § 1º pretende orientar o intérprete, estabelecendo que “a contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de um dia de pena por três de trabalho”.

Apesar da objetividade de sua redação (ou talvez por isso), o texto do parágrafo não evitou que surgissem duas correntes interpretativas. A primeira entende que o tempo remido deve ser somado ao tempo de pena já cumprida; a segunda, diferentemente, preconiza que o mesmo deve ser abatido do total da pena imposta na sentença.

A questão é relevante porque, adotada a primeira corrente interpretativa, o tempo de cumprimento da pena para fins de obtenção da progressão

de regime, de livramento etc., será menor. Afinal, é a liberdade individual de locomoção que está em jogo. Exemplo: o condenado a 6 anos de reclusão, poderá requerer a progressão no regime prisional no momento em que tenha cumprido 10 meses de sua pena e tenha 60 dias de remição. Com base na segunda hipótese interpretativa, o condenado teria de cumprir praticamente 11 meses de pena para obter o mesmo benefício. Isto vale também para o caso de concessão do livramento, indulto ou comutação.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, de forma hoje predominante, entendem que o tempo de remição deve ser considerado como de efetivo tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado ou semi-aberto. Isto significa que, se o condenado cumpre 1 ano de reclusão e obtém mais três meses de remição, passa a contar com 1 ano e três meses de pena efetivamente cumprida. E esse tempo deve ser computado para todos os efeitos legais.

Na doutrina, **Mirabete** leciona que a “remição é um instituto em que, pelo trabalho, se dá como **cumprida** parte da pena. Pelo desempenho da atividade laborativa o preso **resgata** uma parte da sanção, diminuindo o tempo de sua duração” (*Execução Penal*, São Paulo: Atlas, 1987, p. 320). O mesmo entendimento têm **Pinto da Silva** e **Paganella Boschi** em seus *Comentários à Lei de Execução Penal* (Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 127), quando afirmam que, pela remição, o condenado tem

o direito de resgatar parte da pena que lhe foi imposta. Também comunga do mesmo entendimento **Delmanto** que afirma: a remição deve ser “*computada como pena efetivamente cumprida, para todos os efeitos legais*” (*Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 80).

Nos tribunais, são isoladas as decisões que mandam descontar, do total da pena aplicada, o tempo de remição. A jurisprudência predominante, que agora parece consolidarse, entende na mesma direção da hermenêutica doutrinária: “A remição é matéria de execução da pena, **somando-se o tempo à pena cumprida**” (TJRS, RJTJRS 195/64). “Da mesma forma que a detração, o tempo remido deve ser computado como de pena privativa de liberdade efetivamente cumprido, **para todos os efeitos legais**” (TARS, RT 709/375).

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, principalmente na 1ª Câmara Criminal, as decisões sobre a matéria respaldam a tese de que o tempo de remição deve ser acrescentado ao período de pena cumprido e não abatido do total da pena aplicada: “**Remição – Lapso que se soma ao tempo de pena já cumprido. A remição é um instituto criado para oferecer aos apenados um estímulo à sua ressocialização. Através dela, incentiva-se-lhes a trabalhar, de modo que a cada três dias de labor, conta-se como já cumprido um dia de pena**” (RA nº 00.001606-3, da Capital, j. 05.09.2000, rel. des. **Jorge Mussi**). No mesmo sentido, firmaram-se as decisões proferidas nos Agravos de Instrumento nº 349, de Chapecó, j. 14.03.1995 e nº 00.001614-4, de Lajes, rel. des. **Jorge Mussi**.

No STJ, o entendimento acima está hoje consolidado: “A remição pelos dias trabalhados, consoante dispõe o art. 126 da LEP, **deve ser considerado como de pena efetivamente cumprida**” (REsp. nº 303.466/RS, DJU 25.11.2002, p. 255, 5ª Turma). “A remição pelo trabalho, (...) deve ser compreendida na mesma linha conceitual da detração, computando-se o **tempo remido como de efetiva execução da pena restritiva da liberdade**” (REsp. nº 188.219/RS, DJU 27.08.2001, p. 147, 6ª Turma).

Esse entendimento se deve, entre outras razões ao fato de que o legislador utilizou o termo *remição* e não *remissão*. Este último, sim, tem a acepção de perdoar, livrar, libertar ou liberar de uma obrigação, o que significaria que, com o trabalho, o condenado receberia o perdão do Estado de parte da pena. Assim, com a remissão o total da pena aplicada seria reduzido de um dia a cada três dias de trabalho. Mas o preso permaneceria mais tempo no cumprimento de sua pena, antes de progredir no regime ou de obter o livramento condicional.

Como o dispositivo legal em exame utilizou o termo *remição*, não pode haver dúvida: o tempo remido deve ser acrescido ao tempo de efetivo cumprimento da pena. Recorrendo à semântica, que pode ser considerada como matriz elementar da boa hermenêutica jurídica, verificamos que o verbo *remir* possui a acepção de *resgatar, ressarcir, pagar, indenizar, recuperar, adquirir de novo, livrar-se de, libertar-se de*. Ou seja, com a remição o condenado *paga, resgata, livra-se ou liberta-se*, de parte de sua pena.

Portanto, ao trabalhar durante o cumprimento

da pena em regime fechado ou semi-aberto, o condenado está pagando ou se libertando de sua reprimenda e não sendo perdoado de parte dela. Creemos que este é o sentido mais adequado e justo do direito contido na referida norma de execução penal.

Âmbito de Incidência do Instituto da Remição

Quanto à incidência do instituto, o art. 128 da LEP estabelece que o *“tempo remido será computado para o fim de concessão do livramento condicional e indulto”*. O dispositivo é claro, mas insuficiente, pois omitiu-se quanto à progressão de regime prisional e à comutação. No entanto, o dispositivo não deve ser interpretado de forma restritiva, como se as hipóteses ali referidas fossem absolutamente exaustivas.

A doutrina converge para afirmar que o tempo de remição deve ser também computado para o fim de concessão da progressão de regime prisional, desde que o condenado satisfaça os demais requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Nessa caso específico, não há

divergência entre os doutrinadores (MIRABETE, J. F., ob. cit., p. 328; PINTO DA SILVA, Odir e BOSCHI, José Antônio Paganella, ob. cit., p. 130).

No tocante ao cômputo do tempo remido para fins de se conceder a comutação da pena, os comentaristas da LEP não são expressos. Porém, implicitamente admitem essa possibilidade, quando afirmam que a remição deve ser considerada *“para todos os efeitos legais”* (Pinto da Silva/Boschi, idem).

A jurisprudência sobre o âmbito de aplicação do instituto da remição, é escassa. No

STJ, a 6ª Turma decidiu que o tempo de remição deve ser computado para a eventual concessão do livramento condicional, do indulto e *também da progressão de regime prisional* (REsp. nº 62.462/RS, DJU 17.06.96, p. 21.526). Na pesquisa realizada, nenhuma decisão foi encontrada sobre o cômputo dos dias remidos para o fim de concessão do benefício da comutação de pena.

A nosso ver, não pode haver qualquer dúvida. O tempo de remição conta para todos os efeitos legais: livramento, indulto, progressão de regime. E se conta para conceder o maior e mais relevante, é lógico que conta também para o menor que é a comutação. Na verdade, o período de remição, ao ser computado para a progressão de regime por força de decisão judicial irreversível, incorpora-se ao tempo de pena efetivamente cumprido e, em consequência, deve ser também considerado para o fim especial de concessão da comutação. ◉

João José Leal

Promotor de Justiça aposentado e professor de Direito Penal

João José Leal



IBCCRIM

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM - (FUNDADO EM 14.10.92)

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 Ivahi 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:

CONVÊNIO: Mariângela Lopes Neistern

ESTUDOS E DEBATES: Mariângela

Gama de Magalhães Gomes

HISTÓRIA: Tadeu Antonio Dix Silva

MONOGRAFIAS: Carmen Sílvia de

Moraes Barros

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Theodomiro Dias Neto

RBCCRIM

A *Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM*, é publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em parceria com a Editora Revista dos Tribunais. Atualmente é coordenada pelo dr. **Theodomiro Dias Neto** e pelas coordenadoras adjuntas, dras. **Juliana Garcia Belloque** e **Paula Bajer Fernandes Martins Costa**.

A **RBCCRIM**, possui seções de Doutrina Internacional, Doutrina Nacional, Direito Penal Especial, Criminologia, Polícia e Direito, Sociologia Jurídica, Pareceres e Trabalhos Forenses, História do Direito, Jurisprudência (Comentada, Recente, Ementário, Organizada e Classificada), Legislação e Resenhas, sendo a revista mais atualizada do País no âmbito das Ciências Criminais.

O associado do **IBCCRIM** tem condições especiais para assinatura. Confira no *site*: www.ibccrim.org.br

A ESPERANÇA VISLUMBRADA: O JUDICIÁRIO ANUNCIA O ENCONTRO DA SOCIEDADE BRASILEIRA CONSIGO MESMA

Maria Aparecida de Aquino

Maria Aparecida de Aquino

A ESPERANÇA VISLUMBRADA: O JUDICIÁRIO ANUNCIA O ENCONTRO DA SOCIEDADE BRASILEIRA...

A corajosa decisão da juíza **Solange Salgado**, condenando a União Federal em processo autuado em 19/02/1982, tendo como autores 22 famílias que tiveram seus entes queridos desaparecidos e mortos na Guerrilha do Araguaia, encerrada há 28 anos, oferece um alento para um Brasil tão, justamente, desesperançado nos últimos tempos.

Inicialmente, é imprescindível que passemos ao esclarecimento histórico dos fatos e da conjuntura em que foram vivenciados.

Entre 1966 e 1975, desenvolveu-se na região denominada de Bico do Papagaio, ao redor do Rio Araguaia, entre os atuais limites de Maranhão, Pará e Tocantins, a única tentativa de uma vivência efetiva de experiência de guerrilha rural que, pela região selecionada, acabou conhecida como Guerrilha do Araguaia. A agremiação política mentora do evento era o clandestino Partido Comunista do Brasil (PCdoB), uma dissidência, concretizada em 1962, do Partido Comunista Brasileiro (PCB).

Todas as agremiações clandestinas, que postularam pela luta armada para derrubar o regime militar (o PCB pregava a resistência pacífica), tinham em comum o fato de que seu projeto para o futuro do Brasil era o Socialismo e, para alcançá-lo, invariavelmente, a estratégia era a da constituição de uma guerrilha rural que sublevaria a população do campo, formando o exército revolucionário que, na direção das cidades, chegaria à tomada do poder e derrubada do regime militar, implantando a Revolução Socialista. As bases nas quais se assentavam essas estratégias eram as experiências da Revolução Chinesa e da Revolução Cubana.

O PCdoB, imbuído da experiência da Revolução Chinesa, para alcançar seus ideais postulava a “guerra popular prolongada” que envolvia a penetração dos militantes na região escolhida para a guerrilha, ficando o tempo que fosse necessário em contato constante com a população, partilhando de suas necessidades, de suas profissões, de suas condições de vida, num primeiro momento em que os ideais políticos não eram discutidos. Uma vez estando completamente integrados na vida da população local, poderiam, numa segunda etapa, “politizar” o contato e passar à discussão de seus ideais e da organização da luta propriamente dita.

A partir de 1966 seus militantes começaram a se instalar na região do Bico do Papagaio, próxima ao Rio Araguaia. Encontravam-se ainda na primeira fase de seus objetivos na região quando, a partir de 1971, o governo brasileiro toma conhecimento da existência da guerrilha, algo, até então, mesmo entre outros militantes do partido, pouco divulgado em seus detalhes. Entre abril de 1972 e março de 1974, três missões foram enviadas pelas Forças Armadas para que, finalmente, a guerrilha fosse exterminada. Numa operação “limpeza”, o Exército brasileiro, em janeiro de 1975, escondeu todas as provas do acontecimento, de tal modo, que, com raras exceções, não foram, até o momento, localizados

os corpos dos guerrilheiros assassinados.

A demora na eliminação do grupo guerrilheiro, apesar da enorme superioridade numérica e armamentista do Exército, relaciona-se com o fato de que os comandos enviados, ao contrário dos guerrilheiros que estavam há anos na região, não conheciam o local, escolhido, entre outros motivos, pelo fato de que é região de difícil acesso para os que vêm de fora. Somente na terceira investida, um pequeno grupo se infiltrou entre a população — há relatos de maus-tratos, torturas e mortes de moradores — para dela extrair a localização dos guerrilheiros que, aos poucos, foram exterminados. Existem depoimentos apontando para o fato de que muitos guerrilheiros foram presos com vida e depois desapareceram. O PCdoB contabiliza o desaparecimento de 61 guerrilheiros.

Em 1982, 22 familiares desses desaparecidos entraram com um processo contra a União Federal para pedir, simplesmente, a indicação dos locais de sepultamento para que possam ser lavrados os atestados de óbito, efetuando a retirada dos restos de seus familiares, dando a eles, finalmente, um sepultamento digno. Para isso, faz-se necessário a ruptura do sigilo das informações militares relativas às operações realizadas no combate à Guerrilha do Araguaia.

Depois de muitas marchas e contramarchas, apelações e contra-apelações no transcorrer do processo, a juíza federal **Solange Salgado**, titular da 1ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal (SJDF), em sentença elaborada em 20 de junho de 2003, condena a ré, a União Federal, a: quebra do sigilo documental mantido; informar, no prazo de 120 dias, à SJDF os locais onde se encontram sepultados os restos mortais dos familiares dos autores do processo para promover ao traslado e sepultamento nos locais indicados pelos mesmos e fornecer as informações necessárias para a lavratura das certidões de óbito; oferecer à SJDF as informações sobre os enfrentamentos, captura, detenção com vida, recolhimento dos corpos, procedimentos de identificação, averiguações realizadas por peritos, destino dos mortos e outros detalhamentos sobre transferência de civis vivos ou mortos para quaisquer áreas. Além disso, condena-se a União Federal a, no prazo de 60 dias, proceder a uma rigorosa investigação no âmbito das Forças Armadas, para constituir um quadro detalhado das operações realizadas, devendo intimar a prestar depoimento todos os agentes militares ainda vivos que tenham participado de quaisquer das operações, independentemente do cargo que ocupavam. Caso isso não ocorra, após 120 dias, fica a União Federal condenada a pagar multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Para um País com o histórico de impunidade dos crimes dos poderes públicos e dos criminosos de colarinho branco, essa sentença é extraordinária. À nossa tradição de impunidade Estatal se reúne uma característica es-

pecífica que fez parte do encerramento do período de autoritarismo explícito do regime militar. Outros países — exemplo notório é o da Argentina que iniciou sua “transição democrática”, no início da década de 80, com o julgamento público dos crimes cometidos pelos militares no poder, o que foi posteriormente revisto e, agora, felizmente, retomado — tiveram trajetória de “ajuste de contas”, com os crimes realizados em nome da “segurança nacional”. No Brasil, isso não ocorreu.

Houve resistência da chamada sociedade civil organizada em todos os momentos do regime militar, em maior ou menor grau, dependendo do potencial repressivo desse mesmo regime. Entretanto — e infelizmente esta é outra das características de nossa história narrada —, o Estado pós-64, a partir da posse do presidente **Ernesto Geisel**, em 1974, passa a tomar para si o controle da agenda de “transição” para a democracia.

Passamos pela fase da “distensão” (1974-1979), da “abertura política” (1979-1985), da passagem do poder para um governo civil (1985-1990), obviamente, por intermédio de eleições indiretas. Fim do esse longuíssimo processo — o mais longo dentre as nações vitimadas por regimes militares na América —, a sociedade brasileira pôde, finalmente, escolher seu próprio presidente por via direta.

A sensação que fica, neste aparente controle rígido da agenda, é que foram feitas “concessões” a uma sociedade inerte que as “recebeu”. Isto, felizmente, não corresponde aos fatos transcorridos. Inúmeros movimentos foram interpostos entre governo e sua agenda planejada: movimento estudantil a partir de 1977, movimento do funcionalismo público a partir de 1978, movimento operário a partir de 1978, luta pela “anistia ampla, geral e irrestrita” entre 1978 e 1979, luta contra a carestia em 1979, movimento pelas “diretas já” para presidente em 1984. Evidentemente a agenda governamental foi modificada e apressada mediante a força do vigoroso movimento social desse período.

Entretanto, em meio a batalhas perdidas na quebra de braço entre o governo e os movimentos sociais, surgiram problemas relevantes. Destacamos especialmente dois: os arranjos em torno da anistia e os acordos na eleição indireta do primeiro presidente civil pós-64. A anistia que se desejava “ampla, geral e irrestrita” acabou tendo sua amplitude medida pelo fato de se tornar de “mão dupla”: anistiou — entre 1964 e 1979 — torturados e torturadores, impedindo, na prática que elementos ligados ao imenso aparato de segurança e informações do regime fossem para o banco de réus para responder por seus crimes de tortura, morte e desaparecimento de cidadãos brasileiros, completamente à revelia da lei, mesmo a do regime autoritário. Quando, em abril de 1984, ocorre, no Congresso Nacional, a derrota da Emenda Dante de Oliveira que promoveria eleições diretas para presidente da República no processo sucessório do general

➔ **João Baptista de Oliveira Figueiredo**, imediatamente têm início as articulações que levariam à eleição indireta (por Colégio Eleitoral) de **Tancredo Neves** e seu vice **José Sarney**. Nos dois processos, entrou em cena um artifício que, até hoje, se mantém intocado: o acordo das elites com os centros de poder ou futuro poder para impedir avanços sociais que caminhem na direção dos desejos da maioria da população e, conseqüentemente, da melhoria de suas precaríssimas condições de vida.

A palavra de ordem era: vamos “pacificar” a sociedade brasileira, evitando o “revanchismo”, o que implicou, na prática, na não condenação dos militares por seus crimes cometidos em nome da manutenção da “segurança nacional”, mutilando, matando, destruindo psicologicamente uma geração. Esta, imbuída de ideais pelos quais se fez uso da violência condenável — em todos os casos penalizada criminalmente antes do advento da anistia —, inevitavelmente, partia de um sentimento geral de luta pela melhoria das condições de vida da sofrida maioria da população brasileira. O acordo das vorazes, selvagens, dotadas de visão estreita, elites nacionais com o poder constituído ou a se constituir, levou ao que analistas chamaram de “acordo de todos com todos” (bem entendido, excluídas as camadas populares), “transição transada” que impediu, na prática, o encontro do Estado autoritário pós-64 com a história.

É necessário lembrar, conhecer o passado em suas múltiplas dimensões, para que se forme uma sociedade que tenha um significativo conhecimento de si mesma. Memória e esquecimento (o que se precisa lembrar e o que se deve esquecer) são fatores prioritários na construção de uma sociedade mais justa e menos autoritária em suas relações sociais. É muito importante para a sociedade brasileira formar uma memória negativa do regime militar — todo autoritarismo é negativo — para que possa consolidar a democracia como um valor a ser defendido acima de todas as coisas pelos seus cidadãos. Para isso é inevitável que as mazelas do período (1964-1985) venham à tona em toda a sua cruza.

Os autores do processo, familiares dos militantes assassinados — dos que permaneceram até o final não restou sequer um para contar a história —, são singelos em seus desejos: querem apenas enterrar seus mortos.

A sentença da juíza **Solange Salgado** é uma peça judiciária lapidar. Não deixa margem a dúvidas no que tange à responsabilidade do Estado quanto ao crime cometido e, muito menos, em relação às provas documentais existentes sobre a referida criminalidade. Para os que não compreendem a necessidade de esclarecimento passados tantos anos observa:

“O crime de desaparecimento forçado só tem fim quando é revelado o destino ou o paradeiro da pessoa desaparecida e são esclarecidos os fatos. É o que estabelece o art. 17 da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçado ou Involuntário, de 1992 (Assembleia Geral da ONU) e o art. 3º da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994” (Sentença, p. 21).

A sentença culpabiliza claramente a União Federal, invalidando as justificativas comuns na direção de “estávamos em guerra, portanto, ‘excessos’ eram permitidos”. Valendo-se da III Convenção de Genebra de 12 de setembro de 1949, da qual o Brasil é signatário, afirma:

“Em nenhum momento está a parte vitoriosa

autorizada a executar sumariamente os inimigos capturados. Ao contrário, todo o documento destina-se a proclamar o direito que os prisioneiros de guerra [a Convenção referida que diz respeito aos prisioneiros de guerra] têm de serem tratados com humanidade, proibindo e considerando como infração grave à Convenção todo ato ou omissão ilícita pela parte vitoriosa que tenha como conseqüência a morte, ou ponha em grave perigo a saúde de um prisioneiro de guerra em seu poder” (Sentença, p. 39).

Um avanço inegável nas relações sociais autoritárias e um símbolo do papel, que o Judiciário deve exercer na defesa do cumprimento pelo Estado dos direitos da população, se encontra na exigência de se intimarem militares envolvidos com os terríveis acontecimentos do período para que deponham e, com seus conhecimentos, prestem os esclarecimentos necessários para dirimir o sofrimento das famílias já tão penalizadas.

Uma vez publicada a sentença, o Exército brasileiro agiu de forma costumeira: nega a existência de documentação. A sentença não permite pelos seus esclarecimentos este tipo de resposta, nem a considera.

Cabe ao governo brasileiro pressionar na direção desses esclarecimentos que podem e devem ser feitos. Mesmo que não fosse pelo fato de possuir em seus quadros muitos vitimados pelos crimes e violências do regime militar, apenas por fazer jus ao papel do Estado. Mais uma vez a juíza **Solange Salgado** nos auxilia:

“Todo o Estado está obrigado a respeitar o direito à vida e à integridade física de seus cidadãos, para falar apenas dos mais fundamentais. Se assim não o fosse, qual seria o propósito da existência do Estado? Existiria ele para seu próprio regozijo? Deteria ele a faculdade de exterminar sumariamente seus próprios cidadãos, ou aqueles que lhe desagradassem quando bem lhe conviesse?”

A figura do Estado é uma abstração, que não contém uma finalidade de motivação em si mesma. O Estado existe apenas, e tão-somente, para promover o bem estar de seu povo, gerenciar a vida em sociedade, perseguir valores como a igualdade, o desenvolvimento, a justiça e a liberdade” (Sentença, pp. 12-13).

Para o povo brasileiro tão justamente desesperançado essa sentença vem mostrar a possibilidade de encontro da sociedade consigo mesma, da ampliação de seu conhecimento e da construção do ideal democrático como algo inalienável a todos os cidadãos. ●

Maria Aparecida de Aquino

Professora de História Contemporânea do Departamento de História da USP

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES

Será realizada no dia 30 de outubro, às 9:30 hs, mesa sobre “A Vítima e o Direito Penal: Novo Paradigma?”, com a presença já confirmada da **Dra. Ana Sofia Schmidt de Oliveira**.

O evento ocorrerá na sede do **IBCCRIM** (2º andar), e as inscrições já podem ser realizadas na seção de eventos, pelo telefone 3105-4607, ramais 153 ou 144, ou pelo e-mail: eventos@ibccrim.org.br
Participem!!!

Maria Aparecida de Aquino



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

AS PRISÕES POLÍTICAS NO PONTAL DO PARANAPANEMA

Juvelino Strozake e Patrick Mariano Gomes

“E mais que tudo, inspirando-nos naquele princípio que foi a alma do Cristianismo, a fraternidade humana, procuremos o bom entendimento para abrandar os atritos e os ódios de classe, evitando a ilusão freqüente e perigosa de que as prisões em massa e os tribunais bastem para sufocar movimentos populares que obedecem a uma voz irresistível da humanidade que caminha.”⁽¹⁾

Em 24 de março do ano de 1886, na província italiana de Mântua, região cortada pelo rio Pó, o advogado e professor **Enrico Ferri** proferiu as palavras acima citadas na defesa de 22 camponeses sem terra que foram presos por reivindicarem melhoria das condições de vida no campo. Pesava sobre eles a acusação de formação de bando e quadrilha, atentado e conspiração por terem incitado outros trabalhadores a um protesto político contra o injusto sistema fundiário italiano.

Em sua histórica defesa, discorreu **Ferri** sobre as questões político-sociais que permeavam a causa e, principalmente, como ótimo advogado que era, as falhas processuais e a precariedade em matéria de elementos jurídicos garantidores da justa causa para a ação penal em seus 27 volumes.

Passados mais de um século, o célebre processo movido contra os sem terra de Mântua, encontra hoje, no extremo oeste do Estado de São Paulo — região conhecida como Pontal do Paranapanema — um paralelo histórico-social-jurídico interessantíssimo. Veja-se, por exemplo, a descrição sobre a realidade dos camponeses de Mântua: *“Algumas testemunhas nos falaram da fome que dilacera o camponês, ao mesmo tempo que o rigor invernal do frio tortura-lhe os membros exangues, e elas nos falaram do alimento que o desespero os impele a buscar entre as raízes dos bosques, para enganar, ao menos, o estômago vazio. Vistes essas trugne, que os porcos recusam e que os camponeses comem ... as casas de moradia ... uma única peça térrea, úmida, com paredes de tijolo cru, serve de habitação promiscua aos membros da família: em certas regiões de Ostiglia, vêem-se casas cobertas de junco, com paredes também de junco, rebocadas de barro”*. Incrível a semelhança com o Pontal do Paranapanema.

Muito bem. A partir do ano de 2000, desencadeou-se na Comarca de Teodoro Sampaio, um dos municípios que integram a região do Pontal do Paranapanema, uma grande estratégia com a pretensão de criminalizar as atividades do Movimento dos Sem Terra - MST.

Um grupo de promotores de Justiça foi especialmente constituído para acompanhar os inquéritos policiais e elaborar as denúncias criminais contra as possíveis lideranças, especialmente contra aquelas pessoas que participavam das reuniões com os representantes do Poder Executivo Estadual. Por que contra as pessoas que participavam das reuniões? Porque a partir das atas das reuniões, os promotores tinham seus nomes e entendiam serem eles os “líderes” dos trabalhadores.

Os promotores de justiça, em sua visão vesga da realidade social, vislumbravam a possibilidade de encaixar nos tipos penais dos artigos 288 (formação de bando ou quadrilha), 161 (esbulho possessório) e outros, as ações de reivindicação social desencadeadas pelo MST naquela região. E mais, fugindo completamente aos ditames do art. 41 do Código de Processo Penal, os promotores escreveram nas várias denúncias que os líderes do MST na região, usam a massa hipossuficiente para o cometimento da mais variada sorte de delitos.

Apesar de não descreverem a participação dos acusados nos pretensos delitos, pretendiam, com fundamento na *teoria do domínio dos fatos*, estabelecer uma odiosa responsabilidade penal objetiva, porque, segundo os ditos integrantes do Ministério Público paulista que lá atuavam, o simples fato de participarem do MST e usar a palavra nas reuniões com os representantes do Poder Executivo Estadual, poderiam sofrer as conseqüências da ação penal e ver decretadas suas prisões, independentemente de terem efetivamente participado naqueles delitos supostamente cometidos e mal descritos nas denúncias.

Felizmente o Tribunal de Justiça de São Paulo, seguindo sua melhor tradição, quando chamado a decidir nas mais de 20 (vinte) ordens de *habeas corpus* (porque foram mais de 20 decretos de prisão no prazo de 12 meses), como ficou decidido naquela relatada pelo excelentíssimo desembargador **Canguçu de Almeida**, analisando e espancando o fundamento da responsabilidade penal objetiva exposto nos vários decretos prisionais, aduziu que *“O despacho que decretou a prisão (...) sequer alude aos nomes de quaisquer deles; não ressalta, concretamente, o que cada um possa ter feito, decretando-lhes a custódia tão somente em razão da condição de membros da organização; impondo-lhes o encarceramento, por presunção de que, todos os que a compoñham são anarquistas, invasores ou violadores de propriedades.”⁽²⁾*

O ataque ao MST através dos processos criminais já significa uma pretensão de utili-

zar os instrumentos jurídicos a serviço dos interesses do latifúndio.

Todavia, fosse apenas o processo, desde que asseguradas as garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório, ainda seria tolerável.

O problema é que decretos de prisão são expedidos como se o exercício da jurisdição fosse uma linha de montagem, onde o delegado de polícia monta o inquérito policial, faz o indiciamento indireto, o promotor de Justiça faz a denúncia, requer a prisão preventiva e o juiz decreta. Entre o mês de fevereiro de 2002 até o mês de maio de 2003, foram datilografados 24 mandados de prisão preventiva contra integrantes do MST.

Em que pese o esforço dos representantes do Ministério Público e do juiz, a tentativa de prender e condenar os lavradores está sendo em vão. Os vários decretos de prisão, foram, um a um, repudiados e corrigidos, ora pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, ora pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e outras vezes pelo Superior Tribunal de Justiça.

Fica a pergunta: por que tantos equívocos jurídicos cometidos contra os militantes do MST?

Como no processo de Mântua/Itália, os processos criminais e os desastrosos decretos prisionais da Comarca de Teodoro, trazem em seu bojo a questão essencialmente política, da atuação de um Movimento social que questiona a má distribuição de terras no Brasil e o desrespeito com a função social da terra em mais de 90% das terras do Pontal do Paranapanema.

A luta social dos sem terra coloca outra questão, de fator subjetivo, que é a visão de classe de alguns operadores do direito que exercem poder na esfera estatal e que se utilizam dos instrumentos jurídicos que o Estado coloca à sua disposição, contra o que eles entendem serem ações subversivas, revolucionárias, atentatórias ao Estado Democrático de Direito ou o que é pior, comparando o MST ao grupo criminoso organizado dentro dos presídios paulistas PCC (Primeiro Comando da Capital).

Exemplar entendimento neste sentido é o despacho proferido pelo MM. Juízo da Comarca de Teodoro Sampaio, que em plena audiência, pela segunda vez em pouco mais de 90 dias, decretou a prisão de quatro, dos oito trabalhadores rurais beneficiados pelo acórdão há pouco mencionado: *“Até porque ainda que as mais altas esferas governamentais não queiram reconhecer, assim como se fazia até bem pouco tempo em relação ao denominado PCC, o conhecido MST, se constitui nos*

Juvelino Strozake e Patrick Mariano

➔ *dias de hoje um poder de fato nesta região do Pontal do Paranapanema.*⁽³⁾

Quando o operador do direito e funcionário público, seja ele promotor de Justiça ou juiz de Direito, impulsionado, não pela Justiça, mas por convicção de classe social ou pré-conceitos sobre determinado assunto, age com fins políticos, perde o Direito enquanto ciência, e perde, fundamentalmente, toda a sociedade porque está custeando um *des-serviço* à Nação.

Não sem razão, nos processos envolvendo integrantes de movimentos sociais não é nada difícil encontrar evidentes nulidades e exageros por parte dos ofiçantes no processo. Ora são denúncias sem a correta individualização de condutas, ora são decretos de prisão desfundamentados.

Calamandrei já nos alertava sobre as dificuldades de certos magistrados de desencilharem-se de seus preconceitos quando no exercício da judicatura, nas questões de classe e opiniões políticas: *“De um juiz que, por herança paterna, era proprietário de terras, dizia o presidente do seu tribunal: raras vezes encontrei um magistrado da sua seriedade e do seu equilíbrio. Convém apenas evitar confiar-lhe a decisão de controvérsias agrárias, porque esta matéria o faz perder o brilho dos olhos e o torna feroz contra os camponeses.”*⁽⁴⁾

No terreno do Direito Criminal, **Alberto Silva Franco** em obra renomada⁽⁵⁾ faz a justa divisão entre ação criminosa e atuação de movimento social reivindicatório da reforma agrária: *“Ora, um movimento social desta profundidade e, com a finalidade de reconstruir uma sociedade mais humana, solidária e igualitária e bem menos injusta e marginalizadora, poderá até cometer excessos, mas sua atuação não poderá ser confundida com ações criminosas ajustadas aos tipos do esbulho possessório ou de alteração de limites.”*

Roberto Delmanto Júnior⁽⁶⁾ ao analisar decisão monocrática proferida em 1998 na Comarca de Andradina/SP, em autos no qual se imputava a 11 integrantes do MST a prática de formação de quadrilha ou bando armado, bem como a do delito de furto qualificado, após tecer elogios à sentença absolutória, conclui enfatizando o cuidado com uso do Direito Penal nos conflitos sociais: *“É imprescindível, e daí a grandeza e beleza do Direito e da sua aplicação, refletir acerca das reais causas desses conflitos, que, no caso dos sem terras, encontram raízes em um vergonhoso estado de coisas, na exaltação da ganância e do egoísmo humanos, os quais, em latifúndios que às vezes abrangem extensões de países inteiros, encontram concretude.”*

Para o bem do Direito, a região do Pontal do Paranapanema — com os seus mais de 35 processos criminais e os 24 decretos de prisão

oriundos da Comarca de Teodoro Sampaio — tem contribuído e muito, para a formação de uma respeitada jurisprudência criminal favorável aos agricultores sem terra.

Em *habeas corpus* onde se discutira a legalidade da prisão de cinco integrantes do MST daquela região, o ministro **Luiz Vicente Cer-nichiaro** da Sexta Turma do STJ, em voto proferido no Acórdão de nº 5.574/SP de 1997⁽⁷⁾, registra que o MST *“não se trata de movimento para tomar a propriedade alheia. Mas de movimento para pressionar — daí haver eu dito, expressão do direito da cidadania — a reforma agrária.”*

Como se vê, existe enorme discrepância entre a interpretação de alguns promotores da região e a interpretação dos Tribunais Superiores e da melhor doutrina criminal.

Vale destacar a mais recente decisão conduzida pelo ministro **Paulo Medina**, da Sexta Turma do STJ, ao conceder a liberdade para M.B. e V.R.C., integrantes do MST do Pontal, onde deixou registrado que as acusações de baderneiros e desordeiros não podem prosperar porque *“são obreiros rurais integrantes do MST, que lutam e sacrificam-se por mais razoável meio de vida, onde a dignidade social somente pode ser restaurada no momento em que se fizer a verdadeira, necessária e indispensável reforma agrária no País”*. Ainda segundo a decisão *“enquanto campear a incerteza de seus resultados e for incerta a atuação política, encontrar-se-á a revolta justa e a insatisfação crescente dos menos favorecidos nos contextos econômico, social e político do Brasil”*.⁽⁸⁾

A Anistia Internacional, após visitar a região do Pontal do Paranapanema em 1997, publicou um relatório alertando sobre a utilização de denúncias criminais com motivação política contra ativistas da reforma agrária⁽⁹⁾.

A utilização do aparelho jurídico com fins políticos chegou ao conhecimento de diversas entidades de direitos humanos e está em elaboração um projeto de pesquisa para o estudo da repressão criminal na luta pela terra. Tal projeto prevê o estudo detalhado dos processos criminais e dos motivos ensejadores dos decretos de prisão preventiva contra ativistas da reforma agrária, instaurados e conduzidos a partir de 1998.

Os aplausos que **Enrico Ferri** recebeu ao longo de sua defesa em prol dos agricultores sem-terra da Itália em 1887, devem, com a mais lúdima justiça, serem estendidas, historicamente, aos juizes, desembargadores e ministros de nossos sete tribunais, como aprovação pela seriedade, imparcialidade e sabedoria, porque não se deixaram influenciar pelo ódio fermentado nas destilarias do latifúndio e ressaltado por **Calamandrei**⁽¹⁰⁾, demons-

trando compreensão sobre a precária realidade no campo brasileiro e da necessidade imperiosa de uma verdadeira reforma agrária no País e não aceitaram o discurso autoritário, retrógrado e panfletário da responsabilidade objetiva no Direito Penal, especialmente contra os integrantes dos movimentos sociais.

Que sirva de exemplo, não só ao Pontal do Paranapanema, os dois motivos pelos quais o mestre de Florença aceitou a defesa dos 22 lavradores sem terra presos em Mântua/Itália: *“A primeira, porque vi ofendida a norma da justiça na prisão em massa de tantos infelizes, culpados tão-somente, mesmo se algumas vezes com algum excesso... de palavras (fatos concretos não foram provados neste processo), por terem procurado aliviar sua condição miserável. A segunda, a principal, para protestar contra esse velho sistema de prender como malfeitor quem quer que afirme seus próprios direitos como homem, erguendo-se, ainda que pouco, da apatia ou abjeção que muitos consideram, por comodidade, a única forma de ordem social.”*⁽¹¹⁾

Notas

- (1) **FERRI, Enrico.** *Defesas Penais e Estudos de Jurisprudência*, Editora Bookseller, p. 73, 2002.
- (2) Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 10 de fevereiro de 2003, *Habeas Corpus* nº 386.660-3/9, v.u.
- (3) Decreto de prisão preventiva proferido aos 25 de outubro de 2002, no processo 261/00, pelo juiz **Átis de Araújo Oliveira**, da Vara Única da Comarca de Teodoro Sampaio/SP.
- (4) **CALAMANDREI, Piero.** *Eles, os Juizes, Visto por um Advogado*, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997, pp. 245/246.
- (5) **SILVA FRANCO, Alberto et alii.** *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 2.715.
- (6) **STROZAKE, Jovelino José** (org.), *Questões Agrárias, Julgados Comentados e Pareceres*, São Paulo: Método, 2002, p. 181.
- (7) STJ, *Habeas Corpus* nº 5.574-SP
- (8) Notícia veiculada aos 16 de junho de 2003, no site do Superior Tribunal de Justiça.
- (9) Anistia Internacional — Agosto de 1997 — AI Index:AMR 19/17/97.
- (10) Obra citada.
- (11) Op. Cit.

Jovelino Strozake
Advogado, doutorando na PUC/SP,
coordenador da Comissão Especial
das Questões Agrárias da OAB/SP e
coordenador adjunto do **Núcleo de
Pesquisas do IBCCRIM**

Patrick Mariano Gomes
Advogado

MOROSIDADE DA JUSTIÇA E NOVOS RECURSOS (DOIS DELES JÁ UTILIZADOS NA JUSTIÇA PENAL)

José Barcelos de Souza

José Barcelos de Souza

MOROSIDADE DA JUSTIÇA E NOVOS RECURSOS (DOIS DELES JÁ UTILIZADOS NA JUSTIÇA PENAL)

“O maior problema da Justiça brasileira é a morosidade”, foi o que salientou, com precisão e inteira consonância com generalizado entendimento, o digno e preclaro ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro **Carlos Velloso**, em audiência pública da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado, como noticiou o *Jornal do Comércio*, órgão da imprensa do Rio de Janeiro, em sua edição de 25 de outubro de 2.000.

Problema, sem dúvida alguma, altamente danoso.

Com efeito, “A demora na administração da justiça constitui, na verdade, pura denegação de justiça”, conforme conhecida parêntese, atribuída ao conselheiro **De la Bruyère** (cf. **José Rogério Cruz e Tucci**, em *Tempo e Processo*).

O pior é que esse mal tem sido uma das características de nossa Justiça.

Característica velha, por sinal. Há mais de meio século discutiu-se muito o problema no Instituto dos Advogados de Minas Gerais, tendo o conhecido e saudoso advogado criminal **João Pimenta da Veiga** apresentado um relatório a respeito da matéria.

É claro que há uma série de causas concorrentes para o tormentoso problema, entre as quais avulta a sempre insuficiente quantidade de juízes, inclusive nos tribunais, em relação à população e ao número de processos. Comparativamente a outros países, como sabido, o número dos juízes no Brasil é muito baixo em relação à população. Daí aparecerem estagiários e funcionários, muitas vezes ainda estudantes, dando sentenças e votos, o que só agrava o problema, com a geração de decisões absurdas, a provocar recursos.

É justamente contra os recursos que mais se têm voltado, equivocadamente, muitos dos que procuram soluções para a morosidade da Justiça! E tanto se tem repisado na afirmação de que há um número exagerado de recursos que a imprensa a repete sempre.

Acredito que isso tem muito a ver, no cível, com esses inconseqüentes, protelatórios recursos de Fazendas Públicas, que quando perdem pagam à parte contrária baixíssima verba de honorários, praticamente simbólica, a título de condenação por sucumbência, e ganham altas taxas, em geral os vinte por cento usuais, quando acontece saírem vencedoras. Se houver vontade política, não será difícil contornar o problema. É só suprimir os privilégios da Fazenda. Cominar multa para recursos manifestamente protelatórios é perigoso. Muito assessor ou estagiário vai ferrar multa a torto e a direito.

O eminente ministro **Marco Aurélio**, até há pouco presidente do Supremo Tribunal Federal, tem salientado em entrevistas que 70 a 75% dos feitos que vão àquela Corte se referem a causas de entidades públicas, em geral sobre uma mesma e já resolvida matéria.

Os juizados de pequenas causas já estão ficando abarrotados de demandas referentes a uma mesma matéria contra empresas con-

cessionárias de serviços públicos.

Há, como foi dito, e de modo geral, algumas pequenas causas concorrentes. Apontemos ligeiramente algumas delas, que nosso objetivo aqui é outro, o de comentar uma despropositada pretensão de cortar recursos, quando, em realidade, há necessidade de mais recursos, especialmente na Justiça Penal.

Tem-se dito, por exemplo, que na Magistratura há férias e feriados em excesso, a começar pelos dois períodos anuais de férias coletivas de trinta dias. Neste particular há uma certa desinformação. Trata-se de trabalho estafante, a justificar plenamente os dois períodos de férias. Há juízes e sobrejuízes que trabalham até tarde da noite. Juízes e procuradores, que têm férias individuais, muitas vezes tiram férias para colocar o serviço em dia. Uma boa solução seria transformar as férias coletivas de julho em férias individuais. O que parece um despropósito é o “Feriadão de Papai Noel” — as férias coletivas de 20 de dezembro a 6 de janeiro —, surgido com a lei que restabeleceu a Justiça Federal e se espalhando por diversos Estados, sem chegar a Minas Gerais.

Há certas praxes que precisam ser modificadas.

Assim é que prejudica o andamento rápido de processos fazer depender da publicação do despacho do juiz ou do relator o cumprimento de certos atos de expediente. No processo de *habeas corpus* é um absurdo e clamorosa denegação de justiça, especialmente se denegada liminar a paciente preso, aguardar uma demorada publicação do despacho do relator para solicitar informações ao coator. Ou para a remessa dos autos ao Ministério Público. Entretanto, isso costuma ocorrer em alguns tribunais, até mesmo, e principalmente, em tribunal superior. Por vezes se aguardam dias e até uma semana inteira para um desembargador ou ministro assinar um ofício de pedido de informações. Que falta anda fazendo o esperado controle externo da magistratura! Juízes devem ser bem pagos não só por motivo do trabalho, mas especialmente porque, sem horas extras, devem atender a qualquer hora a casos urgentes.

Um dia compareci ao fórum, cerca das 13 horas, para uma audiência criminal que não se realizou porque os juízes “desceram todos lá pra baixo”, isto é, “foram para um dos salões do Júri para uma discussão qualquer referente a auxílio-moradia” em que tinham interesse pessoal. É claro que deviam cuidar de seu interesse, que era legítimo. Só que podiam fazer isso em outro horário, de manhã ou à noite, ou após o expediente, ou em sábado ou domingo. Pois a audiência cancelada só se realizou quatro meses depois, estando a ação penal correndo sério risco de prescrição. E as partes, advogados e testemunhas não mereceram a cortesia de um aviso prévio. Esperaram em vão muito tempo, juntamente com jornalistas e operadores de televisão. Essas coisas só se resolvem com o estabelecimen-

to de um necessário controle externo.

Uma praxe viciosa, que precisa ficar restrita a casos de real conveniência (audiência às vésperas de mudança do juiz de comarca ou vara, ou com instrução encerrada em hora tardia, por exemplo), é a da substituição dos debates orais por memoriais, não prevista em lei para o procedimento sumário para crimes. Isso, evidentemente, sem prejuízo do direito das partes de desenvolver suas alegações em memorial a ser apresentado na própria audiência. Em caso de que participei como advogado da assistente do Ministério Público, entretanto, a determinação do juiz de substituição dos debates por memoriais, a serem entregues sucessivamente, ocasionou o atraso de cerca de oito meses no que poderia e deveria ter sido feito em vinte minutos para cada parte na audiência.

Outras vezes o problema não está diretamente nos juízes e tribunais.

Segundo noticiou o jornal *O Estado de S. Paulo*, em sua edição de 28-5-2002, “o TACrim [Tribunal de Alçada Criminal] luta para poder julgar os habeas corpus — só no ano passado foram 8.064 — em alguns dias. O entrave está no Decreto nº 552, de 25 de abril de 1979, que obriga o Ministério Público — órgão da acusação — a receber os autos originais para dar um parecer sobre o recurso. Juízes criticam o decreto como uma ‘obra dos tempos do autoritarismo’. O prazo para que o membro do Ministério Público dê uma opinião sobre o caso — na imensa maioria contrária ao recurso — é de 48 horas. Mas, apenas para o envio do processo e seu retorno ao TACrim, a burocracia rouba de 21 a 321 dias. ‘Seria ótimo se pudessemos, pelo menos, enviar cópia do processo. E se o parecer não chegasse em 48 horas, julgaríamos o caso’, explicou **Nalini** [juiz **José Renato Nalini**, vice-presidente do órgão]. ‘Nos tornariamos o tribunal mais rápido do mundo’”.

Alguma coisa deve, realmente, ser feita. Em último caso, simplesmente voltar-se ao sistema anterior ao Decreto-lei nº 552. Já tivemos oportunidade de requerer, em *habeas corpus* dirigido ao Supremo Tribunal Federal, fosse o pedido julgado independentemente do parecer — e para tanto ofertamos uma 3ª via da petição, acompanhada de cópia de todos os documentos — caso não retornassem os autos originais no prazo, já que é a lei mesma que manda que, findo o prazo, com o parecer ou sem ele o pedido será julgado. Posto tenha o Tribunal concedido a ordem, não se manifestou sobre a questão, e o parecer veio com o costumeiro atraso.

Foi feliz o Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula nº 189 (DJ de 25.06.97, p. 19.756), que declarou, e bem declarado, que “É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais”. Em nosso *Teoria e Prática da Ação de Execução Fiscal e dos Embargos do Executado*, aliás, obra de 1986, já preconizávamos a abolição do parecer do Ministério Público nas ações fiscais.

Vamos, porém, ao assunto principal destas

notas, que é a questão dos recursos.

Mais do que uma natural insatisfação e frustração da parte que perde, o que muito justifica recursos é a conveniência de decisões corretas. E, ciência difícil que o Direito é, nem todo juiz julga sempre bem, nove fora os que têm idéias próprias preconcebidas, como os chamados “criminalistas” ou os “fazendários”, aqueles que no dizer de **Rui** só sabem achar razão na Fazenda Pública. Outros, sem nunca ter feito sequer um júri de roça, vão direto para turma ou câmara criminal. Há também (por que não dizer?) a parte corrupta da Magistratura.

Vale aqui um bom exemplo. Recente acórdão do Supremo Tribunal Federal — publicado no DJU de 05-04-02, p. 38 —, relator o ínclito ministro **Ilmar Galvão**, concedeu *habeas corpus* (HC nº 81.149-3/RJ) por excesso de prazo, embora concluída a instrução e, mais que isso, após pronúncia, levando em conta que “a extrema demora verificada no julgamento do paciente não pode ser imputada à sua defesa, mas à prolação de três sentenças de pronúncia que foram sucessivamente declaradas nulas pelas Cortes superiores”.

É de pasmar: três sentenças de pronúncia foram sucessivamente declaradas nulas por Cortes superiores, quer dizer, depois de passar por Tribunal de Justiça.

Por outro lado, e em verdade, não há recursos demais. Há recursos *de menos*. Principalmente com relação à área penal.

Veja-se, por exemplo, o recurso de embargos infringentes em matéria criminal. Diferentemente do que ocorre em matéria cível, caberá somente na hipótese de o acórdão, tomado por maioria de votos, ser desfavorável ao réu, e não também assim quando desfavorável à acusação. Torna-se, assim, um recurso privativo da defesa, como se o fato de existir voto divergente contra o réu não fosse, do mesmo modo, razão suficiente para provocar-se um novo julgamento, com maior número de juízes, como é próprio desse recurso. Há, aqui, um desprezo aos interesses da sociedade e da vítima. O recurso estaria, sem dúvida, inteiramente justificado diante do voto vencido. E quantas e quantas vezes o voto vencido se mostra superior aos votos vencedores!

Membro de Comissão revisora de anteprojetos de reforma da legislação processual penal nomeada pelo ministro da Justiça em 1994, presidida pelo ínclito ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, propus fosse aquele recurso estendido à acusação. Tive só uns poucos votos favoráveis.

Outro absurdo ocorre com a revisão criminal, que entre nós só é possível em favor do condenado, não também *pro societate*. Desse modo, transitada em julgado a sentença, será irrelevante o aparecimento de provas desfavoráveis ao réu absolvido. De novo, um recurso privativo, agora do condenado.

De interessante tese de mestrado sobre a revisão criminal em favor da sociedade, apresentada à conceituada e centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e defendida com brilho pela

então mestranda **Natália Silva Teixeira Rodrigues de Oliveira**, de quem fui orientador, retiro o seguinte texto:

“O autor [**Horácio Bortz**, no artigo ‘Revisão pro Societate’, na revista *Justitia*, São Paulo, v. 71, 1970] deixa registrado que, se a futura legislação de processo penal incluir a revisão pro societate, ficará aperfeiçoada ao nível das legislações de alguns dos povos mais civilizados do planeta, em, pois, companhia das mais excelsas. Esse tipo de revisão acaba-se consagrado, há vários anos, no direito legislado de países de alta expressão cultural”.

Outra não é a observação do culto professor **Sérgio Demoro Hamilton**: “Não são poucas as legislações que admitem a revisão pro republica, com maior ou menor intensidade” (*Temas de Processo Penal*, edição Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998, p. 260).

Veja-se, ainda, o indeferimento descabido de liminares em *habeas corpus*.

O Egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais tem dado uma excelente contribuição ao aprimoramento do processo penal, ao vir admitindo agravo regimental contra despacho de relator indeferindo liminar em *habeas corpus*, por aplicação analógica de dispositivo do regimento permissivo de agravo contra indeferimento de liminar por relator em mandado de segurança.

Com essa notável construção pretoriana (como o foi, também, a da própria liminar em *habeas corpus*, levada a efeito pelo Colendo Supremo Tribunal Federal depois da decisão pioneira de ministro do Egrégio Superior Tribunal Militar, o juiz alme. **José Espinola**), o conceituado tribunal mineiro dá a receita para o preenchimento de uma lacuna, que é a necessidade, no indeferimento de liminares, de um recurso próprio, cuja falta tem levado advogados a impetrar sucessivamente *habeas corpus* contra despacho denegatório de liminar em anterior pedido, providência que, além de vir encontrando, sem razão, resistências no Supremo Tribunal Federal (a esse respeito, comentário nosso a acórdão do STF, na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 41), poderá frustrar-se ante a proverbial morosidade da justiça. Está aí um exemplo para os tribunais do País em geral. Exemplo de respeito à liberdade individual e de dedicação ao trabalho.

O pior é que o indeferimento de liminares em despachos completamente desprovidos de motivação, ou com um arremedo de fundamentação, são freqüentes na prática judiciária, talvez por faltar recurso previsto em lei. Na presença de decisões irrecorríveis certos juízes tendem a ser arbitrários, julgam de qualquer jeito. Em um de meus últimos casos — tratava-se de um decreto de prisão preventiva sem fundamentação alguma quanto à materialidade de fato e a autoria, tão minguado de motivação se mostrava que nem os nomes dos pacientes consignava — a decisão foi das mais concisas que já vi: “Indefiro a liminar”.

Com exatidão, depois de mencionarem a lição de **Rogério Lauria Tucci**, em seu excelente *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro* — bela tese com que

conquistou cadeira de titular na tradicional Faculdade do Largo de São Francisco e da qual teve a honra, em memorável concurso nas Arcadas, de ser examinador — no sentido de que os atos emanados do Poder Judiciário que ostentem conteúdo decisório, sejam finais sejam interlocutórios, devem ser devidamente fundamentados, observam **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** e **Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo** que “A decisão, que nega ou concede a ordem liminar, precisa de motivo e de motivação. Deve vir, sempre, fundamentada, para não despontar nula; além de exibir-se iníqua” (“*Habeas corpus* e advocacia criminal: ordem liminar e âmbito da cognição”, na obra, em colaboração, *Justiça Penal 5 – Tortura, crime militar, habeas corpus*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, pp. 148-149).

Um belo exemplo de criação de mais um recurso no processo penal (o que de modo algum eterniza os processos, senão contribui, e muito, para que se faça justiça, embora com aumento dos serviços do Tribunal) foi dado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Assim é que, em caso do interesse pessoal de advogado amigo meu, o Grupo de Câmaras Criminais daquele tribunal não conheceu, por maioria de votos, do pedido revisional que formulara. Lastreado nos votos minoritários proferidos por ocasião da revisão criminal, interpôs o réu embargos infringentes, que foram indeferidos liminarmente, por incabíveis na espécie. Lembrei ao colega que o Regimento Interno do Tribunal dera um passo à frente do Código e admitia expressamente o recurso, no caso um grande desconhecido, sem dúvida. Então, interpôs ele agravo regimental contra a decisão que não conheceu dos embargos infringentes. Com o esclarecimento do douto desembargador **Gudesteu Biber** — atualmente presidente do Tribunal —, de que, por iniciativa sua, foi proposta a inserção no regimento do recurso em questão, o agravo restou provido (Embargos Infringentes em Revisão Criminal nº 133.408-5). Também o regimento do Tribunal de Alçada havia adotado a medida, neste por iniciativa do insigne desembargador **Lúcio Urbano**, então presidindo o tribunal. Eis aí uma notável contribuição de dois excelentes processualistas, que merece ser seguida por outros tribunais. O Supremo Tribunal já consagra o recurso, mas não também assim o Superior Tribunal de Justiça.

É bem de ver que nada impede a previsão do recurso em regimento, visto que o Código de Processo autoriza que nele se estabeleçam normas complementares para o julgamento dos recursos, entre os quais incluiu a revisão criminal.

Entretanto, na contramão dessas importantes criações, tem havido propostas inaceitáveis.

Como também li no mencionado *Jornal do Commercio*, o Superior Tribunal de Justiça apresentou sugestões para reforma do Judiciário, consignando que “...outro mecanis-

mo de contenção de recursos permitirá restringir o grande volume de causas que chegam diariamente ao STJ, tendo em vista a criação de um pré-requisito para a admissão do processo: a relevância da questão a ser examinada”.

É difícil acreditar. Pretende-se reeditar a malsinada “relevância da questão federal”!

Tratava-se, talvez não saibam os que se formaram depois da Constituição de 88, de manobra tendente a suavizar a permissão contida na Carta de 1967 para que o Supremo Tribunal Federal inserisse em seu Regimento Interno as causas, cíveis e criminais, em que ficaria excluído o recurso extraordinário (na época abrangente de questões hoje próprias do recurso especial, então inexistente) naquelas hipóteses típicas de negativa de vigência de lei federal e de divergência pretoriana. A exclusão pura e simples, a mero critério do tribunal, do recurso que a Constituição concedia, não deixava de parecer escandalosa, embora constitucionalmente autorizada.

Optou-se então pela criação da sinistra figura da “arguição de relevância”, que depois veio até a ser sacramentada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Prova do *poder de fogo* do forte lobby do Judiciário.

Sucessivas emendas regimentais cada vez aumentavam cada vez mais a lista das causas excluídas. Esse rol cresceu tanto que a Emenda Regimental nº 2, de 1985, deixou de arrolar as exceções para, ao invés disso, simplesmente elencar as causas em que o recurso seria admissível. Uma vergonha!

O pior é que não se sabia o que vinha a ser a relevância da questão federal. De modo geral, o tribunal não tomava conhecimento dos recursos. E não publicava a fundamentação da decisão. Se é que era fundamentada. Suponho que um assessor qualquer batia um carimbo e o advogado perdia seu trabalho.

Como bem assinalou um ex-presidente do Superior Tribunal de Justiça, em texto-base para palestra na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, em 1989, com a nova Constituição não tinham vez “os chamados óbices regimentais, jamais assimilados pela consciência jurídica nacional”.

Pois foi de semelhantes obstáculos ao uso de um recurso constitucional — obstáculos esses “jamais assimilados pela consciência jurídica nacional” — que alguns membros do Superior Tribunal de Justiça, incluído aquele ex-presidente, cuidaram de ressuscitar. Um des-

respeito à consciência jurídica nacional.

É bem de ver que o recurso especial não importa numa demasia de uma terceira instância (até que faz falta!), já que limitado a matéria de direito e sujeito a certos requisitos.

Afastou o colendo tribunal, porém, via interpretação, que tenho como equivocada (comentei a matéria em trabalho na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 39), o recurso especial dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, uma excelente e utilíssima justiça que, desse modo, se torna uma justiça de terceira categoria. A falta do recurso já se faz sentir, e muito, na grave questão da competência após o advento da lei dos juizados na Justiça Federal.

Por que não se criar então um Superior Tribunal Especial de Justiça? ●

José Barcelos de Souza

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, subprocurador-geral da República aposentado, professor no curso de pós-graduação da Universidade Cândido Mendes e diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais

José Barcelos de Souza

OS LIMITES DA COISA JULGADA NA EXECUÇÃO PENAL

Élcio Pinheiro de Castro

Embora tenha vindo ao mundo jurídico em 1984, vale dizer, há quase 20 anos, a Lei de Execuções Penais continua oferecendo algumas curiosidades aos operadores do Direito, principalmente no que pertence aos limites da coisa julgada.

A questão que se pretende analisar reúne mais de uma condenação, em especial quando substituídas as carcerárias por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Estatuto Repressivo.

Com efeito, a pergunta que se faz é a seguinte: até que ponto pode o Juízo das Execuções alterar decisão de primeiro grau ou acórdão do tribunal concedendo a discutida benesse?

Objetivando materializar algumas reflexões, suponhamos que determinado cidadão tenha praticado crime de peculato. Regularmente instruído o processo, sobreveio sentença concluindo pela procedência da pretensão punitiva do Estado. O réu foi condenado a três anos de reclusão, em regime aberto. Preenchidos os requisitos legais, a privativa de liberdade restou substituída por duas restritivas de direitos pelo tempo da condenação.

Na hipótese cogitada, é evidente que, se as obrigações não forem realizadas, cabe ao Juízo das Execuções promover a respectiva conversão com apoio no § 4º do art. 44 do CP, *verbis*: “A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando

ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão”.

Avançando um pouco mais para exemplificar melhor, vamos imaginar que esse mesmo cidadão, ainda desempenhando pena alternativa, seja condenado por outro crime, em um segundo processo, a dois anos de reclusão, não aplicada a substituição tendo em conta, por exemplo, a reincidência.

Até aqui, também não há nenhuma novidade, pois dispõe o § 5º do referido art. 44 do CP que, “sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior”. Vale dizer, em caso de posterior condenação, a conversão ou não das restritivas de direitos em privativa de liberdade vai depender do regime inicial fixado na nova condenação. Se fechado ou semi-aberto, certamente não haverá espaço para o favor legal. Todavia, outra será a solução cuidando-se de regime exclusivamente aberto pelo fato da Lei Penal (§ 1º do art. 36) autorizar o reeducando a trabalhar ou freqüentar curso, fora do estabelecimento prisional, durante o dia, permanecendo recolhido no período noturno e dias de

folga. Ora, se pode trabalhar e estudar, sem dúvida poderá continuar cumprindo pena substitutiva precedente.

Logo, se na segunda condenação for fixado regime aberto, a substituição da privativa de liberdade outorgada na condenação anterior pode ser mantida por compatível com a reprimenda posterior. Isso não acontecendo, deve ser convertida em carcerária.

Contudo, tornando a questão um pouco mais complexa, vamos estabelecer que a segunda condenação, por qualquer motivo (certo ou errado) também tenha sido substituída por prestação de serviços à comunidade e pecuniária.

Em síntese, temos agora duas condenações, apoiadas em dois processos distintos, pela prática de dois crimes, ambas substituídas por restritivas de direitos com trânsito em julgado.

Estando o acusado a cumprir pena alternativa pertinente ao primeiro processo, pergunta-se: como deverá proceder o juiz da execução ao receber os autos da segunda condenação?

Consoante determinada corrente jurisprudencial, cabe ao julgador: a) revogar a substituição das penas com apoio nos arts. 66, III, “a” e 111 da Lei nº 7.210/84; b) promover a soma das privativas de liberdade pela regra do concurso material (art. 69 do CP); c) aplicar a detração pelo tempo já cumprido; d) ➔

Élcio Pinheiro de Castro

fixar o regime inicial semi-aberto em razão da pena ser superior a quatro anos (ou fechado se acima de oito, dependendo do número de condenações substituídas) bem como expedir mandado de prisão.

Em que pese a douta orientação (por ainda não convencido) venho sustentando o entendimento de que “condenado o paciente em feitos diversos — havendo ocorrido em todos eles, substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos — urge somar as sanções alternativas impostas por igual período, afastando-se assim *decisum impondo o cumprimento em regime semi-aberto, sob pena de ofensa à coisa julgada.*” (HC n° 2002.04.01.048145-7/SC, 8ª Turma do TRF da 4ª Região, unânime, julg. em 10.02.2003, publicado no DJU em 19.02.2003). Tal inteligência também foi adotada em outro precedente do mesmo Colegiado, enfrentando situação idêntica, cujo acórdão restou ementado nas seguintes letras:

“Habeas Corpus. *Juízo da Execução. Lei n° 7.210/84. Agravo. Efeito suspensivo. Crimes autônomos. Somatório das penas. Sanções privativas de liberdades substituídas por restritivas de direitos. Coisa julgada 1. A inexistência de efeito suspensivo ao agravo cabível contra as decisões proferidas pelo juízo da execução, conforme previsto no art. 197 da Lei n° 7.210/84, não afasta a possibilidade de uso do habeas corpus visando coibir constrangimento ilegal, desde que tal ocorrência esteja comprovada de plano. 2. Cuidando-se de delitos autônomos, pelos quais o réu foi processado no âmbito de ações penais diversas, cumpre proceder ao somatório das penas, quando da respectiva execução, tal como ocorreria caso os crimes tivessem sido objeto de uma só demanda, aplicando-se, na prática, as regras do concurso material. 3. Em respeito à coisa julgada, resta inviável, em sede executória, reverter a substituição das reprimendas por restritivas de direitos determinada em cada processo autônomo, na fase de cognição, sob o fundamento de haver o respectivo somatório ultrapassado o quantum de 4 (quatro) anos” (HC n° 2002.04.01.047779-0/SC, relator des. Luiz Fernando Wowk Penteadó, julg. em 16.12.2002, publ. no DJU de 15.01.2003).*

Na mesma linha, vale registrar julgamento unânime no HC n° 2003.04.01.002560-2/RS, relator des. Volkmer de Castilho, apreciado em 10.03.2003 (DJU de 26.03.2003, p. 807) e mais recentemente, no Agravo em Execução Penal n° 2002.72.00.012178-5/SC, provido por maioria na Sessão de 11.06.2003, relator des. Luiz Fernando Wowk Penteadó. Nas duas oportunidades, decidiu-se afastar a conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, revogando-se as ordens de prisão expedidas.

Com efeito, no ponto, penso que ao Juízo da Execução Penal cabe respeitar não só o princípio da legalidade, mas sobretudo os ditames da sentença condenatória transitada

em julgado. A imutabilidade da *res judicata* impede seja a situação do réu modificada para pior, mostrando-se incabível alterar o *status libertatis* do indivíduo sem expressa autorização legal.

De início, cumpre ressaltar que na questão ora levantada, não há se cogitar de aplicação dos critérios pertinentes ao concurso formal ou crime continuado, porquanto os delitos foram praticados mediante duas ações, em circunstâncias distintas. Assim, a rigor, mostra-se correta a soma das penas pela regra do concurso material.

Não obstante, esse somatório há de levar em conta os parâmetros ditados em cada decisão de primeiro grau ou nos acórdãos proferidos — onde, de forma expressa, restou fixada ou mantida a substituição das reprimendas privativas de liberdade por restritivas de direitos, ao entendimento (implícito ou não) de serem estas suficientes na espécie, adequando-se portanto ao grau de reprovabilidade da conduta bem como às condições pessoais do sentenciado (art. 44 do Estatuto Repressivo).

Logo, com a devida vênia, tenho que ao magistrado responsável pelo processo de execução penal não é conferido poder para deliberar de forma diversa, sob pena de afrontar os limites da coisa julgada, eis que o direito à substituição das penas carcerárias por sanções restritivas já restou consolidado e integrado no patrimônio jurídico do réu, por decisão judicial definitiva.

Além disso, como salientado, a conversão das penas alternativas em carcerária pelo Juízo das Execuções encontra-se adstrita ao eventual descumprimento injustificado de qualquer das obrigações impostas (art. 44, § 4º, do CP c/c art. 181 da LEP) ou quando incompatível com nova condenação a pena privativa de liberdade por outro crime (art. 44, § 5º, do mesmo diploma). Ausente qualquer desses parâmetros, impõe-se a observância do ato judicial transitado em julgado, nos seus exatos termos.

O comando inscrito no art. 111 da LEP, invocado pelos defensores da aplicação do concurso material levando em conta as penas privativas, não confere amparo legal à supressão das restritivas de direitos fixadas. Veja-se o teor do apontado dispositivo:

“Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento da pena será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observadas, quando for o caso, a detração ou a remição”.

Importa notar que essa regra se encontra no Capítulo I da Lei de Execução Penal, vale dizer, trata especificamente “das penas privativas de liberdade”, bem como incluído na Seção II, “dos regimes”. O artigo precedente (art. 110) dispõe que “o juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liber-

dade, observado o disposto no art. 33 e seus parágrafos do Código Penal”.

Portanto, a hipótese prevista no aludido comando legal diz respeito unicamente à regressão do regime prisional fixado para outro mais severo decorrente da soma das penas privativas de liberdade. Toda a jurisprudência encontrada a respeito do tema situa-se nesse sentido, ou seja, debate-se a transposição do regime aberto para o semi-aberto ou deste para o fechado.

Assim, é de se concluir, no mínimo, que a interpretação extensiva, que se pretende conferir ao referido art. 111 da Lei de Execuções para contemplar situações nele não previstas, configura analogia *in malam partem*, incabível em nosso ordenamento jurídico-penal, não podendo, portanto, ser empregada em desfavor do réu (nesse sentido, v. a lição de Assis Toledo, em sua obra *Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 27).

Afora isso, tal dispositivo não trata das penas restritivas de direitos, as quais são abordadas no Capítulo II da Lei n° 7.210/84, sendo que as possibilidades de sua conversão restam enumeradas taxativamente no art. 181 do mesmo Diploma Legal, *verbis*:

“Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em pena privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do art. 45 e seus incisos do Código Penal (em sua antiga redação). § 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado: a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital; b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço; c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto; d) praticar falta grave; e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa”.

Ao contrário do que se sustenta, a alínea “e” acima referida não autoriza a conversão na hipótese de condenação superveniente também substituída por penas restritivas, porquanto essa previsão legal se destina tão-só aos casos em que a nova sentença impôs exclusiva sanção carcerária, vale dizer, se por qualquer motivo a privativa de liberdade encontra-se suspensa, não há se cogitar de conversão.

Comentando esse regramento, leciona Mirabete que “também ocorrerá a conversão quando o agente sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa (letra e). É uma consequência lógica do sistema, já que, sofrendo nova condenação, agora à pena privativa de liberdade, devendo cumpri-la por não ter sido concedido o sursis, fica o condenado impedido de prestar serviços à comunidade. Esta sanção, portanto, deve ser convertida em privativa de liberdade, cumprindo-a o condenado cumulativamente com a nova sanção imposta. Havendo, porém, possibilidade de cumpri-

mento da pena substitutiva anterior, é facultado ao juiz deixar de promover a conversão (art. 44, § 5º, com a nova redação). Assim, se houver nova condenação à pena de multa ou restritiva de direitos, ou mesmo à pena privativa de liberdade com concessão do sursis, não haverá conversão” (Execução Penal, 10ª ed., Ed. Atlas, p. 716).

É inafastável que a substituição da reprimenda por sanções restritivas precede à hipótese de *sursis*, mostrando-se mais favorável ao acusado — pois a suspensão condicional só será concedida “desde que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44” (art. 77, III, do CP). Forçoso, pois, reconhecer que a melhor interpretação da alínea “e” do art. 181 da LEP é no sentido de que a prestação de serviços à comunidade deva necessariamente ser convertida em privativa de liberdade apenas quando ocorrer nova condenação à pena de prisão sem qualquer substituição ou suspensão.

Por outro lado, sobre o tema, vale observar que o art. 45 do CP em sua antiga redação, dizia o seguinte: “A restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, quando: I — sobrevier condenação, por outro crime, à pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa; II — ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta”.

Como se vê, não obstante de forma tímida, o antigo dispositivo também só assegurava a conversão nos casos em que “a execução não tenha sido suspensa” por qualquer motivo ou tenha o condenado descumprido a obrigação.

Entretanto, com a edição da Lei nº 9.714/98, tais disposições se alargaram nos termos do art. 44, §§ 4º e 5º, do Estatuto Repressivo.

Segundo Celso Delmanto, “quanto à alínea ‘e’ do art. 181 da LEP, que previa a conversão da pena restritiva de direitos na hipótese do sentenciado sofrer nova condenação à pena privativa de liberdade sem sursis, foi ela tacitamente revogada pelo art. 44, § 5º, do CP (...) Caso sobrevenha condenação à pena privativa de liberdade por outro crime, o juiz decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. Ao contrário do que ocorre com o sursis, no qual havendo condenação posterior por crime doloso durante o período de prova a sua revogação é obrigatória (art. 81, I) tratando-se de pena substitutiva prevista no art. 43 e seguintes a sua conversão em privativa de liberdade, na mesma hipótese, só terá incidência como extrema ratio, conforme expressa disposição do final deste § 5º...” (CP Comentado, 5ª ed., Ed. Renovar, p. 84).

Aliás, a jurisprudência do TRF da 4ª Região já analisou a aplicabilidade do parágrafo 5º do art. 44 do CP, em situação análoga, nos termos do Acórdão assim ementado:

“Habeas Corpus. Unificação de penas. Concurso material. Manutenção das penas restriti-

vas de direitos. Execução provisória — Correto o reconhecimento do concurso material quando da unificação das penas, mesmo se o réu é condenado em processos distintos, com penas distintas e substituídas por penas restritivas de direitos estabelecidas na sentença. A soma delas não leva necessariamente à pena corporal quando exceda o total o limite de quatro anos. Interpretação do art. 44, § 5º, CP. Ordem parcialmente concedida” (HC nº 2002.04.01.057106-9/RS, unânime, rel. des. Volkmer de Castilho, julg. em 10.03.2003).

Do voto proferido pelo eminente relator, permito-me transcrever o seguinte trecho:

“O juiz considerou corretamente haver concurso material, porque as condutas delituosas foram perpetradas mediante ações e resultados distintos, mas equivocou-se ao entender pela não substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Estas, as penas restritivas de direitos, ao contrário, devem ser somadas, porque já foram individualmente substituídas, respeitando, assim, as decisões proferidas. É que, além disso, o § 5º do art. 44 do CP prevê a possibilidade da manutenção da pena restritiva de direitos mesmo sobrevivendo nova condenação com pena privativa de liberdade, quando for possível ao condenado o cumprimento das penas restritivas impostas. Conforme ensina Júlio Fabbrini Mirabete, in: ‘Código Penal Interpretado’: ‘Dispõe a nova Lei de Execução Penal que as penas restritivas de direitos serão convertidas em pena privativa de liberdade quando o executado sofrer nova condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa (art. 181, § 1º, ‘e’). A regra, entretanto sofreu atenuação, pois se permite que, no caso de superveniência de nova condenação, o juiz pode deixar de aplicar a conversão se, não obstante a nova condenação, além da hipótese de suspensão condicional, for possível ao condenado cumprir a pena restritiva de direitos anterior, por inexistir incompatibilidade com a execução da nova reprimenda imposta. Não se trata mais, portanto, de conversão automática de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade quando ocorrer nova condenação’ (...) Ora, se a lei prevê expressamente que mesmo sobrevivendo condenação com pena corporal, pode ser mantida a pena restritiva já imposta,

não vejo razão para não manter duas penas restritivas de direitos quando o Juiz da condenação considerou-as mais adequadas. É esse o parecer do MPF (fls. 270/2) com fundamento na melhor interpretação do art. 44, § 5º, do CP, que adoto...”

De todo modo, por qualquer ângulo que se observe, tal inteligência não se modifica. Independentemente da ordem das condenações (alternativa/privativa ou privativa/alternativa), em determinadas oportunidades as alternativas devem ser mantidas, em outras não. A propósito, veja-se interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que bem dimensiona a questão:

“Processual penal. Agravo em execução. Superveniência de condenação. Conversão de restritiva de direitos em privativa de liberdade. Imposição do art. 44, § 5º, do CP — Estando o agravante cumprindo pena privativa de liberdade (regime fechado) resta impossibilitada a prestação de serviços à comunidade, porquanto incompatível o cumprimento simultâneo das sanções. À unanimidade, deram provimento ao agravo ministerial para converter a pena substitutiva de prestação de serviços à comunidade em privativa de liberdade” (Agravo de Execução nº 70003761350, Câmara Especial Criminal do TJRS, relator des. Reinaldo José Rammé, julg. em 19.03.2002)

Repetindo: caso a anterior condenação seja compatível com a nova (ou vice-versa) — vale dizer, mostrando-se possível o cumprimento simultâneo das penas restritivas de direitos com a privativa de liberdade — não há lugar para a conversão e menos ainda quando as duas privativas de liberdade foram substituídas por restritivas de direitos com trânsito em julgado para a acusação.

Em suma, na hipótese agitada nestas breves reflexões, mister concluir não haver amparo legal para a revogação, pelo Juízo da Execução, das penas restritivas de direitos fixadas por sentença transitada em julgado. Consoante explicitado, a guerreada conversão somente poderá ocorrer nos termos do art. 181 da Lei de Execução Penal, mostrando-se inaplicável ao caso em discussão o art. 111 do mesmo diploma. ◉

Élcio Pinheiro de Castro
Desembargador federal do TRF da 4ª Região

2º CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL

Dando continuidade aos trabalhos iniciados no 1º Fórum Latino Americano (Ribeirão Preto – 2002), que estabeleceu a Rede Internacional de Política Criminal Alternativa, a Universidad Nacional Autónoma de México e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais realizarão, no período de 15 a 17 de outubro de 2003, na Cidade do México, o 2º CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL.

Informações através do tel: (55) 5623-1648, com Augusto Sanches, ou através do nosso site: www.ibccrim.org.br.

DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. IMPOSIÇÃO DE CESTAS BÁSICAS. SUSPENSÃO DO PROCESSO

Massimo Palazzolo

Massimo Palazzolo

É cediço, dentro do ordenamento jurídico, que não há *pena* sem a prévia cominação legal; é o que preconiza o art. 5º, XXXIX, 2ª parte, da Magna Carta de 1988, que assim dispõe: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (grifo nosso).⁽¹⁾

Nessa mesma linha de raciocínio, reza o art. 1º do Código Penal: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (grifo nosso).⁽²⁾

Além disso, para a imposição de uma pena, deverá o Estado-Administração, por meio do Ministério Público Federal ou Estadual, conforme a competência, ou mesmo o querelante, por intermédio de uma ação penal ou queixa-crime, respectivamente, garantir, no devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, consoante dispõe o art. 5º, LIV e LV, da Magna Carta de 1988.

Não obstante a regra da imposição de uma pena por meio de um processo criminal, este fica afastado pela Lei nº 9.099/95, arts. 61 e 76, c/c a Lei nº 10.259/02, art. 2º, as quais criarão os Juizados Especiais, no âmbito Distrital, Estadual e Federal, por determinação Constitucional (art. 98, I e parágrafo único, com a redação da EC nº 22/99), porque permitiu ao Ministério Público Distrital, Estadual ou Federal, conforme a competência, nos casos de crimes de ação penal pública incondicionada, para os quais a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, *propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas* (grifo nosso), por meio do que se chama de **transação penal**.⁽³⁾

Observe que, pelo procedimento da transação penal, caso aceita a proposta formulada pelo autor da infração e seu defensor, estar-se-á impondo *uma pena*, pelo Estado-juiz, restritiva de direito ou multa, sem discutir a culpa do autor da infração, dentro de um devido processo legal, o qual fica afastado, pela mitigação dada ao princípio da oficialidade/legalidade concedido ao *parquet* distrital, estadual ou federal, consoante leis dos Juizados Especiais.

Ressalte-se que as penas restritivas de direito e de multa serão aquelas que se encontram capituladas no Código Penal, nos arts. 43 e seguintes (com a redação dada pela Lei nº 9.714/98) e nos arts. 49 e seguintes, respectivamente.⁽⁴⁾

Enfatiza-se que o art. 76 da Lei nº 9.099/95 está a respeitar o princípio da reserva legal, porque permite a imposição de pena, ao descrever, expressamente, *a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas*.⁽⁵⁾

Contudo, não podemos sustentar a aplicação de pena restritiva de direito ou multa quando a questão envolve, por meio da lei

dos Juizados Especiais, Suspensão do Processo - *Sursis* Processual, e nele é aplicada, pelo Estado-juiz, ao autor de crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidos ou não por aquela lei, após proposta do *parquet*, a imposição da apresentação de cestas básicas, por um período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, conforme o caso, como espécie de condição judicial, a teor do art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, sob pena de estarmos violando o princípio da reserva legal.⁽⁶⁾

Note-se, em primeiro lugar, que o art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, ao contrário do que dispõe o art. 76 do mesmo diploma, não fala em pena, mas sim em especificar *outras condições* (grifo nosso).⁽⁷⁾

Ora, se justamente o princípio da reserva legal é para vedar o arbítrio judicial, para que não se empregue a analogia, para que não se faça interpretação extensiva para incriminar algum fato ou mesmo tornar mais severa sua punição, jamais se poderia, desse modo, impor, como *condição judicial*, a entrega, pelo acusado, de cestas básicas a alguma instituição assistencial preestabelecida pelo juízo, pois se estaria impondo uma pena sem a prévia cominação legal, com total afronta ao art. 5º, XXXIX, da Magna Carta de 1988 e ao art. 1º, do Código Penal.

Ressalte-se acórdão do E. STF, da lavra do ministro **Marco Aurélio**:

“**Ato judicante - Vinculação - Princípio da legalidade** — É incompatível com o exercício judicante a prática de ato discricionário. Impõe-se a observância do princípio da legalidade, atuando o agente do Poder Judiciário a partir do arcabouço normativo existente. Mitigação do sentido vernacular do verbo poder (poderá), emprestando-se alcance compatível com o sistema jurídico nacional” (STF, 2ª Turma, rel. **Marco Aurélio**, HC nº 75.379-5, j. 02.12.97, DJU 06.03.1998, p. 3).⁽⁸⁾

Observe-se que, quando se está impondo a entrega de cestas básicas, a roupagem dessa *condição judicial* é de uma prestação pecuniária, a qual se encontra no rol das penas restritivas de direito, a teor do art. 43, I, do Código Penal (com a redação dada pela Lei nº 9.714/98).

Na essência, a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social (grifo nosso), a teor do art. 45, § 1º, primeira parte, do Código Penal (com a redação dada pela Lei nº 9.714/98).

Esse mesmo dispositivo, por outro lado, em seu § 2º, permite, se houver a aceitação do beneficiário, que a prestação pecuniária converta-se em prestação de outra natureza.

Sendo assim, ao meu sentir, quando o juiz especifica a imposição da entrega de cestas básicas a uma entidade assistencial pré-estabelecida como *condição judicial* na suspensão do processo, nada mais faz do que impor uma prestação pecuniária, só que de outra natureza.

Podemos sustentar, também, a afronta à legalidade, com os mesmos argumentos dados à prestação pecuniária, quando se impõem como *condição judicial* outras espécies de penas restritivas de direito, tal como prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, quando da suspensão do processo.

O legislador, quando permite a imposição de uma pena, faz isso expressamente. Agora, com todo o respeito às opiniões em contrário, não podemos concordar que aquilo que está escrito no § 2º do art. 89 da Lei nº 9.099/95 expresse a permissão de imposição de uma pena restritiva de direito pelo Estado-Juiz, porque a expressão *outras condições* não é o mesmo que pena. ◻

Bibliografia

- NUCCI, Guilherme de Souza.** *Código Penal Comentado/Guilherme de Souza Nucci*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- OLIVEIRA, Juez de.** *Constituição da República Federativa do Brasil*, 31ª ed., Ed. Saraiva, 2003.
- JESUS, Damásio E. de.** *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, São Paulo: Saraiva, 1995.
- FRANCO, Alberto Silva. II. STOCO, Rui.** *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. 1: Parte Geral, 7ª ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato.** *Manual da Monografia Jurídica/Rizzato Nunes*, 4ª ed. ver., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2002.

Notas

- (1) CF/88, edição 2003, p. 9.
- (2) **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Código Penal Comentado*, p. 31.
- (3) **JESUS, Damásio E. de.** *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, São Paulo: Saraiva, 1995.
- (4) **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Código Penal Comentado*, pp. 148/163.
- (5) **JESUS, Damásio E. de.** *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, São Paulo: Saraiva, 1995.
- (6) *Idem*.
- (7) *Idem*.
- (8) **FRANCO, Alberto Silva. II. STOCO, Rui.** *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. 1: Parte Geral, 7ª ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Massimo Palazzolo

Juiz federal substituto em Santos/SP

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - AINDA UMA LONGA TRAJETÓRIA

Juliana Cardoso Benedetti

Juliana Cardoso Benedetti

Era mais uma das reuniões periódicas promovidas pela Associação de Mães e Amigos de Adolescentes em Risco, a AMAR. Eu comparecia pela primeira vez, embora já cativada pela corajosa presidente da Associação, Dona Conceição, a esse espaço privilegiado, em que as mães cujos filhos adolescentes encontram-se internados em unidades da FEBEM sentem-se livres para compartilhar, com as demais, suas aflições e esperanças. Tratava-se, no entanto, de uma ocasião peculiar, já que estávamos em abril, momento em que o colapso do complexo de Franco da Rocha/SP mostrava-se iminente, e o soluço apreensivo daquelas mães estava prestes a rebentar. Corriam, entre elas, notícias terríveis de torturas e maus-tratos. Falava-se que os monitores das unidades 30 e 31 teriam formado um “corredor polonês”, obrigando os internos, além de suportar toda a sorte de agressões enquanto passavam pelas filas de monitores, a andar descalços sobre cacos de vidro. Vários dos internos foram isolados do convívio com os restantes, esquecidos nas chamadas “trancas”, e todas as atividades escolares, recreativas e profissionalizantes haviam sido suspensas, de modo que os adolescentes passavam suas horas sem qualquer ocupação minimamente construtiva, relegados à ociosidade de suas pequenas celas.

Os relatos das mães já estavam, àquela altura da reunião, suficientemente aterradores. Contudo, o assombro com as sistemáticas violações de direitos humanos e a conseqüente banalização da violência dentro das unidades de internação da FEBEM foi coroado com o desabafo de um jovem. Enquanto conversávamos, aproximou-se calmamente da roda formada pelas mães um rapaz moreno e de baixa estatura, que se encaminhava, em realidade, ao Grupo de Apoio à Prevenção à AIDS — o GAPA —, organização com sede vizinha à da AMAR, no malfadado Edifício Andraus. Perguntou, tímido, se nós discutíamos sobre a FEBEM e, depois da afirmativa, ofereceu-se a dar seu depoimento pessoal. Disse-nos que tinha vivido no S.O.S. Criança do bairro da Mooca dos 13 aos 18 anos, período em que sofreu toda a espécie de abusos e agressões, tanto por parte dos agentes do Estado quanto dos adolescentes mais velhos. Contou que foi violentado sexualmente e, quando finalmente pôde sair daquele ambiente hostil, descobriu-se portador do vírus HIV. Agora pretendia mover uma ação contra o Estado e pleitear uma indenização pelos danos sofridos ao longo dos anos em que esteve internado. Durante todo o seu relato, no entanto, fez questão de enfatizar que não fora internado por ter cometido ato infracional, mas, sim, por se encontrar em estado de “carência”.

Esse dado causou um certo espanto. Afinal, por que um adolescente que não havia praticado qualquer delito havia sido segregado do convívio social e, ainda, colocado ao lado de adolescentes infratores, recebendo exatamente o mesmo tipo de atendimento? Depois de alguma reflexão, percebi que esse espanto era, de fato, positivo. Isso porque refletia que algumas das novas diretrizes do Direito da Infância e da Juventude, inauguradas com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.090 de 13 de setembro de 1990, foram assimiladas pelo senso comum. Depois do ECA, realmente, não há mais sentido em tratar de modo indistinto o jovem vítima da violência e o jovem causador de violência, como ocorria até o advento desse diploma legal.

Em verdade, é justamente essa distinção o marco divisor de águas que distancia a doutrina da proteção integral, consagrada nos dispositivos do ECA, da doutrina da situação irregular, insculpida no antigo Código de Menores, Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Sob a égide da “situação irregular”, o Código de Menores conferia mesmo tratamento legal a jovens sujeitos passivos e a jovens sujeitos ativos da violência. Com efeito, o art. 2º do Código de Menores entendia como menor em situação irregular, de um lado, aquele privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução, aquele vítima de maus-tratos ou castigos imoderados, aquele em perigo moral ou aquele privado de representação ou assistência legal pela falta dos pais ou responsável e, de outro, aquele com desvio de conduta ou autor de infração penal. A amplitude da definição da categoria jurídica “situação irregular” dava margem a grande arbitrariedade por parte do juiz do Juizado de Menores, que reunia, pela falta de precisão legal, imenso poder sobre o destino do jovem, oculto sempre sob o vago pretexto de “regularizar” a situação do menor. Segundo o argentino **Emilio García Mendez**, em seminário realizado no mais recente Colóquio Internacional de Direitos Humanos, se o Direito for concebido como fator de estabilidade e previsibilidade das relações sociais, a doutrina da situação irregular representava, na realidade, um antidireito, já que a elevada dose de arbítrio comprometia a própria objetividade das decisões jurídicas. Ademais, provocava distorções como a ocorrida no caso desse jovem, que sofreu diretamente as conseqüências do tratamento indiferenciado entre jovens carentes e jovens infratores, sem que se atendessem as necessidades específicas de cada um desses grupos.

Entretanto, por mais que se reconheçam os louros do Estatuto da Criança e do Adolescente, os relatos das mães da AMAR e a con-

dição atual da FEBEM, cujo paradigma é o complexo de Franco da Rocha, o qual atingiu neste ano a média de uma rebelião a cada quinze dias (*Folha de S.Paulo*, 27/07/2003), apontam que ainda se está bastante longe do ideal. Não obstante a distinção entre os dois grupos de jovens tenha sido, ao longo dos treze anos de ECA, devidamente assimilada, nem todas as novas diretrizes do Estatuto foram perfeitamente incorporadas à mentalidade dos operadores do sistema da Justiça da Infância e da Juventude, especialmente no tocante ao adolescente infrator. Lamentavelmente, como de forma brilhante diagnóstica **Mendez** (**Mendez apud Batista**, 2001: 44), o tratamento historicamente conferido ao adolescente infrator, mesmo nos dias de hoje, oscila entre um “retribucionismo hipócrita” e um “paternalismo ingênuo”.

O retribucionismo hipócrita se identifica com o rigorismo penal, cujo objetivo fulcral é que o caráter punitivo da medida seja o mais severo possível, ainda que seja de amplo conhecimento a inocuidade dessa austeridade. Acompanhada sempre do clamor por uma legislação de pânico, pautada em especial pelas campanhas incessantes em prol da redução da maioridade penal, essa perspectiva desconsidera que o adolescente infrator é pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, para quem a reclusão em uma unidade de internação — cujas condições deploráveis são notórias — pode significar prejuízo irreparável, seja causando traumas de difícil superação, seja inspirando uma revolta interna que o induza a mergulhar, em definitivo, no meio infracional. Desconsidera, sobretudo, que o processo de ressocialização de um jovem, justamente porque ele se encontra em um estágio especial de desenvolvimento, tem chances mais otimistas de êxito do que o de um adulto, desde que lhe seja oferecido o atendimento adequado e que seja suprimida ao máximo a vulnerabilidade que motivou o delito. Sem mencionar que o rigorismo incentiva e, de certa forma, legitima a violência de Estado praticada pelos agentes da FEBEM.

O paternalismo ingênuo, ao contrário do que se possa supor, não é mais vantajoso ao adolescente que o retribucionismo. Assumindo que o adolescente infrator é pessoa sem vontade autônoma, que deve ser objeto de tutela, os operadores do sistema de Justiça da Infância e da Juventude colocam-se como únicos detentores da sorte do jovem. Presumindo saber o que é necessário para o bem-estar do adolescente, burlam o devido processo legal, acreditando erroneamente, com isso, estar auxiliando-o e protegendo-o de males maiores. Daí, por exemplo, ser freqüente, nos processos da infância e da juventude, a violação ao

princípio da presunção de inocência, estimulando-se a prática da auto-incriminação. Para os operadores do sistema de Justiça Juvenil, a confissão denota arrependimento, o que induz a um tratamento mais brando por parte dos juízes e promotores. Por assim dizer, a confissão é tida como sinal de maturidade do adolescente e a presença de maior ou menor maturidade é o fator que, justamente, vai determinar a maior ou menor necessidade da tutela e, por via de consequência, a maior ou menor duração da internação. Não é incomum, aliás, que promotores e técnicos, crendo estar protegendo-os, encorajem garotos a confessarem a participação em delitos que não cometeram, a fim de que o juiz não os veja como adolescentes arredios e não lhes seja tão severo. O exercício do direito ao silêncio, assim, acaba sendo prejudicial ao adolescente, quando, originalmente, deveria beneficiá-lo.

Além da afronta ao devido processo legal, o paternalismo leva, ainda, a compreender o jovem como pessoa incapaz de autodeterminação, à patologização do adolescente infrator, o qual é aproximado ao doente mental. Entende-se, bem ao gosto do positivismo lombrosiano, que, não possuindo vontade autônoma, os garotos cometem delitos porque já possuem uma predisposição criminoso natural. Os juízes, com efeito, têm apresentado uma grande tendência de interpretar os atos infracionais como resultado da presença de distúrbios psíquicos, o que se verifica pelo recente aumento da realização de testes psiquiátricos, como o teste de Rorschach, determinados judicialmente. Encarados os adolescentes como doentes mentais perigosos à sociedade, o período de segregação tende, por sua vez, a prolongar-se, ferindo-se o princípio da brevidade da internação con-

signado tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ora como objeto do rigor penal, ora objeto de tutela, o adolescente infrator deixa de ser sujeito de direitos. Insistir no retribucionismo ou no paternalismo é deturpar o espírito da nova sistemática normativa atinente à infância e à juventude. A despeito dos inúmeros avanços já conquistados, resta ainda uma longa trajetória até a implantação integral das novas diretrizes trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Um primeiro passo, talvez, fosse rever completamente os moldes atuais de operação da própria FEBEM, cujo funcionamento, fundado na noção de institucionalização total do adolescente, é retrógrado e causador de inúmeras distorções no sistema da infância e da juventude. Isso, é claro, sem menosprezar a importância da reciclagem de alguns juízes e promotores, cuja mentalidade, infelizmente, mostra-se incompatível com o novo Direito da Criança e do Adolescente. ●

Bibliografia

BAPTISTA, Myrian Veras. *Medidas Socioeducativas em Meio Aberto e de Semiliberdade*, vol. 1, São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

MENDEZ, Emilio García. "Infância, Lei e Democracia: Uma Questão de Justiça", *Revista da Associação dos Magistrados Catarinenses (AMASC)*, 1998, ano 4, vol. 5.

Juliana Cardoso Benedetti

Terceiranista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e estagiária do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Ilanud)

Juliana Cardoso Benedetti

Legislação

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 - (Asmego)

— MARANHÃO

- Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão
- Centro Unificado do Maranhão - CEUMA

— 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
- Veredicto Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

LEGISLAÇÃO:

LEI Nº 10.732/2003

Altera a redação do art. 359 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral (institui a obrigatoriedade do depoimento pessoal no processo penal eleitoral).

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º O art. 359 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 359. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para o depoimento pessoal do acusado, ordenando a citação deste e a notificação do Ministério Público.

Parágrafo único. O réu ou seu defensor terá o prazo de 10 (dez) dias para oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas." (NR)

Art. 2º (vetado)

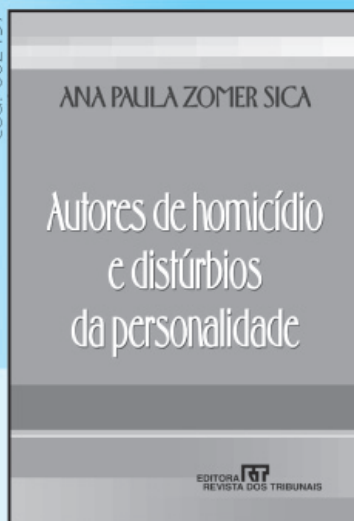
Brasília, 5 de setembro de 2003; 182º da Independência e 115º da República.

Luiz Inácio Lula da Silva
Márcio Thomaz Bastos

Este texto não substitui o publicado no DOU de 8.9.2003

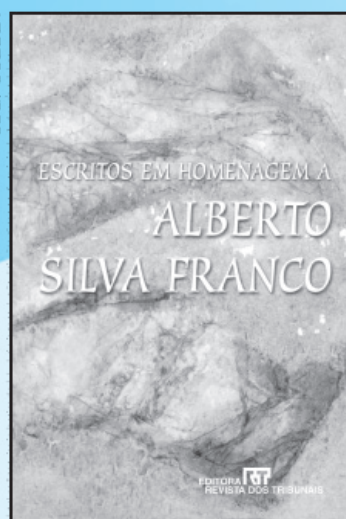
Lançamentos RT

cód. 002457



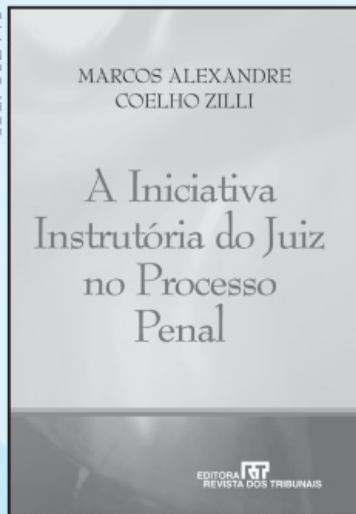
**120 páginas
brochura**

cód. 002321



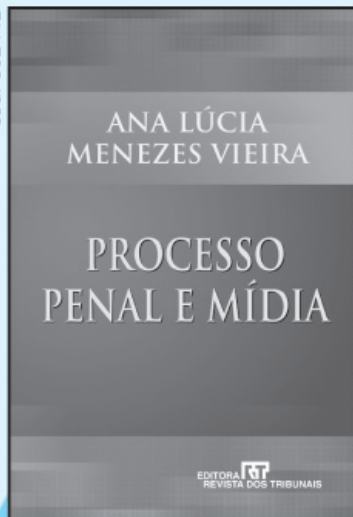
**476 páginas
brochura**

cód. 002440



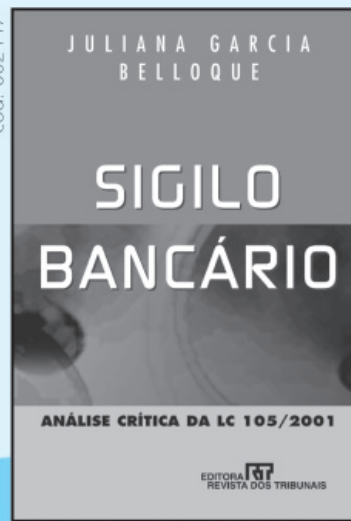
**316 páginas
brochura**

cód. 002442



**288 páginas
brochura**

cód. 002447



**200 páginas
brochura**

**livraria
RT**

Adquira estas e outras obras
na *Livraria RT Virtual*
www.livrariart.com.br

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS
Atendimento ao consumidor:
0800 702 2433
www.rt.com.br