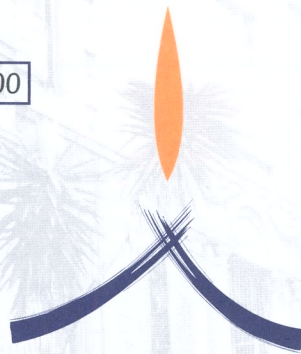


ANO 8 - Nº 95 - Outubro/2000

Boletim



IBCCRIM

Publicação
Oficial do
INSTITUTO
BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS

Edição Especial do

VI

**SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**

De 3 a 6 de Outubro de 2000
Maksoud Plaza Hotel - São Paulo

Processo
Penal

Direito
Penal

Sociologia
Jurídica

Criminologia

A Morte do Tempo na Prisão

KIKO GOIFMAN

VI O preso — além de ser espacialmente separado da sociedade — é submetido a uma experiência temporal diferenciada. Enquanto do lado de fora o tempo aparece como um bem cada vez mais escasso e as idéias de rapidez e aceleração tornam-se imperativas, na prisão os internos são submetidos à ociosidade. A não existência de rotinas regulares de trabalho faz com que a percepção do tempo se dê pelo excesso. Mata-se um dia para que no próximo ele nasça com ainda maior intensidade.

Dentro da sociedade carcerária diversas são as formulações simbólicas e as representações sobre o tempo. Desde os primórdios da implantação da pena de privação de liberdade, o tempo já era apontado como elemento de proporcionalidade entre o delito e o castigo — quanto "mais grave o erro", maior a duração da punição. Em várias experiências diferenciadas de encarceramento, a utilização do tempo do sentenciado, a implementação pelo quadro administrativo de rotinas organizacionais, a disciplina como fator de otimização do tempo passado no cárcere e o trabalho com intuito de reintegração

social ou castigo forma fórmulas constantes. Mesmo em instituições cuja finalidade última era simplesmente a exclusão, o decorrer do tempo passado no cárcere era pensado como condição para o arrependimento. A duração da pena como caminho, trajeto para se chegar à redenção, possível libertação progressiva do mal, dos instintos animais, concepção esta afinada com a visão cristã agostiniana.

A associação da ociosidade com o mal, a "vagabundagem" em oposição à valorização do "tempo útil", é sem dúvida uma das características principais dos processos modernos de racionalização. Formulações tais como "tempo é dinheiro" ou "não temos tempo a perder" assumem caráter corriqueiro em um cenário que se desenvolveu até chegarmos ao momento atual no qual a velocidade é percebida como positiva e o tempo é visto como um bem, individual

ou coletivo, que não pode ser desperdiçado.

Os atores sociais presos, por sua parte, encarregam-se de formular e recriar uma série de atividades para matar o tempo e o próprio período passado na prisão é visto como tempo perdido no que diz respeito às expectativas de ressocialização. Em um cenário de escassez, alguns diretores de instituições carcerárias se esforçam para ocupar os presos, mas, além de não haver trabalho para todos, vários defrontam-se com a ociosidade reconhecida como valor por parte do mundo do crime. Negocia-se o uso do tempo em vários níveis. No relacionamento entre a própria população carcerária, entre presos e agentes, entre os atores sociais presos e a administração. Negociar, aliás, é uma palavra-chave para a compreensão do cotidiano das prisões brasileiras, onde estão presentes tensões e dilemas relativos ao exercício diário de estatutos e regulamentos. Mesmo funcionários da burocracia institucional apontam para o fato de que atuar de forma competente na prisão só é possível graças ao saber prático.

Essa discussão pautada em argumentos das ciências sociais será o ponto de partida da exposição no seminário. O enfoque central proposto diz respeito às formas recorrentes de utilização do tempo no cárcere. A arte, o artesanato, o trabalho, o jogo e a presença cada vez mais freqüente dos meios de comunicação como janelas de espaço-tempo no cotidiano carcerário serão aqui matéria-prima de investigação. Para tratar desse tema, a conciliação de parâmetros da antropologia e arte. Estaremos abordando ainda o modo como alguns artistas se dedicaram à interpretação do universo da prisão. Olhares pouco ortodoxos, radicais, essencialmente subjetivos, mas, que podem — e muito — auxiliar profissionais de outras áreas na compreensão dessa complexa instituição.

O autor é antropólogo, mestre em multimídia, artista e autor do livro e CD-ROM "Valetes em Slow Motion".

ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Edição Especial -
Outubro/2000 - nº 95

- A Morte do Tempo na Prisão
- Kiko Goifman02
- Algumas Observações Sobre
o Direito Penal e a Internet
- Vicente Greco Filho03
- Lavagem de Dinheiro
(Lei nº 9.613, de 03.03.98)
Casam Mazloum04
- Sonegação de Contribuição
Previdenciária e Perda Judicial
- Damásio de Jesus05
- Casa de Detenção de São Paulo
- Passado e Presente
- Fernando Salla06
- Por Falar em Provas Ilícitas
- Adauto Suannes07
- O Mesmo Olhar Positivista
- Vera Malaguti Batista08
- Tribunal do Júri e
Direito Comparado - Sugestões
Para Um Modelo Brasileiro
- Ana Paula Zomer10

"Em um cenário de escassez, alguns diretores de instituições carcerárias se esforçam para ocupar os presos, mas, além de não haver trabalho para todos, vários defrontam-se com a ociosidade reconhecida como valor por parte do mundo do crime. Negocia-se o uso do tempo em vários níveis. No relacionamento entre a própria população carcerária, entre presos e agentes, entre os atores sociais presos e a administração."

Algumas Observações Sobre o Direito Penal e a Internet

VICENTE GRECO FILHO



Há algumas semanas os meios de comunicação deram a notícia de que jovens, no Rio Grande do Sul, obtiveram a senha de usuários da Internet e passaram a utilizá-la, com isso onerando a conta de terceiros em face dos provedores.

O que me surpreendeu, porém, foi uma observação, feita *en passant*, e como usual naqueles meios, certamente editada (entenda-se truncada), de que o Direito não está preparado para enfrentar o fenômeno Internet, porque não se trata de um mundo real mas de um mundo virtual.

A afirmação, porém, revela ou pode levar a uma errada compreensão do problema.

Todas as conquistas culturais do homem, obviamente, exigem do Direito uma atualização, como aconteceu com a fotografia, o avião, o telefone, o automóvel e tantas outras. A Internet não é diferente, mas, como se diz neste País, "não tem essa bola toda".

A tentativa de se ver uma dicotomia entre o real e o virtual não passa de publicidade que procura supervalorizar esses meios modernos de, para alguns, apenas diversão.

Não existe a tal realidade virtual. A realidade não comporta qualificativos. A realidade é, e pronto.

Não existe a menor razão para bajular os meios eletrônicos, atribuindo-lhes o poder de ter criado uma realidade diferente. Não são realidade virtual o cinema, a televisão e o milenar teatro? E a música?

Trata-se de pura e vã exibição de vaidade dos que têm interesse em promover a "grande rede".

A Internet não passa de mais uma pequena faceta da criatividade do espírito humano e como tal deve ser tratada pelo Direito, especialmente o Penal. Evoluir, sim, mas sem querer "correr atrás", sem se precipitar e, desde logo, afastando a errônea idéia de que a ordem jurídica desconhece ou não está apta a disciplinar o novo aspecto da realidade. E pode fazê-lo no maior número de aspectos, independentemente de qualquer modificação.

Em matéria penal, focalizando-se a Internet, há dois pontos de vista a considerar: crimes ou ações que merecem incriminação praticados **por meio da Internet** e crimes ou ações que merecem incriminação praticados **contra a Internet**, enquanto bem jurídico autônomo.

Quanto ao primeiro, cabe observar que os tipos penais, no que concerne à sua estrutura, podem ser crimes de resultado de conduta livre, crimes de resultado de conduta vinculada, crimes de mera conduta ou formais (sem querer discutir se existe distinção entre estes) e crimes de conduta com fim específi-

co, sem prejuízo da inclusão eventual de elementos normativos.

Nos crimes de resultado de conduta livre, à lei importa apenas o evento modificador da natureza, como, por exemplo, o homicídio. O crime, no caso, é provocar o resultado morte, qualquer que tenha sido o meio ou a ação que a causou. Na Europa conta-se que já ocorreu um homicídio por meio da informática: um *hacker* invadiu os computadores da UTI de um hospital e, manipulando os dados, provocou a morte do paciente.

Esse exemplo mostra bem o que queremos dizer no começo: homicídio é homicídio, não importa se praticado com arma de fogo ou pela Internet e inexistente qualquer necessidade de se inventar figura especial para esta última. Tal situação vale para praticamente todas as condutas praticadas por meio ou com a Internet.

Assim, se se questiona a pornografia, adulta ou infantil, na rede, a discussão não é diferente da que se discute em função da televisão, revistas e, até simples *outdoors*. Pode ocorrer uma maior ou menor dificuldade de coibi-las (se for o caso), dependendo do meio, mas como se disse com relação ao homicídio, a pornografia com abuso de crianças ou adolescentes merece incriminação qualquer que seja o instrumento utilizado para praticá-la.

Isso mostra que o Direito Penal, em geral, está perfeitamente aparelhado na missão de coibir condutas lesivas, seja, ou não, o instrumento utilizado a informática ou a Internet ou a "peixeira".

No episódio acima citado e que suscitou a redação destas linhas, o fato não passa do simples e tradicional estelionato, o nosso velho conhecido art. 171 do Código Penal.

Em tese, os agentes, no caso, obtiveram a vantagem ilícita consistente em se beneficiar da utilização do provedor, em prejuízo do titular que teve sua conta onerada, mediante o meio fraudulento do uso indevido de sua senha, induzindo e mantendo, por essa razão, o provedor em erro (até parece que voltei a redigir uma denúncia).

Idem se alguém se utiliza do cartão de crédito de alguém depois de capturar seu número e senha na Internet.

Querer definir crimes específicos para essas situações é erro grave e perigoso de política penal.

Insistindo, ainda exemplificativamente, se se quer discutir a proteção à intimidade, não se deve fazê-lo especificamente para a Internet, porque a proteção, se for o caso, deve ser genérica, porque tanto a intimidade pode ser invadida na utilização da rede quanto por uma gravação ambiental ou pelos *paparazzi*.

Quanto ao segundo ponto de vista acima indicado, qual seja, o da Internet ou a infor-

mática enquanto bem jurídico autônomo, confesso que cheguei a cogitar de uma situação que mereceria proteção especial. Não a integridade e regularidade da comunicação, por que esse item também merece a proteção genérica igualmente merecida pelo telégrafo, o telefone e a comunicação de dados em geral, mas a integridade das informações ou dos dados guardados por determinada pessoa. Observe-se que a violação da propriedade intelectual de *software*, a chamada "pirataria" já está incriminada.

Melhor pensando, porém, também concluí que nada existe de especial na possível proteção aos bancos de dados informatizados. Isso porque ou pertencem eles à esfera da intimidade ou à esfera da prática comercial ou industrial e nesses campos sua proteção penal deve ser tratada, independentemente de a violação ocorrer por meio da informática.

Tanto é violador o *hacker* que consegue acesso a banco de dados sem autorização quanto o que dele tira uma cópia sem qualquer utilização de meio informatizado, simplesmente subtraindo disquetes. Igualmente, não pode deixar de ser considerado violador aquele que subtrai (ou simplesmente tem acesso não autorizado) a minha caderneta de telefones (que também é um banco de dados) ou minha agenda eletrônica.

Como se vê, as ditas situações modernas não são tão modernas assim. Podem as circunstâncias torná-las mais importantes, mais danosas e, até, mais interessantes, mas não cabe ao Direito Penal entendê-las como um fenômeno diferente do comportamento irregular na humanidade.

A conclusão, portanto, salvo demonstração em contrário, é a de que devemos deixar o Direito Penal em paz, porque está ele perfeitamente apto a atender à proteção dos direitos básicos das pessoas e se houver alguma modificação a fazer, deve ser feita dentro de uma perspectiva de proteção genérica de um bem jurídico e não porque eu tenho um Pentium III de 550 Mh, disco rígido de 4 Gb, 64 Mb de memória RAM, 8 Mb de memória de vídeo e monitor de 20". (Esqueci: e *modem* de 56K, CD-ROM de 32x, DVD e *scanner* de 1.200 dpi, além de outros cacarecos).

Ademais, a "inflação legislativa penal"⁽¹⁾ pode levar-nos à necessidade de um "cadeião" de 8 milhões e quinhentos mil quilômetros quadrados.

NOTA

⁽¹⁾ A expressão é do professor René Ariel Dotti.

O autor é professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613, de 03.03.98)

CASEM MAZLOUM



IBCCRIM
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
(IBCCRIM) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria da gestão 1999/2000

Presidente: Carlos Vico Mañas
Vice-presidente: Tatiana Viggiani Bicudo
2º Vice-presidente: Marcio Orlando Bártoli
1º Secretário: Geraldo de Faria Lemos Pinheiro
2º Secretário: Carlos Alberto Pires Mendes
3º Secretário: Sílvia Helena Furtado Martins
Tesoureiro: Adriano Salles Vanni
Tesoureiro-adjunto: Márcia Maria Silva Gomes
Diretor da Biblioteca: Alberto Silva Franco
Diretor de Cursos: Maurício Zanoide de Moraes
Dir. da Revista - RBCCrim: Ana Sofia Schmidt de Oliveira
Diretora do Boletim: Berenice Maria Giannella
Dir. de Relações Internacionais: Fauzi Hassan Choukr
Diretora do Núcleo de Pesquisas: Luci Gati Pietrocolla

BOLETIM IBCCRIM

Editora do Boletim: Berenice Maria Giannella
Jornalista: Gisele Vieira (MTb. 25.414)
Diagramação, Composição, Montagem
e Fitolito: Ameruso Artes Gráficas
Tel. (0xx11) 215-3596
Impressão: Ativa/IM - Tel.: (0xx11) 3277-9181
Tiragem: 20.000 exemplares

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

Correspondência: IBCCRIM
Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (0xx11) 3105-4607 (tronco-chave)
http: //www.ibccrim.com.br
e-mail: ibccrim@ibccrim.com.br

VI 1 - Origem da expressão "lavagem de dinheiro"

A expressão "lavagem de dinheiro" tem origem nos EUA, nos anos 20, época em que as máfias americanas criaram uma rede de lavanderias de roupas para dar aparência de procedência lícita ao dinheiro auferido com suas atividades ilícitas.

Lavagem de capitais é a conversão de dinheiro produto de atividade criminosa em capitais ou bens aparentemente obtidos legalmente.

Em termos internacionais, a Convenção de Viena, de 1988, foi o primeiro diploma a tratar da lavagem. O Brasil tornou-se signatário em 1991. Interessante notar, porém, que referida convenção foi firmada com o propósito de combater o narcotráfico e não a lavagem propriamente dita. Vale dizer que o combate ao narcotráfico está associado ao combate da lavagem de capitais obtidos com essa atividade ilícita. Calcula-se que o narcotráfico movimentava 500 bilhões de dólares por ano. Há os que defendem que, confiscando ou congelando o dinheiro do traficante, pode-se acabar com o tráfico de drogas.

No Brasil, somente em 1998 foi instituída lei com vistas à repressão da lavagem de capitais, qual seja, a Lei nº 9.613, de 03.03.98.

2 - A lei vai pegar?

A importância do combate à lavagem

Porque se deve combater a lavagem: a) a lavagem fortalece as organizações criminosas; b) ameaça regimes democráticos; c) tais organizações adquirem grau de poder e riqueza que debilita a dos Estados; d) corrompem instituições estatais; e) ameaçam a integridade do setor financeiro e comercial (livre concorrência).

A Lei nº 9.613/98, para que tenha aplicação efetiva, vai depender basicamente do seguinte: a) especialização e qualificação das pessoas encarregadas do combate à lavagem (policiais, procuradores e juizes). É importante que conheçam e sejam treinados sobre os intrincados sistemas financeiros nacionais e internacionais; b) é necessário que haja um sistema de controle financeiro eficiente; c) faz-se imprescindível a cooperação internacional.

Dentro do requisito do controle financeiro eficiente torna-se impostergável um órgão de inteligência que concentre informações sobre operações suspeitas. É que a lavagem não é feita numa mesma lavanderia. Não ocorre num mesmo lugar. A lavagem se utiliza dos mercados financeiro e de bolsa, do mercado imobiliário, do comércio de obras de arte e pedras preciosas, etc. Entre nós, foi criado o COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, encarregado de receber informações a respeito de operações potencialmente

suspeitas. Assim, foi estabelecido o dever de informar pelos diversos órgãos, públicos e privados, a respeito de operações consideradas potencialmente suspeitas.

3 - Defeitos e virtudes da lei.

Dificuldades na comprovação da lavagem; a importância da delação premiada e da inversão do ônus da prova — o acusado é que deve provar a origem lícita do dinheiro

O crime de lavagem pressupõe a existência de crime antecedente. Nesse aspecto, existem as leis de 1ª, 2ª e 3ª geração. As leis de primeira geração prevêm como crime antecedente apenas o narcotráfico. As de segunda, apresentam um rol determinado, como contrabando de armas, corrupção, etc. As de terceira, consideram qualquer tipo de crime como pressuposto da lavagem. A nossa legislação a respeito considera como crime antecedente o narcotráfico, terrorismo, contrabando de armas, extorsão mediante seqüestro, crimes contra a administração pública (exemplo: corrupção e peculato), crimes contra o SFN, ou crimes praticados por organização criminosa. Pretende-se punir, portanto, o dinheiro sujo, originário desses crimes citados, não se incluindo o oriundo da sonegação fiscal.

Alguns pontos importantes da lei para o efetivo combate da lavagem: a) o art. 4º estabelece a apreensão ou o seqüestro de bens objeto da lavagem. Isso é importantíssimo porque diminui o poder das organizações criminosas, inibindo a continuidade de suas atividades ilícitas; b) inversão do ônus da prova previsto no § 2º do art. 4º. Vale dizer, cabe ao investigado provar a origem lícita dos bens e valores apreendidos. Porém, não ficam os órgãos de repressão isentos de comprovar o crime antecedente, pressuposto imprescindível do crime de lavagem de capitais; c) a delação premiada ou colaboração espontânea está prevista no § 5º do art. 1º. É essencial que haja confiança. O delator deve ter a certeza de que, colaborando, estará seguro, e que, de fato, será premiado. Deverá ele prestar esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, para que possa gozar de uma das seguintes vantagens: redução de sua pena, de um a dois terços, iniciando o cumprimento em regime prisional aberto; ou poderá obter o perdão judicial — o juiz deixa de aplicar a pena; ou poderá ser substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O autor é juiz federal da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo, foi promotor de Justiça do Estado de São Paulo e é professor de Direito Processual Penal das Faculdades Integradas de Guarulhos.

Sonegação de Contribuição Previdenciária e Perdão Judicial

DAMÁSIO DE JESUS

VI O art. 337-A do Código Penal, acrescentado pela Lei nº 9.983, de 14.07.00, dispõe constituir crime o fato de:

"Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias".

As penas são reclusão de 2 a 5 anos, e multa.

"De acordo com a Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça, a sentença que aplica o perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo nenhum efeito condenatório, constituindo jurisprudência amplamente dominante."

O § 1º contempla hipótese de extinção da pretensão punitiva, estabelecendo:

"É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal".

O § 2º prevê casos de perdão judicial e aplicação exclusiva de multa. Reza:

"É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - (vetado);⁽¹⁾

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela Previdência Social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais".

Na primeira hipótese do § 2º, há perdão judicial (CP, arts. 107, IX e 120); na segunda, aplicação isolada da pena de multa na cominação abstrata cumulativa.

Apresentam-se ao juiz três opções:

1ª) declaração da extinção da punibilidade (§ 1º), atendidas certas condições "antes do início da ação fiscal", que se dá com a notificação do lançamento do tributo;

2ª) aplicação do perdão judicial (§ 2º, 1ª parte), presentes determinadas circunstâncias;

3ª) imposição exclusiva da pena de multa, satisfeitos os mesmos requisitos (§ 2º, 2ª parte).

Nos dois últimos casos (perdão judicial e aplicação exclusiva de multa), além das condições pessoais (primariedade e bons antecedentes), é necessário que o valor das contribuições devidas e seus acessórios seja igual ou inferior àquele estabelecido pela Previdência Social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

A disposição do § 2º não adota integralmente o princípio da insignificância, já admitido nos delitos de contrabando e desca-minho, onde se reconhece a atipicidade do fato quando o valor do objeto material ou do tributo não se mostra superior a R\$ 1.000,00, importância de crédito dispensado pela Fazenda Pública e mínimo exigido para a propositura da execução fiscal, nos termos da Lei nº 9.469/97⁽²⁾. Na lei nova, ao invés de considerar a falta de tipicidade do fato, o legislador somente permite o perdão judicial ou a incidência exclusiva da multa.

De acordo com a Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça, a sentença que aplica o perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo nenhum efeito condenatório, constituindo jurisprudência amplamente dominante⁽³⁾. Não é a nossa orientação, que sempre a consideramos condenatória⁽⁴⁾; nem a do Supremo Tribunal Federal, também no sentido condenatório⁽⁵⁾.

Os §§ 1º e 2º do art. 337-A, literalmente interpretados, apresentam causas e efeitos diversos:

1º) se o sujeito, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta informações devidas à Previdência Social, antes do início da ação fiscal, extingue-se a punibilidade (§ 1º);

2º) se o agente é primário e de bons antecedentes e o valor das contribuições devidas, mais acréscimos legais, não supera o estabelecido como sendo o mínimo para o ajuizamento da ação fiscal (R\$ 1.000,00), o juiz o dispensa da pena ou aplica somente multa (§ 2º).

As condições de incidência das duas medidas são diferentes. Na primeira hipótese (§ 1º), a extinção da punibilidade depende de uma conduta do autor anterior ao início

da ação fiscal: declaração e confissão das contribuições sonegadas ou reduzidas e prestação das informações devidas, quaisquer que sejam suas circunstâncias pessoais (primário, reincidente ou de bons ou maus antecedentes) ou o valor do dano material (menor ou maior de R\$ 1.000,00); na segunda (§ 2º), o perdão judicial e a aplicação exclusiva da multa, desde que primário e de bons antecedentes o autor, não ficam na dependência de nenhum comportamento seu, bastando que o valor das contribuições não seja superior a R\$ 1.000,00. No primeiro caso, em que o agente colabora com o Fisco, confessando o fato e prestando informações, é beneficiado com a extinção da punibilidade. No segundo, como não declarou nem confessou as contribuições sonegadas ou reduzidas antes do início da ação fiscal, tanto que foi vetado o inc. I do § 2º, que exigia esse requisito, não se extingue a punibilidade, sendo beneficiado com uma resposta penal de menor gravidade (perdão judicial ou multa, conforme as

"... a lei, por ser cega como a justiça e, por isso, não conhecendo a si própria e nem seu caminho, estaria tropeçando nos próprios pés, atropelando a dogmática, desconhecendo a jurisprudência e confundindo o intérprete?"

circunstâncias). Ocorre, entretanto, que, adotada a tese da Súmula 18 do STJ, segundo a qual a sentença que aplica o perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não haverá diferença, quanto aos efeitos, entre a aplicação do § 1º (extinção da punibilidade) e do § 2º, 1ª parte (perdão judicial). Ambos, adotado o princípio sumular, levam à extinção da pretensão punitiva. De modo que, se o valor das contribuições sonegadas ou reduzidas for igual ou inferior a R\$ 1.000,00, o autor, primário e de bons antecedentes, nunca irá declará-las, confessá-las ou prestar informações à Previdência Social. Não havendo razões para a aplicação de multa, terá a certeza de que, ainda que o processo criminal chegue à fase da sentença, esta, aplicado o perdão judicial de conformidade com a regra sumular, não será condenatória, sendo fatalmente favorecido pela declaração da extinção da punibilidade.

A lei nova, literalmente interpretada, é coerente, embora não tenha ad-

AGRADECIMENTOS

O IBCCRIM agradece aos patrocinadores, apoiadores, apoiadores culturais e grandes escritórios pelo incentivo na realização do VI Seminário Internacional, e também a todos que de forma direta ou indireta contribuíram para o sucesso desse evento.

Aos participantes colocamos-nos à disposição para sugestões e esperamos que esta tenha sido mais uma das muitas oportunidades de se congregarem conhecimento e convívio profissional.

mitido o efeito de atipicidade do fato segundo o princípio da insignificância: se o agente colabora com a autoridade fiscal, extingue-se a punibilidade (§ 1º); se não colabora, sendo mínimo o resultado jurídico, não se extingue a punibilidade, incidindo o perdão judicial ou a imposição exclusiva de multa (§ 2º). Se no primeiro caso há extinção da punibilidade, esta não poderia ocorrer no segundo, uma vez que seus pressupostos são diferentes. É por isso que a disposição, na última hipótese, optou pelo perdão judicial ou multa e não pela extinção da punibilidade. Ora, se o perdão judicial e a multa só podem ser aplicados na sentença de mérito e se esta, por coerência, de acordo com a literalidade da lei, não deve ser declaratória da extinção da punibilidade, deve ser condenatória.

Podemos concluir que, no regime da Lei nº 9.983/00, a sentença que aplica o perdão judicial é condenatória e não declaratória da extinção da punibilidade, contrariando a Súmula 18 do STJ e a jurisprudência dominante? Ou a lei, por ser cega como a Justiça e, por isso, não conhecendo a si própria e nem seu caminho, estaria tropeçando nos próprios pés, atropelando a dogmática, desconhecendo a jurisprudência e confundindo o intérprete?

NOTAS

- (1) Redação do dispositivo vetado pelo Presidente da República: "I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, mesmo que parcelada, inclusive acessórios". Corresponde, em parte, ao disposto no § 3º, I, do art. 168-A, do CP, com redação da Lei nº 9.983/00, que não foi vetado. Razão do veto: a simples concessão de parcelamento do pagamento do débito permitiria a extinção da punibilidade, como vem reconhecendo a jurisprudência, o que, segundo a Presidência da República, contraria o interesse público.
- (2) STJ, 5ª Turma, REsp. nº 235.151, rel. min. **Gilson Dipp**, j. 04.04.00, DJU 08.05.00, p. 116; REsp. nº 235.146, rel. min. **Félix Fischer**, j. 16.03.00, DJU 08.05.00, p. 116; REsp. nº 240.891, rel. min. **Gilson Dipp**, j. 04.04.00, DJU 08.05.00, p. 119; REsp. nº 238.517, rel. min. **Gilson Dipp**, j. 04.04.00, DJU 08.05.00, p. 118; REsp. nº 236.770, rel. min. **Gilson Dipp**, j. 04.04.00, DJU 08.05.00, p. 118.
- (3) RT 704:345, 711:344, 712:442, 715:480, 716:467, 718:419, 727:581, 731:607, etc.
- (4) **JESUS, Damásio E. de**. "Questões Criminais", São Paulo, Editora Saraiva, 1981, p. 230; "Código Penal Anotado", 10ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2000, p. 379.
- (5) RTJ 101:1.132 e 117:309.

O autor é professor de Direito Penal e presidente do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

Casa de Detenção de São Paulo - Passado e Presente

FERNANDO SALLA

VI

SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

A Casa de Detenção de São Paulo, no Carandiru, existe desde meados da década de 50. Criada para "desafogar" a Casa de Detenção então existente na Avenida Tiradentes, por algum tempo constituiu-se um local que se contrapunha a toda sorte de horrores que predominavam na então chamada velha Casa de Detenção, no bairro da Luz. No entanto, não demorou muito e na metade da década de 60 a Casa de Detenção do Carandiru redimensionou suas celas e começou a reunir um número cada vez maior de presos, sempre acima de sua capacidade. No início dos anos 70, passou a concentrar uma população sempre superior a 5 mil encarcerados, chegando, por vezes, a ter acima de 7 mil, apesar de suas vagas nunca terem sido mais de 3 mil e duzentas.

Desdobramento inevitável da superlotação ao longo desses anos foi a submissão dos presos a condições violentas e bastante precárias de encarceramento. Na década de 80, duas grandes rebeliões marcaram a vida do presídio, uma em março de 1982 e outra em março de 1985. A rebelião de 1982 teve o próprio diretor e algumas pessoas visitantes como reféns. A violenta repressão ao motim provocou a morte de 16 pessoas, 13 presos, dois funcionários e um refém. A rebelião de 1985 envolveu mais de três mil presos da Casa de Detenção, no entanto, as negociações impediram que o movimento tivesse solução sangrenta.

Porém, sem dúvida alguma, o acontecimento mais trágico da história da Casa de Detenção foi o massacre de 111 presos, no dia 2 de outubro de 1992. Houve um conflito generalizado entre os presos, mas não havia reféns. A intervenção da Polícia Militar, "para controlar a situação", redundou na morte de 111 presos. Laudos, depoimentos, fotos desnudaram os fatos: execução.

Desde então, cresceu a percepção de que um presídio como a Casa de Detenção é intolerável numa sociedade que se quer minimamente democrática. A sua desativação pautou uma série de ações do governo estadual e do governo federal. Muitas vagas foram geradas e embora em determinado momento fosse colocado como prioritário deitar por terra aquela que representa uma das mais vergonhosas prisões brasileiras, não se conseguiu levar avante esse intento. Desde 1995, foram inauguradas mais de 20 mil vagas no sistema penitenciário e mesmo assim os números mostram que a população da Casa de Detenção não parou de subir ou se manteve em elevados patamares em relação à sua capacidade.

Assim, a Casa de Detenção não só continuar a ser um presídio que degrada o homem ali preso como continua a desafiar as autoridades brasileiras a encontrar respostas eficazes para a sua desativação.

O autor é sociólogo, pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e coordenador-executivo da Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos.

Por Falar em Provas Ilícitas

ADAUTO SUANNES

VI Em uma simplificação que o rigor científico abominaria, poderíamos dizer que enquanto a agressividade é a manifestação de uma pulsão natural dos seres vivos para a manutenção da vida (pense-se nas raízes de uma árvore que, à procura de nutrientes, levanta calçadas, derruba muros e racha paredes de casas; ou um casal de leões derrubando a indefesa gazela, que matarão com certa mordida no pescoço), a violência é essa mesma agressividade fugida do controle, mal administrada, voltada para a destruição pela destruição.

Que pretende a sociedade na capitulação de figuras criminais? Simplesmente indicar que a sociedade não tolera determinadas condutas, especialmente quando elas exprimem um estado de agressividade destrutiva, mal administrada. Aliás, o engodo nada mais é do que a violência sofisticada.

"Será justificável que se gaste tanto dinheiro na repressão do crime, sem nos determos em suas causas? Eis o drama que as sociedades modernas — a nossa em especial — não conseguem equacionar adequadamente."

Ocorre que, em primeiro lugar, nem sempre é fácil sabermos se estamos de fato diante de uma conduta destrutiva ou de uma conduta meramente agressiva. Alguém que, desempregado, com família para sustentar, lança mão de algum expediente menos aceitável para obter o numerário necessário a prover as necessidades próprias e de sua prole será digno de punição ou de medalha, esta devida a seu apreço por sua prole? Estamos aí diante de violência ou de mera agressividade? Alguém que, premido pelo vício, se utiliza dos meios a seu alcance para poder atender aos irresistíveis reclamos dele, está a merecer cadeia ou tratamento? Em suma: violência ou mera agressividade?

Em segundo lugar, qual o remédio que temos hoje para situações como essas e tantas outras semelhantes? Aplicar sobre o violento uma violência "aceitável", porque provém do Estado. Mas quais os preceitos éticos que informam a aplicação dessa contra-violência por parte dos agentes do Estado? Essa violência oficial inibe outras pessoas de infringir a lei? O punido sairá do presídio convencido (lembramos que um dos nomes que outrora se dava aos condenados era precisamente esse:

convicto) de que, de fato, "o crime não compeça"? Será justificável que se gaste tanto dinheiro na repressão do crime, sem nos determos em suas causas? Eis o drama que as sociedades modernas — a nossa em especial — não conseguem equacionar adequadamente.

Vemos hoje no noticiário de nossos jornais e nos decorrentes artigos de pessoas respeitáveis, a atuação de membros do Ministério Público, órgão que, em expressão tão ao gosto de seus membros, é o *custos legis*, isto é, fiscal da reta aplicação da lei.

Ora, aplicar a lei é, antes e acima de tudo, respeitar os princípios constitucionais, por isso que descansam eles na Lei das leis. E um desses princípios é justamente aquele que afirma ser todo ser humano, sem exceção, digno de todo respeito. A dignidade da pessoa humana é uma das principais preocupações do legislador constituinte. Logo, o fiscal da lei deve, ele mesmo, dar exemplo de respeito a tal valor. *"Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular"*, leciona **Flávia Piovesan**, em sua tese de graduação.

Se é verdade que uma árvore não se confunde com uma floresta, o fato é que toda árvore tem algo em comum com as demais, donde o risco de tomarem-se os atributos de algumas delas e serem atribuídos a todas as demais. Sendo isso assim, para muita gente, a atuação escandalosa e leviana de alguns membros do Ministério Público constitui a forma ideal de "combate à criminalidade", não faltando mesmo quem os identifique com o tristemente famoso **Torquemada**, uma das mais odiosas figuras que a Igreja Católica já produziu.

Esquecem-se tais incensadores daquilo que efetivamente foi a "Santa" Inquisição, em boa hora lembrada pela edição em português de um oportuníssimo livro, escrito em 1376 pelo frei dominicano **Nicolau Eymerich**, revisto e ampliado em 1578 por **Francisco de La Peña**, doutor em Direito Canônico. Lendo-o, verifica-se onde alguns membros do Ministério Público foram inspirar-se para, tomados de "santa ira", reclamar o lançamento ao fogo eterno daqueles que lhes parecem "hereges".

De fato, lá está dito no oportuno manual do frei **Eymerich**: *"quando o inquisidor enfrenta um herege esperto, audacioso, malicioso, que se esquia das perguntas e desconversa, deve agir da mesma maneira e usar de malícia, a fim de forçar o herege a revelar os erros, convertendo-os em verdade, para que o inquisidor possa dizer como o Apóstolo: Homem astuto que sou, conquistei-vos pela fraude (Cor. 12,16)"*.

Justamente por isso, quando chamados a indicar os meios de prova das acusações que fazem, esses "iluminados" admitem "não ter provas da acusação" feita, como registra a imprensa.

Ainda uma vez, estamos diante do cumprimento do contido no *Directorium Inquisitorium*: (pergunta): *"O inquisidor pode perseguir a todos, indistintamente, do rei ao último dos leigos"*; (resposta): *"Evidentemente que sim. Perseguirá qualquer leigo, independente de posição ou condição, seja herege, suspeito ou simplesmente difamado"*. E, mais adiante, em síntese, afirma o mesmo tratadista: *"Digamos, de uma maneira mais curta e mais clara, que o inquisidor pode proceder contra todos, exceto alguns casos (Papa, legados, bispos), decorrentes da própria natureza da autoridade delegada do inquisidor"*.

Pois esse mesmo Ministério Público, "uno e indivisível", queiram ou não os membros respeitáveis da instituição, acaba por contaminar-se pelos desmandos desses **Torquemadas** que nossa ingenuidade imaginava dormirem nas profundezas do inferno. Em nome do "bem comum", afronta-se a lei para demonstrar que a lei deve ser respeitada.

"... aplicar a lei é, antes e acima de tudo, respeitar os princípios constitucionais, por isso que descansam eles na Lei das leis. E um desses princípios é justamente aquele que afirma ser todo ser humano, sem exceção, digno de todo respeito."

Tudo isso se pode resumir na escolha do tipo de sociedade que queremos ter: aquela onde impere "a lei e a ordem", mesmo que isso implique em procedimentos como "tolerância zero", um Estado policialesco, tão ao gosto dos líderes populistas ("para os amigos, tudo; para os inimigos, nada; para os indiferentes, a lei"); ou uma sociedade onde se procure distribuir de forma mais equitativa os resultados do progresso, diminuindo o número crescente dos excluídos, dos marginalizados, dando-se aos desvios de conduta (expressão sempre passível da contaminação subjetivista) a atenção que a ciência moderna recomenda, quando tais desvios impliquem na impossibilidade do convívio com outras pessoas.

Resta saber se estamos todos conscientes da *"necesidad de contener al Estado de policía y defender al Estado de Derecho, ya que, tratándose de anverso y reverso de una misma moneda, cuando uno se ilumina, el otro más se oscurece"*, como observa um exemplar magistrado.

O autor é desembargador aposentado e advogado em São Paulo.

O Mesmo Olhar Positivista

VERA MALAGUTI BATISTA

ASSOCIE-SE AO IBCCRIM

Além do recebimento mensal do boletim, publicação que contém informações atualizadas sobre jurisprudência e Doutrina Criminal, você terá livre acesso para consulta no extenso acervo da biblioteca, nas áreas de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia e também na locação das fitas de vídeo dos eventos promovidos pelo Instituto, sendo que nestes eventos são oferecidos descontos especiais.

Os associados recebem ainda, periodicamente, três monografias, que fazem parte das nossas publicações.

Faça sua associação e obtenha todas as vantagens que o IBCCRIM proporciona. A ficha pode ser preenchida pelo site:

www.ibccrim.com.br

ou solicitada diretamente ao Instituto pelo tel.: (11) 3105 4607.

VI

SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Em recente trabalho sobre drogas no Brasil, expus os rastros de sangue deixados na história da criminologia, do positivismo à criminologia crítica. Para empreender a tarefa fundamental da criminologia que, como nos ensinou **Baratta**, é a teoria crítica da realidade social do Direito, debruçemo-nos sobre sua história.

Na virada do século XIX surge na Europa a criminologia, nova disciplina, ancorada nas teorias patológicas da criminalidade que, a partir das características biológicas e psicológicas, classificava a humanidade entre normais e criminosos, estes últimos observados em minuciosas experiências "científicas" nas instituições totais. O delito como conceito jurídico definido pela filosofia liberal clássica dos séculos XVIII e XIX é substituído pelo delito natural de **Garofalo**, no paradigma do positivismo naturalista, do determinismo biológico. O início dessa nova "disciplina científica" estatuí seu objeto no homem delinqüente. Classificações exaustivas são realizadas por **Lombroso** para detecção dos "sinais antropológicos" e sua associação às teorias racistas hierarquizantes provenientes do social-darwinismo.

É claro que a teoria mimética colonizada dos trópicos adaptou a explicação patológica da criminalidade à nação mestiça. *"Não havia como escapar ao rigor de uma cultura científica obcecada por identificar, quantificar e categorizar deformidades, enfermidades e atavismos, passo indispensável à confecção de sinais manifestos de sua condição subalterna"*. **Nina Rodrigues** lançou-se a esta tarefa, associando-se às elites brasileiras na construção do "perigosismo social" que municiou a República brasileira para a sua vocação histórica de exclusão e extermínio. **Nina Rodrigues** resume em sua vida e sua obra a cooperação corporativa dos médicos e dos juristas (e também da antropologia) para a medicina-legal, que definiu o povo brasileiro estigmatizado pela inferioridade inscrita no código da raça, no suporte da natureza, fazendo com que o negro deixasse de ser apenas "máquina de trabalho" para convertê-lo em "objeto da ciência". **Mariza Corrêa** analisa essa disputa entre médicos, policiais e juristas pela medicina-legal no contexto da fundação da antropologia no Brasil. Vozes dissonantes, como **Tobias Barreto**, pagaram seu preço no ostracismo e no degredo intelectual a que

foram submetidos em seu tempo.

Mas a história continua. Algumas décadas depois, **Freud** inaugura a psicanálise, que ilumina as teorias da criminalidade com uma inversão da perspectiva de investigação criminológica. O foco sai do fenômeno para a reação social ao desvio. Através da negação do conceito tradicional da culpabilidade, a psicanálise entende a função punitiva da sociedade identificada com o criminoso, bem como as fontes afetivas desta função punitiva. Desvela-se o caráter simbólico dos procedimentos jurídicos e, depois de *"Totem e Tabu"*, *"Mal-Estar na Civilização"*, *"Psicologia das Massas"* e *"Análise do Eu"*, nunca mais a pena seria a mesma.

Mas o golpe mortal no conceito de crime natural, o novo paradigma criminológico, surgiria nas décadas de 60 e 70 deste século com o rotulacionismo (*labeling approach*) ou enfoque da reação social. Nada seria como antes. O objeto da criminologia,

antes o *homem delinqüente*, depois o *desvio*, se movimentava em outra direção, a da *produção social do desvio e do delinqüente*. Para explicar a criminalidade, é necessária a compreensão da ação do sistema penal na construção do *status* do delinqüente, numa produção de etiquetas e de identidades sociais. Recuperando a definição da escola

"Para explicar a criminalidade, é necessário a compreensão da ação do sistema penal na construção do status do delinqüente, numa produção de etiquetas e de identidades sociais."

clássica em que o delito é produto do direito e não da natureza, os técnicos do *labeling*, na efervescência política e cultural daquelas décadas, apontam suas baterias para o sistema penal em si, analisando as construções sociais empregadas para definir o criminoso. Se a pergunta era *"quem é o criminoso"*, agora passa a ser *"quem é definido como criminoso"* (**Baratta**, 1999).

A difusão tardia do livro de **Rusche** (*"Punição e Estrutura Social"*) e sua atualização por **Kirchheimer** põe em circulação a idéia da relação histórica entre as condições sociais, a estrutura do mercado de trabalho, os movimentos da mão-de-obra e a execução penal, inscrevendo as construções do estereótipo nas condições objetivas, estruturais e funcionais da lógica de acumulação do capital, historicizando a realidade comportamental. É neste terreno sólido que **Foucault** avança para a compreensão do caráter simbólico do sistema penal sobre as ilegalidades populares, a disciplina e sua "arte de distribuições" e a implantação de uma "tecnologia minuciosa e calculada de sujeição".

Daí ergue-se a criminologia crítica e a superação do paradigma ➡

etiológico, aonde a criminalidade não é ontológica mas atribuída, num processo de dupla seleção, distribuída desigualmente de acordo com a hierarquização decorrente do sistema sócio-econômico. No entanto, a força desse novo paradigma não é suficiente para abalar o funcionamento do sistema penal no seu eterno trabalho de seleção e estigmatização. Afinal, as famosas condições objetivas não só não mudaram, como se aprofundaram na lógica de reprodução do capital.

O desafio para os estudiosos do crime, hoje, é compreender a função do sistema penal e seu discurso num mundo globalizado, com o enfraquecimento do Estado e o poder aparentemente infinito do mercado. Além desse grande desafio, é importante compreender o papel que esse sistema e esse discurso penal desempenham, em países como o Brasil, objeto e não sujeito da globalização. **Zaffaroni** define genialmente o problema ao estender o conceito foucaultiano de instituições de sequestro ao continente latino-americano como um todo. Para ele *"a projeção genocida de um tecno-colonialismo correspondente à última revolução (tecno-científica) faria empalidecer a cruel história dos colonialismos anteriores"*.

"O desafio para os estudiosos do crime, hoje, é compreender a função do sistema penal e seu discurso num mundo globalizado, com o enfraquecimento do Estado e o poder aparentemente infinito do mercado."

Zygmunt Bauman, em recente trabalho, trata da "colocação em ordem" posta em marcha na "pós-modernidade" para dar conta das "novas anormalidades", tratando de identificar, traçar e criar constantemente fronteiras para os novos impuros, os consumidores falhos, já que o novo critério de pureza, ou de reordenamento, é a aptidão e a capacidade de consumo.

Raúl Zaffaroni, em recente curso de criminologia, afirma que o medo é o eixo de todos os discursos criminológicos. Para ele, o risco da criminologia é ser *"saber e arte de deixar perigos discursivos"*. A criminologia foi fundada no discurso científico do perigosismo social elaborado pelo trabalho médico jurídico, o que **Evaristo de Moraes** denominou *"medicina-policial"*.

A questão criminal e a administração do perigosismo social passam a ser alvo de intensa disputa a partir da criação e autonomização das corporações no século XVIII. É por isso que o discurso jurídico-penal se adapta ao discurso biológico, quando o social-darwinismo passa a ser o

discurso hegemônico. O discurso criminológico está sempre no marco histórico do poder mundial, seja na revolução mercantil, seja na revolução industrial, e depois na tecnológica exercida como globalização. Para **Zaffaroni**, o discurso criminológico médico-policial de natureza biológico do século XIX permaneceu hegemônico até hoje na Europa, nos Estados Unidos e principalmente na América Latina. Historicamente, a América Latina foi (como colônia) uma espécie de instituição total: apareceu como sequestro institucionalizado de milhões de seres humanos. Assim, a prisão nas colônias seria uma instituição de sequestro menor, dentro de outra muito maior, um *apartheid* criminológico natural. Em nossa região o sistema penal adquire características genocidas de contenção, diferentes das características disciplinadoras dos países centrais.

O fim do século XX assiste ao declínio do poder político e à ascensão do poder econômico transnacionalizado. O poder político nacional é drasticamente reduzido e não dá conta da conflitividade gerada pela exclusão e desamparo da nova ordem econômica planetária. Para **Zaffaroni** a revolução tecnológica do século XX abre caminho *"a uma nova etapa de poder mundial (a globalização) em que condutas tradicionalmente criminalizadas tendem a ser monopolizadas pelo poder econômico e pelas agências políticas nacionais"*. O poder político em queda não dispõe de um discurso criminológico hegemônico. É um poder político *"que não pode reduzir a violência que a sua impotência gera"*. Este poder precisa mais do que um discurso, precisa de *"um libreto para seu espetáculo"*. Estamos falando da discussão deste novo ator social, a mídia e as agências de comunicação social. A luta pela hegemonia do discurso criminológico dá-se na esfera das comunicações, e o que se observa é a subordinação do discurso político às agências de comunicação. Os políticos não pautam, são pautados.

A nova ordem mundial pode ser entendida à luz do conceito de *"barbarização secundária"*, acerca do impacto da metrópole na periferia do mundo. A liberdade irrestrita do capital financeiro despedaçou as redes de segurança societárias, detonando um processo de polarização que não pode mais ser contido pelas estruturas legais do *welfare state*, criando condições de desigualdade assustadoras. **Loïc Wacquant** afirma que com o desmantelamento do *welfare state*, iniciado por **Reagan**, começa nos EUA uma popularização de medidas policiais e jurídicas que instaura uma *"caça aos pobres"* e um processo de penalização da precariedade.

Para **Wacquant**, a destruição deliberada do Estado Social e a hipertrofia crescente do Estado Penal nos últimos vinte e cinco anos são processos concomitantes e complementares. Tanto **Bauman** como **Wacquant** associam as taxas de encarceramento a esta forma contemporânea de encarcerar o social. **Wacquant** faz um paralelo entre os inimigos cômodos, criados pelas ondas de criminalização na América (entre os negros) e na Europa (imigrantes do terceiro mundo).

Bauman nos fala que a pobreza não é mais exército de reserva de mão-de-obra;

tornou-se uma pobreza sem destino, precisando ser isolada, neutralizada e destituída de poder. Esses resultados seriam alcançados através da *"estratégia bifurcada da incriminação da pobreza e da brutalização dos pobres"*. Os novos inimigos da ordem pública (ontem terroristas, hoje traficantes) são submetidos diuturnamente ao espetáculo penal, às visões de terror dos motins penitenciários e dos corredores da morte. Não é coincidência que a política criminal de drogas, hegemônica no planeta, dirija-se aos pobres globais indiscriminadamente: sejam eles jovens favelados no Rio, camponeses na Colômbia ou imigrantes indesejáveis no hemisfério norte. Para **Bauman** a combinação de estratégias de exclusão, criminalização e brutalização dos pobres impede a condensação de um sentimento de injustiça capaz de rebelar-se contra o sistema.

"A nova ordem mundial pode ser entendida à luz do conceito de "barbarização secundária", acerca do impacto da metrópole na periferia do mundo."

Analisando os processos de adolescentes criminalizados por drogas nos arquivos do Juizado de Menores, de 1964 a 1988, pude acompanhar a construção deste novo inimigo no sistema penal. A seletividade do sistema e a diferenciação no tratamento se revela desde a detenção por "atitude suspeita", aos preconceitos quanto à moradia nas favelas, à família popular e ao trabalho nos laudos dos técnicos, até as penas impostas, que variam de acordo com a etnia e classe social dos jovens em questão. Podemos concluir então que, se por um lado temos uma problemática criminal contemporânea que envolve milhares de jovens, temos, por outro, os mesmos procedimentos, as mesmas alternativas e o mesmo olhar positivista e lombrosiano que tínhamos no começo da República.

Assim, o social-darwinismo, positivista e perigosista da fundação da criminologia, cumpre o seu papel na pós-modernidade. É ele que municia o discurso dos operadores do sistema penal que irão construir, cientificamente, o argumento de exclusão, levando até as últimas consequências o que **Nilo Batista** denominou *"uma política criminal com derramamento de sangue"*; espetáculo de horror levado ao ar, ao vivo e a cores.

A autora é socióloga, mestre em História, doutoranda em Medicina Social, secretária-geral do Instituto Carioca de Criminologia e coordenadora do Mestrado em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal da Universidade Candido Mendes.

Tribunal do Júri e Direito Comparado - Sugestões Para Um Modelo Brasileiro

ANA PAULA ZOMER



SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Quando pensamos que a Justiça, antes do advento das monarquias, era exercida pelo povo, inevitavelmente a sensação de termos sido, de alguma forma, usurpados, nos invade.

Os romanos com seus *judices juratis*, os gregos com os *diskatas*; menos mal que a Inglaterra tenha se ocupado de reestabelecer uma forma de participação popular na administração da justiça; tal forma é aquela mais próxima ao Tribunal do Júri concebido em nossos dias.

O Júri clássico foi provavelmente importado para a Inglaterra depois da conquista deste país pelos normandos em 1066. Foi nesta época que ganhou corpo a denominação *juror*, vez que os cidadãos que se reuniam o faziam sob juramento. A Magna Carta de 1215, na sua cláusula 39, já previa o direito "*de um homem livre ser julgado por seus pares*". Em 1367 foi estabelecida a necessidade da unanimidade dos veredictos. No início, os jurados, doze como os apóstolos reunidos no Dia de Pentecostes, eram selecionados em razão do conhecimento técnico específico que tivessem sobre a causa, sendo que, no século XVIII, os mesmos deveriam pedir sua dispensa do julgamento caso tivessem referido conhecimento. Até a metade do século XIX o Júri era a única forma de julgamento usado nos países de *common law*, e no início do século XX continuava a predominar nas esferas cível e penal como forma de resolução de conflitos.

Podemos dizer, entretanto, que foi no século XVII que tal instituição definitivamente se instalou na Inglaterra, tendo, depois, sido adotada nos Estados Unidos da América do Norte por força da colonização.

Paralelamente, foi no século XIX que as chamadas cortes-mistas ou *mixed-courts*, nasceram na Alemanha.

Estas, intituladas de *scabinados* na Espanha, que recentemente reinstituiu o Tribunal Popular em seu sistema judicante através da Lei Orgânica nº 5/1995 de 22 de maio, "*del Tribunal del Jurado*", então abolido pela ditadura de Franco, possuem composição heterogênea, ou seja, juízes togados ao lado de juízes leigos, e são

utilizadas em toda a Europa Continental.

Em nosso País, como é sabido, a instituição do júri data de 18 de junho de 1822, período imperial, quando foi criado para julgar crimes de imprensa.

Exceção feita à Constituição de 1937, redigida sob a opressão do "Estado Novo" de Vargas, que apenas "*permitiu os julgamentos pelo Júri*", o Tribunal Popular sempre contou com previsão constitucional (Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946, 1967, Emenda nº 1/69 — que não estabeleceu de forma clara a soberania dos veredictos — e 1988). A Constituição de 1824 elencou o Júri dentro do sistema judiciário, sendo que aquelas de 1891, 1946, 1967, Emenda nº 1/69, e 1988, por seu turno, deram a ele *status* de "*direito e garantia fundamental*". De fácil percepção o ataque feito pelos sistemas políticos ditatoriais à participação popular na justiça, vez que esta representa a existência de tribunais públicas e livres.

A Constituição de 1988, em seu art. 5º,

inc. XXXVIII, reconhece a instituição do Júri, com a forma que lhe der a lei, asseguradas: a) plenitude de defesa; b) segredo das votações; c) soberania dos veredictos; d) competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Dentro do panorama deste juízo bifásico é que gostaríamos, à luz do Direito comparado, de tecer algumas considerações sobre um novo Júri nacional, principalmente no momento em que o anteprojeto de reforma do

Código de Processo Penal é tema de extrema atualidade.

Júri clássico ou corte mista?

Na Alemanha, onde o sistema não é acusatório, funcionam as *mixed-courts*, com dois tipos distintos de composição, quais sejam: um juiz profissional e dois leigos (*amstgericht*) ou dois profissionais e três leigos (*landgericht*), dependendo da gravidade da infração.

A Revolução Francesa de 1789, através de uma lei de 16 de setembro de 1791, influenciada pela obra de Montesquieu "*L'esprit des lois*", instituiu o júri clássico naquele país, o qual perdurou por mais de cem anos. Hoje, a Cort D'Assise é composta por três juízes profissionais e nove leigos, heterogênea, portanto. ➡

"Parece-nos de todo conveniente a utilização de um novo corpo de jurados em segundo grau, onde outros cidadãos (e somente leigos), pudessem, sem a influência de um pronunciamento judicial técnico, decidir acerca de eventual apelação interposta."

COMUNIQUE-SE COM O IBCCRIM

Depto. Administrativo Financeiro:
ibccrim@ibccrim.com.br

Depto. de Comunicação e Marketing:
comkt@ibccrim.com.br

Biblioteca e Videoteca:
biblioteca@ibccrim.com.br

Diretoria:
diretoria@ibccrim.com.br

Boletim e RBCCRIM:
publicacoes@ibccrim.com.br

Núcleo de Pesquisas:
npesq@ibccrim.com.br

➡ Neste diapasão, de bom alvitre a manutenção do júri tradicional aqui entre nós, pois, demonstra a experiência daqueles países a profunda influência que o juiz togado exerce sobre os leigos, o que, *s.m.j.*, descaracteriza por completo a *ratio* da instituição. De se salientar que com a introdução da corte mista na França em 1945, o percentual de absolvições caiu de 25% para apenas 8%...

Duplo grau: O modelo italiano.

Interessante e adequada aos princípios norteadores do júri a apelação dos veredictos na Itália. Embora ali também a corte seja mista, com seis juízes leigos e dois togados, em grau de apelo a devolução da prova se faz para um outro conselho de sentença. É bem verdade que este também não tem natureza homogênea, mas, de qualquer maneira, julga livremente, sem sentir o peso que muitos dos nossos acórdãos representam em uma segunda sessão de julgamento.

"... imaginar uma hierarquia entre os juízes de fato, na medida em que tal escalonamento lhes possa tolher a independência e o poder de decidirem de acordo com suas consciências, preocupa."

Parece-nos de todo conveniente a utilização de um novo corpo de jurados em segundo grau, onde outros cidadãos (e somente leigos), pudessem, sem a influência de um pronunciamento judicial técnico, decidir acerca de eventual apelação interposta.

Seleção dos jurados: O modelo americano

O que sabemos sobre nossos jurados? Talvez a profissão, caso as fichas do tribunal respectivo estejam atualizadas. Creio ser chegada a hora de parafrasear o sistema norte-americano.

É importante, e quem milita no Júri sabe disto, conhecermos um pouco mais acerca das opiniões e da formação daqueles que irão decidir o mérito de casos cuja pena é bastante alta.

A parte trabalha quase às cegas, debatendo e expondo, sem nem mesmo ter ciência de a quem endereça seu discurso. Júris ideológicos, como, *v.g.*, aqueles em que as vítimas são delinquentes habituais, bem revelam esta esdrúxula situação.

A incomunicabilidade

Questão tormentosa esta da incomunicabilidade. Como a possibilidade de deliberação é prática comum nos sistemas que prevêem a participação popular na justiça, causa perplexidade o fato de que os jurados brasi-

leiros não possam comunicar-se entre si. Confesso que, em uma primeira análise, a interação do Conselho de Sentença que delibera parece solução a ser adotada. Entretanto, a eventual existência de um jurado líder, quero crer, ameaça as primeiras certezas. Com efeito, imaginar uma hierarquia entre os juízes de fato, na medida em que tal escalonamento lhes possa tolher a independência e o poder de decidirem de acordo com suas consciências, preocupa.

Um país como o Japão, que tenta reintroduzir o Júri, suspenso por ocasião da segunda grande guerra, vê com bons olhos a incomunicabilidade, posto que, constituindo hierarquia e harmonia pilares daquela sociedade, a mera existência de um jurado ancião no Conselho de Sentença poderia mudar os originais rumos do julgamento.

O jurado que sentença com o juiz: O modelo dinamarquês

A Dinamarca prevê a instituição do Júri para crimes apenados com mais de quatro anos de reclusão.

Embora em vigor desde 1919, foi em 1936 que os jurados passaram a decidir o *quantum* da pena decorrente do veredito condenatório por eles proferido. Tal modificação adviu da insegurança percebida nos cidadãos comuns por não saberem ou não poderem influenciar na pena a ser efetivamente cumprida nos casos de condenação. Descobriu-se que alguns jurados absolviavam por receio da severidade na aplicação da pena por parte de um ou outro juiz.

Por que não permitirmos ao jurado que esgote sua participação? Será que a sua contribuição na escolha da pena não reflete o exaurimento da atividade que dele se espera?

As salas secretas bem revelam quantos quesitos, ao serem votados, não vêm precedidos da indagação, por parte do jurado, de qual será a consequência prática de sua resposta em um ou outro sentido.

Possibilidade de apelação em caso de absolvição

Nem mesmo a França, que possui um sistema processual conhecidamente inquisitório admite a apelação em caso de veredito absolutório. Nesta esteira, também os Estados Unidos e tantos outros países. Deixando de adentrar profundos conceitos platonianos de Justiça, é razoável permitir-se que, após a já dolorosa submissão ao julgamento popular, alguém, reconhecidamente inocente por sete cidadãos, possa vir, depois de vários anos, ser considerado culpado? O absolvido não tem vínculos com o distrito da culpa, pode alterar sua residência sem comunicar ao juízo... Hoje, na atual sistemática, corre o risco de ver-se preso preventivamente caso não localizado para intimação da data do novo julgamento...

Maioria ou unanimidade

O anteprojeto já fala da necessidade de ser maior o número de votos para a condenação do que para a absolvição. Na Espanha, aonde nove são os jurados, sete devem ser os votos

para a declaração de culpado e cinco para a de inocente. Assim também a Cort D'Assise, que exige oito e sete votos respectivamente.

Louváveis, em particular, três das alterações propostas no mencionado anteprojeto. Por primeiro aquela que simplifica o questionário. Com efeito, basta pensarmos a questão da tese de legítima defesa para reconhecermos quantos inúmeros julgamentos acabam não refletindo a vontade dos jurados pela falta de compreensão, por parte destes, de alguns quesitos, como, *v.g.*, moderação e necessidade.

Aliás, em tema de questionário, vale lembrar a imperiosa inclusão do quesito relativo à insuficiência de provas naquele, na medida em que este muito mais se adequa à redação dos incs. IV e VI do art. 386 do Código de Processo Penal do que a pura e simples negativa de autoria.

"O Júri deve ser mantido. Merece, contudo, reparos que, esperamos, sejam fruto de sincera reflexão. Adotar idéias de modelos que funcionam bem, desde que isto não comprometa a filosofia que deve nortear todo e qualquer sistema, parece-nos prática salutar."

Ao depois, a explicitação da necessária singeleza da decisão de pronúncia foi muito bem colocada. Algumas destas decisões remetem o réu a Júri "praticamente condenado", escancarando o mérito e ferindo flagrantemente o princípio do juiz natural.

Por derradeiro, merece destaque a criação de fase preliminar ao recebimento da denúncia, nos moldes do Código de Processo Penal italiano. Tal prática evita constrangimentos desnecessários, eis que constitui filtro mais severo no recebimento das denúncias.

O Júri deve ser mantido. Merece, contudo, reparos que, esperamos, sejam fruto de sincera reflexão. Adotar idéias de modelos que funcionam bem, desde que isto não comprometa a filosofia que deve nortear todo e qualquer sistema, parece-nos prática salutar.

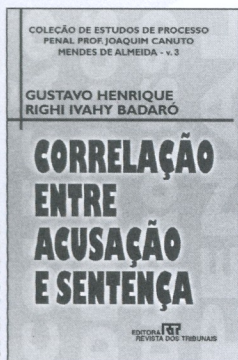
Nos idos de 1956, o célebre **Lord Devlin**, comentando o Tribunal do Júri, assim escreveu: *"Cada Júri é um pequeno parlamento. Nenhum tirano deixaria uma matéria como a liberdade nas mãos de doze cidadãos comuns. Portanto, o julgamento pelo Júri, mais do que um instrumento de justiça e do que um princípio constitucional é a luz que mostra a existência real das liberdades"*.

A autora é procuradora do Estado junto ao 1º Tribunal do júri da Capital, especializando em Criminologia pela Universidade Estadual de Milão - Itália.

Editora Revista dos Tribunais

Correlação entre Acusação e Sentença

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
292 páginas • R\$ 37,00

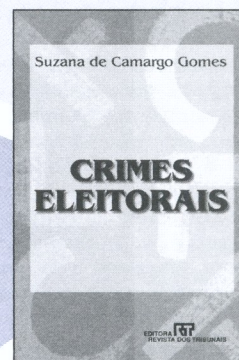


cód. 001906

A obra inicia-se abordando os princípios processuais relevantes para o tema, como os sistemas acusatório e inquisitório e os princípios do contraditório, da defesa e da inércia da jurisdição. O autor abarca do fato concreto à sentença, passando pela acusação. Apresenta o objeto do processo para, então, expor a correlação entre acusação e sentença, de forma clara e aprofundada. A seguir, examina a regra da identidade do objeto do processo no ordenamento jurídico brasileiro e explora as situações especiais. Por fim traz, em apêndice, farta e atual jurisprudência.

Crimes Eleitorais

Suzana de Camargo Gomes
344 páginas • R\$ 40,00

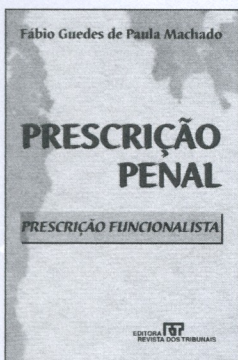


cód. 001964

A obra inicia-se com os lineamentos básicos da Justiça Eleitoral, passando, então, à teoria geral dos crimes eleitorais. O estudo abrange todos os crimes eleitorais tipificados no Código Eleitoral e em leis esparsas. Assim, são analisados, de forma específica e detalhada, os crimes concernentes à formação do corpo eleitoral, os relativos à formação e funcionamento dos partidos políticos, os pertinentes a inelegibilidades, propaganda eleitoral, votação, garantia do resultado legítimo das eleições, organização e funcionamento dos serviços eleitorais e aqueles contra a fé pública eleitoral.

Prescrição Penal • Prescrição Funcionalista

Fábio Guedes de Paula Machado
216 páginas • R\$ 28,00

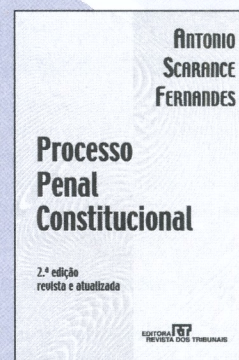


cód. 001825

Para o autor, a metodologia atual da ciência penal ultrapassa os tradicionais contornos traçados pelo positivismo jurídico. Dessa forma, o funcionalismo superou as regras fundamentadas no causalismo e finalismo. A obra aborda, em profundidade, o direito de punir, as causas extintivas da punibilidade e a prescrição, questionando seu âmbito penal, processual penal ou híbrido. Apresenta uma nova visão acerca da prescrição, buscando uma perspectiva funcionalista.

Processo Penal Constitucional • 2ª edição

Antonio Scarance Fernandes
342 páginas • R\$ 42,00



cód. 001925

A obra apresenta uma visão constitucional do processo, abordando a legislação brasileira em face das principais tendências do direito processual penal. Analisa com profundidade processo e procedimento, dissecando o devido processo penal, a garantia de igualdade e do contraditório, a publicidade no processo, prova, procedimento e prazo. Na sequência, explana com maestria temas como jurisdição e competência, ação penal e investigação criminal, direito de defesa e medidas cautelares. Destaque para o capítulo exclusivo sobre o Direito de Defesa, expressamente garantido na Constituição.

Adquira essas e outras obras também em www.rt.com.br/livraria

Rua Conde do Pinhal, 80
São Paulo • SP • CEP 01501-060
• Tel.: (11) 3107-2433
• Fax: (11) 3107-5802
• livraria@rt.com.br

Avenida Tiradentes, 1.817
Itu • SP • CEP 13300-000
• Tel.: (11) 4022-2388
• rtitu@rt.com.br

Atendimento ao consumidor:
0800 11 2433

EDITORIA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua da Assembléia, 83
Rio de Janeiro • RJ • CEP 20011-001
• Tel.: (21) 533-7037/7038
• Fax: (21) 533-4660
• rtrio@rt.com.br

Rua Barão de Jaguará, 1.155
Campinas • SP • CEP 13015-002
• Tel.: (19) 3232-1280
• Fax: (19) 3232-3554
• rtcampinas@rt.com.br

Rua Hannemann, 352 • USF
Colégio Santo Antônio do Pari
São Paulo • SP • CEP 03031-040
• Tel.: (11) 3313-3441
• lojart@rt.com.br

R. Vicente Machado, 84 • Loja 1
Curitiba • SP • CEP 80420-000
• Tel.: (11) 232-3316
• fax: (11) 323-271
• livraria@rt.com.br