

Boletim



IBCCRIM

Publicação
Oficial do
INSTITUTO
BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS

Chegamos ao Ano 2000!

CARLOS VICO MAÑAS

CURSOS

A Diretoria de Cursos está finalizando a programação para o ano 2000. No próximo Boletim informaremos todas as datas, temas e palestrantes. Haverá cursos e seminários regionais em várias cidades do Brasil como: Florianópolis, Porto Alegre, Campo Grande, Franca, Ribeirão Preto e São Paulo. Atualize-se! Participe dos cursos e seminários do IBCCRIM. Para março já estão agendados os seguintes cursos:

Cidade: Franca
Data: 29 e 30 de março
I Seminário de Direito Penal e Processo Penal de Franca/SP
Os temas são:
• Penas Alternativas;
• Prova Ilícita;
• Criminologia;
• Direito Penal Mínimo.

Cidade: São Paulo
Data: 29 a 31 de março
I Seminário IBCCRIM/ABDT de Direito Penal Tributário
Local: Circolo Italiano

Quem diria, chegamos ao ano 2000! E o IBCCRIM entra no seu oitavo ano de vida.

Acreditamos que seja conhecido de todos o sucesso alcançado. Mas nunca é demais reafirmá-lo.

De acanhada saleta alugada na Rua Tabatingüera, passamos a ocupar, como sede própria, três andares de simpático e antigo edifício da Rua XI de Agosto (o nome, como se percebe, não poderia ser mais sugestivo), no coração de São Paulo. De única secretária, temos já considerável equipe de funcionários.

Partindo do sonho quase juvenil, e que por isso mesmo parecia inacessível, de contarmos com publicação própria, conseguimos levar adiante o projeto deste boletim mensal, publicado ininterruptamente deste o início, e que chega ao número 86, com tiragem de cerca de 20.000 exemplares, de fazer inveja, portanto, a alguns veículos da imprensa. Constitui o Boletim, pela rapidez com que as inovações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais são comentadas, indispensável instrumento de trabalho no cotidiano do operador jurídico nacional.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais, outro sonho de adolescente, firmou-se no mercado editorial, com o apoio da Editora Revista dos Tribunais. Alcançou o número 28, com periodicidade trimestral absolutamente respeitada, fato inusitado entre nós. Era, até bem pouco tempo, a única revista especializada na matéria em nosso País e em toda a América Latina.

Ainda na área editorial, publica o IBCCRIM a sua coleção de monografias, atualmente no nº 10, distribuída gratuitamente aos associados, contendo obras de inegável valor científico, muitas delas fruto de reconhecidos trabalhos uni-

versitários de doutorado e mestrado.

O Seminário Internacional já faz parte do calendário jurídico nacional. Antes dele, nada ou quase nada havia. O IBCCRIM, nestes anos, com muito esforço, pôde trazer ao Brasil os mais conceituados juristas internacionais, tornando-os acessíveis fora do circuito universitário. Pudemos conhecê-los pessoalmente. E mais do que isso, passamos a ser conhecidos, inserindo, com mais força, a cultura jurídica brasileira no contexto mundial. Passos enormes de aproximação foram dados com entidades congêneres. Exemplo marcante é o vínculo estreito que se criou com o Instituto de Direito Penal Econômico, da Universidade de Coimbra, Portugal.

Dezenas de cursos foram realizados pelo País afora, sempre buscando-se a integração entre profissionais da área, às vezes mais difícil, em razão de nossas dimensões continentais, do que a realizada com colegas estrangeiros.

O Núcleo de Pesquisas já produziu diversos trabalhos, colocando-os à disposição de toda a coletividade científica, tão carente de dados empíricos para o enriquecimento de suas produções. Como exemplo, vale citar o estudo de "Implementação de Programas de Prestação de Serviços à Comunidade", realizado em parceria com o ILANUD.

Finalmente, atualizada biblioteca está sendo montada, contando no seu acervo com coleções completas das mais importantes revistas internacionais. A iniciativa, espera-se, redundará em moderno centro de estudo, pesquisa e consulta, acessível a todos associados.

Tudo isso sem qualquer subvenção estatal. Apenas, basicamente, com as mensalidades de nossos cerca de 3.500 sócios.

O IBCCRIM, como se vê, tor-

"O Direito Penal deve ser mínimo e garantístico porque a sua missão é, em suma, a defesa dos direitos humanos."



ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Janeiro/2000 - nº 86

- Chegamos ao Ano 2000!
- Carlos Vico Mañas 01
- Reforma Tributária e
Prévio Exaurimento da Via
Administrativa nos Crimes Tributários
- Luiz Flávio Gomes 03
- A Pessoa Humana
Como Centro do Sistema Punitivo
- Alberto Silva Franco 04
- Reforma Judicial e a
Crise do Direito na América Latina
- Sérgio Salomão Shecaira 05
- Inconstitucionalidade do
Provimento nº 653/99 do
Conselho Superior da Magistratura
do Tribunal de Justiça
- Rogério Lauria Tucci 06
- Se Eu Fosse Juiz Criminal
- Edson O'Dwyer 08
- A Globalização e o Direito Penal
- René Ariel Dotti 09
- A Justiça Penal do Ano 2000
- Alberto Zacharias Toron 10
- Quais São as Penas Alternativas?
- Jair Leonardo Lopes 11
- Imputação Objetiva:
O "Fugu Assassino" e
o "Carrasco Frustrado"
- Damásio E. de Jesus 13
- A Situação Carcerária no Brasil
e a Miséria Acadêmica
- James Louis Cavallaro
e Salo de Carvalho 14

Caderno de Jurisprudência

- O Direito Por Quem o Faz:
Roubo Famélico 411
- O Direito Por Quem o Faz:
Não Existe "Prisão em Confiança"
no Direito Brasileiro 412
- Supremo Tribunal Federal 413
- Superior Tribunal de Justiça 414
- Tribunal Regional Federal 415
- Tribunal Superior Eleitoral e
Tribunal Regional Eleitoral 416
- Tribunal de Justiça 417
- Tribunal de Alçada Criminal 418

nou-se uma grande entidade, sem que isto nunca fosse almejado. Havia, na verdade, enorme vazio no mercado.

A missão do Instituto, tal qual a imaginavam seus idealizadores, **Alberto Silva Franco** e **Luiz Flávio Gomes**, sempre foi outra.

Buscava-se, sem prejuízo das atividades científicas, uma atuação política, da qual muito nos orgulhamos.

Nascemos sob o inédito e exemplar impedimento de um Presidente da República. Assistíamos, assim, à consolidação das instituições democráticas, reconquistadas com tanto sacrifício, após longo período de ditadura militar. Mas, ao mesmo tempo, acabávamos de ver o triste episódio do massacre, por forças policiais, de 111 presos da Casa de Detenção de São Paulo, dado vergonhoso da história recente deste País.

O IBCCRIM, nesse contexto, nasceu com o propósito de levantar a bandeira da defesa intransigente dos princípios, direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição Federal, sem nunca abandonar a tão desejada postura pluralista.

Daí a nossa luta pelo Direito Penal de intervenção mínima, submetido aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, decorrências lógicas da garantia constitucional da legalidade em matéria penal.

Nossas bandeiras são o garantismo e o Direito Penal mínimo. No Estado Democrático de Direito, como sempre ressaltado pelo nosso **Alberto Silva Franco**, *"a intervenção penal não pode ter uma dimensão expansionista: deve ser necessariamente mínima, expressando, apenas e exclusivamente, a idéia de proteção de bens jurídicos vitais para a livre e plena realização da personalidade de cada ser humano e para a organização, conservação e desenvolvimento da comunidade social em que ele está inserido"*.

O Direito Penal deve ser mínimo e garantístico porque a sua missão é, em suma, a defesa dos direitos humanos.

É ele, dentre todos os instrumentos de controle social disponíveis, o mais drástico. Mas, sozinho, não conseguirá resolver o problema da criminalidade.

Já em 1979, o saudoso professor **Helelino Fragoso**, em texto que guarda impressionante atualidade, principalmente tendo em conta as recentes rebeliões em nossas instituições reservadas ao re-

colhimento de menores infratores, afirmava que a criminalidade *"aumenta, e provavelmente continuará aumentando, porque está ligada a uma estrutura social profundamente injusta e desigual, que marginaliza, cada vez mais, extensa faixa da população, apresentando quantidade alarmante de menores abandonados ou em estado de carência. Enquanto não se atuar nesse ponto, será inútil punir, como será inútil, para os juristas, a elaboração de seus belos sistemas. Aspiramos um Direito Penal mais humano. Um Direito Penal que efetivamente exerça função de tutela de valores de forma justa e igualitária. Isso só será possível numa sociedade mais justa e mais humana, que assegure os valores fundamentais da dignidade humana e da liberdade"*.

É preciso dar basta, de uma vez por todas, à utilização desenfreada, demagógica e simbólica do Direito Penal, supondo-se que ele seja capaz de resolver todos os males da sociedade.

Isto é uma falsa solução do problema. A edição de leis penais cada vez mais repressivas apenas gera a sensação de que o problema foi enfrentado e resolvido. Passado algum tempo, é inevitável a conclusão de que fomos enganados, desmoralizando-se o próprio sistema."

tável a conclusão de que fomos enganados, desmoralizando-se o próprio sistema.

Os seqüestros, por exemplo, não acabaram ou diminuíram em virtude da mal-fadada Lei dos Crimes Hediondos. Não trouxe ela qualquer utilidade prática, nenhum benefício foi provocado à sociedade. No entanto, garantias básicas do cidadão, conquistas da humanidade, foram jogadas na lata do lixo, em prejuízo de todos.

Beccaria, já no século XVIII, dizia que *"proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos"*.

São com estes mesmos sonhos e ideais (nada inéditos, como visto) que ingressamos no tão expressivo ano 2000, apresentando como novidade a alteração do logotipo, com o qual buscamos representar a chama de nossa utopia, que, se não for alcançável, ao menos permite que caminhemos, como diz **Eduardo Galeano**.

O autor é presidente do IBCCRIM.

Reforma Tributária e Prévio Exaurimento da Via Administrativa nos Crimes Tributários

LUIZ FLÁVIO GOMES

§ 4º do art. 1º da Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 175/95) sobre a reforma tributária em discussão no Congresso Nacional prevê que *“ninguém será processado por crime contra a ordem tributária antes de encerrado, na via administrativa, o processo respectivo”*. Entende o eminente procurador regional da República em São Paulo, **Mário Luiz Bonsaglia**, que o texto contraria o interesse público, que a matéria é meramente processual e impediria a atuação do Ministério Público, além de possibilitar a prescrição dos delitos, isto é, a impunidade quase total nos crimes fiscais.

O tema merece alguns esclarecimentos. Há anos em nosso País, nos crimes fiscais, tenta o legislador encontrar um ponto de equilíbrio entre o interesse do Estado (que primordialmente é o de arrecadar impostos, valendo-se inclusive e sobretudo da ameaça do Direito Penal), do Ministério Público (que é o de processar o infrator, visando a condená-lo criminalmente) e do contribuinte (que é o de não se ver privado da sua liberdade nem de seus bens senão consoante o devido processo legal, com direito ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes — CF, art. 5º, incs. LIV e LV).

Quando da edição da Lei nº 9.249/95 foi vetado um dispositivo (§ 1º do art. 34) com redação praticamente idêntica à da reforma tributária ora em tramitação. Desde 1996, no entanto, por força do art. 83 da Lei nº 9.430, o Fisco somente pode noticiar eventual delito para o Ministério Público *“após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”*. Esse diploma legal resolveu a controvertida questão pela metade.

Passou a exigir maior cautela das autoridades fiscais, que cometiam antes muitos abusos na notícia de delitos, causando constrangimentos deploráveis em muitas situações de patente arbítrio contra inocentes contribuintes. Mas ao mesmo tempo esqueceu-se de prever a suspensão do curso da prescrição penal enquanto não se decide o processo administrativo para constituição definitiva do crédito tributário. Até onde se sabe, o Projeto da reforma tributária não cuidou desse aspecto da questão.

É muito importante, para a defesa dos interesses do contribuinte, que o processo penal por sonegação fiscal somente possa ser iniciado quando terminada a discussão administrativa ou judicial sobre se o crédito tributário é devido ou não (nesse sentido, aliás, a 6ª Turma do STJ, em recentíssimo julgado, RHC 8.762-DF, rel. min. **Hamilton Carvalhido**, trancou ação penal em razão de a denúncia ter sido oferecida antes do término do processo administrativo). Até porque, como já manifestou o min. **Carlos Velloso**, presidente do STF (na ADIn nº 1.571), depois de constituído referido crédito definitivamente, o devedor tem todo direito de pagá-lo com a pretensão de extinguir a punibili-

de, caso algum delito tenha sido vislumbrado. Com isso ficam satisfeitos os interesses do contribuinte (a quem se assegura a possibilidade de petição e de defesa inclusive na esfera administrativa — CF, art. 5º, inc. XXXIV, “a”) assim como do Estado (que objetiva sempre antes de tudo arrecadar o imposto apurado e que não foi pago, extinguindo-se a punibilidade).

Não é o caso, assim, de se abominar totalmente a proposta legislativa em destaque, que está pensada para cumprir sérios e respeitáveis propósitos de defesa do cidadão e do erário público. De qualquer modo, resta atender também o interesse dos órgãos da persecução penal (Ministério Público, especialmente), prevenindo-se a suspensão da prescrição penal enquanto não concluído definitivamente o processo tributário. O prévio exaurimento da via administrativa nos casos de sonegação fiscal é medida mais que adequada, porque neles o recurso administrativo suspende a exigibilidade do tributo (CTN, art. 151).

“O prévio exaurimento da via administrativa nos casos de sonegação fiscal é medida mais que adequada, porque neles o recurso administrativo suspende a exigibilidade do tributo.”

A justiça, que é o valor-meta do Estado Constitucional e Democrático de Direito, exige de todos os protagonistas jurídicos (legisladores, intérpretes e aplicadores) bom senso e proporcionalidade. A virtude está em buscar equilíbrio entre os múltiplos interesses em conflito. Com os reparos acima sugeridos, é mais do que razoável a exigência do prévio exaurimento da via administrativa nos crimes fiscais. Aliás, essa é a posição não só da mais autorizada doutrina brasileira (**Ives Gandra, Hugo de Brito**, etc.) como de praticamente todos os países civilizados de cultura análoga à nossa.

Como se vê, é mais do que justa e razoável a regra de que, nas hipóteses assinaladas, unicamente depois de constituído de modo definitivo o tributo devido é que se possa iniciar o processo criminal. É uma questão de coerência e de segurança jurídicas. Mesmo porque, dentro do sistema hoje vigente, como o Ministério Público, com apoio na jurisprudência majoritária da Corte Suprema (ADIn nº 1.571), tem oferecido denúncia antes de se terminar o processo administrativo, pode ocorrer o absurdo de se chegar a uma condenação penal e concomitantemente reconhecer-se a inexistência ou inexigibilidade do tributo. Isso muito se assemelha à condenação de alguém por homicídio consumado quando a vítima está presente assistindo ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

Outra drástica consequência da denúncia

prematura ou precipitada ou *ante tempus* consiste na pretensão de se impedir que o pagamento do tributo devido, após o encerramento do processo administrativo e dentro do prazo legal, venha a extinguir a punibilidade (porque nesta altura a denúncia já fora recebida). Se se considera que sem o crédito tributário estar definitivamente constituído (CTN, art. 174) não se pode fazer o pagamento, especialmente porque nem sequer se sabe o *quantum debeatur*, não há dúvida que desde a perspectiva de uma interpretação teleológica esse pagamento *a posteriori*, derivado da impossibilidade jurídica de ser efetuado antes do encerramento do processo administrativo, deve conduzir também à extinção da punibilidade, comprovando-se que o tributo, antes da denúncia, era inexigível em razão de recurso administrativo.

Negar a extinção da punibilidade, nessas condições, absoluta e documentalmente comprovadas, seria: (a) “punir” o contribuinte que exercitou o seu direito constitucional de recorrer e questionar dentro de um devido processo a exigibilidade do crédito tributário. E ninguém pode ser “punido” enquanto exerce um direito fundamental; (b) impedir que esse contribuinte tenha a “chance” de efetuar o pagamento extintivo da punibilidade (o que já tinha chamado a atenção do min. **Carlos Velloso**, na ADIn nº 1.571); (c) tratar desigualmente o contribuinte que exercitou seu direito de petição e de recurso; (d) negar a própria *ratio* do art. 83 da Lei nº 9.430/96, que manda o Fisco representar ao Ministério Público somente após o encerramento do processo administrativo exatamente para evitar a denúncia precipitada e para dar chance do pagamento extintivo da punibilidade; (e) impedir a concretização da prioritária política arrecadadora do Estado.

O Direito é um sistema. Logo, não pode estar proibido por uma norma o que vem permitido em outra. Sendo assim, o pagamento do tributo devido, depois de encerrado o processo administrativo-fiscal (*a posteriori*, portanto) e dentro do prazo legal, deve também extinguir a punibilidade nos termos do art. 34 da lei nº 9.249/95, aplicado analogicamente. De se considerar que o recebimento da denúncia como limite máximo do pagamento extintivo não tem nenhuma razão científico-processual como suporte. Nada mais é que um momento fixado pelo legislador para arrecadar o mais pronto possível o tributo sonegado. É preceito válido, assim, para a generalidade dos casos. Porém, quando esse tributo foi submetido a discussão e tornou-se inexigível (CTN, art. 151), nada mais correto que abrir-lhe uma exceção, para contemplar analogicamente o pagamento *a posteriori* nas condições e limites acima tratados.

O autor é advogado criminalista, mestre em Direito Penal pela USP, co-fundador e 1º presidente do IBCCRIM.

A Pessoa Humana Como Centro do Sistema Punitivo

ALBERTO SILVA FRANCO

A erosão do Estado-Providência e, portanto, o declínio de políticas públicas de caráter social, ocorre ao mesmo tempo em que se desenvolve o alargamento da intervenção penal. Enquanto se pleiteia “menos Estado” na ordem econômica e social, exige-se paradoxalmente “mais Estado” “para mascarar e conter as consequências sociais deletérias onde se verifica a deterioração da proteção social. O Estado individualista deve ser também um Estado punitivo. O aumento da demanda de segurança relativiza a demanda de igualdade”⁽¹⁾.

A sociedade atual está, além disso, possuída por uma sensação de insegurança, coletiva e individual. A percepção subjetiva dos riscos e perigos é nitidamente superior à dos riscos e perigos reais e, desse modo, é mais comunicacional do que existencial. A posição privilegiada ocupada pelos meios de comunicação social, no contexto de um mundo considerado como uma aldeia global, permite a construção de imagens dramatizadas e distorcidas da realidade, capazes de difundir um sentimento generalizado de intranquilidade e de impunidade.

O Direito Penal com um de seus mais poderosos instrumentos de atuação — a pena privativa de liberdade — passa então a ser convocado para afrontar esse quadro de medo e de angústia. Este apelo ao Direito Penal é ainda estimulado pelos chamados “gestores atípicos da moral” de que fala **Silva Sanchez** e que são representados pelas “organizações ecológicas, feministas, de consumidores, de vizinhos, de pacifistas ou anti-discriminatórias” que encabeçam na atualidade a tendência para uma progressiva ampliação do Direito Penal, embora os resultados da intervenção penal, máxime quando acionada na linha da pena privativa da liberdade, se revelem “inadequados, vulnerantes de princípios gerais do Direito Penal e, inclusive, contraproducentes”⁽²⁾. Ao mesmo tempo, garantias clássicas do Estado Constitucional de Direito são postas de lado porque se mostram rígidas demais e se defende, então, uma postura de flexibilização que constitui, em verdade, um desmentido dessas garantias. A eficácia da repressão penal compreende, portanto, uma mudança de atitude para com as formas e os procedimentos apontados como obstáculos a serem vencidos para a obtenção da almejada **segurança**.

Dentro dessa moldura — falência do Estado-Providência, sentimento exacerbado de insegurança e atuação criminalizadora abrangente —, a crise do sistema punitivo instalou-se também na realidade brasileira. Os desequilíbrios punitivos, na tutela de determinados bens jurídicos, já detectados no Código Penal de 40, foram significativamente reforçados pela Lei de Crimes Hediondos e pela legislação emergente e autoritária que tomou conta, a partir da década de noventa, do ordenamento penal brasileiro. No balanceamento dos bens jurídicos necessitados de proteção penal deu-se ênfase especial aos delitos patrimoniais e a outros bens jurídicos menos relevantes, em detrimento de bens próprios da pessoa humana, como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, etc. Alguns exemplos, tomando-se por base mínimos penais cominados, bastam para demonstrar a verdadeira crise sistêmica que permeia todo aparato punitivo brasileiro:

a) homicídio simples (seis anos de reclusão) e venda de cosméticos ou saneantes falsificados, corrompidos, adulterados ou alterados (dez anos de reclusão);

b) homicídio simples (seis anos de reclusão) e estupro ou atentado violento ao pudor (seis anos de reclusão);

c) homicídio qualificado (doze anos de reclusão) e latrocínio (20 anos de reclusão) ou extorsão mediante seqüestro de que resulte morte (vinte e quatro anos de reclusão);

d) lesão corporal gravíssima (dois anos de reclusão) e roubo simples (quatro anos de reclusão) ou roubo agravado (cinco anos e quatro meses de reclusão);

e) lesão corporal gravíssima (dois anos de reclusão) e alteração de produto alimentício, destinado a consumo, com redução de valor nutritivo (quatro anos de reclusão);

f) lesão corporal gravíssima (dois anos de reclusão) e extorsão (quatro anos de reclusão) ou extorsão mediante seqüestro (oito anos de reclusão);

g) lesão corporal gravíssima (dois anos de reclusão) e extorsão mediante seqüestro de que resulte lesão corporal grave (dezesseis anos de reclusão);

h) seqüestro e cárcere privado (um ano de reclusão) e roubo se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade (cinco anos e quatro meses de reclusão);

i) redução à condição análoga a de escravo (dois anos de reclusão) e extorsão mediante seqüestro que dure mais de vinte e quatro horas (doze anos de reclusão).

Essa pequena exemplificação — e nela não se inclui, por óbvio, a aberrante carência de tipificação da chacina — evidencia a total desarticulação do atual sistema punitivo brasileiro, em razão de uma legislação verdadeiramente emergencial e recomenda a busca de um novo parâmetro que permita revalorar os bens jurídicos necessitados de tutela penal. O ponto de partida deverá ser indiscutivelmente o princípio constitucional estruturante da dignidade da pessoa humana, de sorte que a centralidade do sistema repressivo não poderá mais ser o patrimônio cuja titularidade é de poucos, mas a pessoa humana de que todos e cada um são titulares. A pessoa humana deverá ser, então, protegida, com primazia, na sua vida, no seu corpo, nas suas liberdades, na sua segurança, no seu ambiente, em resumo, na sua dignidade. Só depois, bens jurídicos menores deverão ter equacionados seus quantitativos penais.

A colocação da pessoa humana, como centro irradiador do sistema penal, deverá servir como ponto de referência obrigatório de qualquer tipo de reformulação legislativa, na área penal, processual penal e de execução penal. Deverá igualmente ser o mote capaz de sensibilizar a opinião pública, levando-a a perceber que o mecanismo punitivo terá de proteger, com maior eficácia, o bem jurídico fundamental que é próprio de todos e não bens patrimoniais que apenas estão ao alcance de alguns.

NOTAS

(1) **Rodrigues, Anabela Miranda**, “Consensualismo e prisão”, in “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, no prelo.

(2) **Sánchez, Jesús-María Silva**, “La Expansión del Derecho Penal”, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, pp. 47/48.

O autor é desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.



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. de Revista - RBCrim: 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 Fotolito: Ameruso Artes Gráficas

Tel. 215-3596

Impressão: Ativa/M - Tel.: 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.: (011) 3105-4607 (tronco-chave)

http://www.ibccrim.com.br

e-mail: ibccrim@ibccrim.com.br

Reforma Judicial e a Crise do Direito na América Latina⁽¹⁾

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

A crise de legitimidade do Direito Penal na América Latina encontra duas vertentes principais: de um lado a crise do próprio sistema punitivo; de outro, aquela concernente ao Poder Judiciário.

Da dimensão propriamente material, podemos constatar uma crise de eficiência, valorativa e de legitimação ou comunitária. Indubitavelmente há que se pôr em dúvida a capacidade do Direito Penal para cumprir os objetivos que a ele se atribuem como sendo próprios de sua natureza. Pensar no Direito Penal para solução dos problemas sociais de um país de capitalismo periférico é imaginar uma tarefa que ultrapassa sua função precípua, que é a de proteção de bens jurídicos relevantes. No Brasil, assim como nos demais países latino-americanos, tem-se como idéia fixa a solução dos problemas sociais pela via do Direito Penal. Ao não cumprir tal função gera-se um vazio, criando uma primeira crise: a de legitimidade. Um segundo matiz da crise contempla uma visão axiológica. Nasce da demonstração criminológica do caráter seletivo e desigual do Direito Penal, além de estar orientado ideologicamente para a manutenção de um determinado *status quo*. Em terceiro lugar, há de se ter em conta a crise de legitimação social ou comunitária. Os valores protegidos pelo Direito Penal não coincidem exatamente com as demandas do cidadão comum, mas é, em verdade, consequência de processos de seleção mais vinculados a necessidades institucionais ou políticas do que à necessidade de proteção social dos valores da comunidade⁽²⁾.

Outra face da crise punitiva envolve a legitimidade do processo penal nos países latino-americanos e o funcionamento do próprio Poder Judiciário. Via de regra, na América Latina, ainda há um sistema predominantemente inquisitivo, onde nem sempre há a própria instituição do Ministério Público⁽³⁾. Isto cria uma justiça penal verticalizada, que caminha no sentido de um Poder Judiciário concentrado. O juiz é concebido dentro de uma estrutura de poder em que ele é uma figura dependente, gerado dentro de um contexto em que se potencializa sua submissão. Esta lógica elimina sua abertura para a sociedade e solapa sua fonte de legitimação. Mais do que isso, o próprio Poder Judiciário passa a ser estrutura delegada do Poder Executivo, jamais podendo atingir plena independência⁽⁴⁾.

No Peru, em particular, encontra-se situação ainda mais drástica que em outros países vizinhos. É que com a crise institucional de 1992, tem-se um Poder Judiciário controlado através de uma Comissão Executiva que surge como uma medida temporária para implementar reformas no campo

do Judiciário. A intervenção eliminou a autonomia do Judiciário e possibilitou o afastamento de magistrados, não permitindo a autonomia das decisões jurisdicionais. Não há, pois, garantias como a inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos. Isto acentuou a tradição ibérica do dogmatismo positivista, fazendo com que o Judiciário tenha se transformado em correa de transmissão dos interesses do Poder Executivo. Observe-se, outrossim, que embora muitos países tenham restaurado a democracia — como é o caso da Argentina — ainda têm mecanismos que manietam o Judiciário, como, por exemplo, através da pura e simples nomeação sem concursos públicos dos juizes, mecanismo esse que cria uma vinculação orgânica entre Executivo e Judiciário.

"Nos países vizinhos e na América Central são urgentes as reformas processuais para que se tenha a implementação do sistema processual acusatório e para que se tenha maior autonomia das decisões jurisdicionais."

Nosso mecanismo de provimento de cargos, diferentemente, embora concebido na década de 40, durante a ditadura Vargas, prevê o ingresso na carreira por concurso público de provas e títulos. As promoções internas são calcadas em dois conceitos: antiguidade e merecimento. Tal fato, nas palavras de Zaffaroni, "cria uma forte carreirização que se encontra atenuada mediante a incorporação lateral de um quinto dos juizes que devem prover, nos tribunais colegiados, do Ministério Público e dos advogados"⁽⁵⁾. A designação política é limitada aos juizes do Supremo Tribunal Federal, em número de 11 ministros escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 anos e com notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da Constituição Federal). O controle da Magistratura é feito por órgãos internos (Corregedorias), não havendo "controle externo", o que é objeto de ampla discussão no Congresso Nacional. A seleção de magistrados através de concursos, em face de uma série de fatores, desde o salário oferecido até a forma de seleção, acaba por direcionar-se para jovens recém-

formados, cujo ingresso na vida profissional é bastante recente. O perfil desse magistrado cria certos vícios que se manifestam nas decisões proferidas. Nem sempre há uma formação humanista, tão necessária quando se fala em decisões acerca da restrição ou concessão da liberdade. No entanto, não há a dependência orgânica em relação ao Poder Executivo, existindo, sim, uma vinculação intra-orgânica do magistrado, que muitas vezes é levado a manter um afastamento social que poderia ser evitado.

Em face dessas diferenças são também distintas as estratégias transformadoras dos sistemas punitivos latino-americanos. Nos países vizinhos e na América Central são urgentes as reformas processuais para que se tenha a implementação do sistema processual acusatório e para que se tenha maior autonomia das decisões jurisdicionais. Diferentemente, nossas preocupações estão voltadas para as mudanças legais de ordem material, para que se possa eliminar os efeitos deletérios do Direito Penal simbólico e para que tenhamos um sistema punitivo consagrado pela legitimidade social.

Esperamos que ambas as tarefas sejam atingidas para uma evolução de nosso sistema. Afinal, como nos diz Saramago, "o único progresso verdadeiro é o progresso moral. O resto é simplesmente mais ou menos bens".

NOTAS

⁽¹⁾ O presente trabalho é resultado da viagem do autor ao Peru, a convite da Comisión Episcopal de Accion Social - CEAS, onde participou de um seminário sobre a Reforma Judicial na América Latina.

⁽²⁾ Nesse sentido o pensamento de Maximiliano A. Rusconi, em seu artigo intitulado "Principios fundamentales del Derecho Penal en una sociedad democrática", "Justicia y Derechos Humanos", CEAS, Lima, 1999, p. 160.

⁽³⁾ É o caso do Chile que, não obstante a criação da figura do representante do Ministério Público em novembro de 1997, ainda não conseguiu lograr efetividade na implantação de um sistema que seja, ainda que parcialmente, acusatório. Todo o processo, do inquérito à sentença, é presidido, inquisitivamente pelo juiz, em procedimento em tudo e por tudo assemelhado ao sistema conhecido da Inquisição na Idade Média.

⁽⁴⁾ Binder, Alberto. "Reforma de la administración de Justicia en América Latina", in "Justicia y Derechos Humanos", CEAS, Lima, 1999, p. 131.

⁽⁵⁾ Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos", trad. de Tavares, Juarez, São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 125.

O autor é advogado, professor da USP e ex-presidente do IBCCRIM.

Inconstitucionalidade do Provimento nº 653/99 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

ANOTE EM SUA AGENDA

O tradicional Seminário Internacional do IBCCRIM já tem data confirmada: de 03 a 06 de outubro de 2000, no Hotel Maksoud Plaza. O programa está sendo elaborado e será divulgado nos próximos números com todos os palestrantes e temas. Reserve já em sua agenda estas datas.

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

A Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) está promovendo cursos de mestrado nas seguintes áreas de concentração:

- Direito Penal (convênio com o IBCCRIM)
- Direito Constitucional.

Coordenação:

Luís Alberto Warat

Inscrições:

Até 31 de janeiro de 2000

(eventualmente prorrogável)

Informações:

Fone/Fax: (0xx48)

626-4799 e 626-5733

E-mail: pos@unisul.rct-sc.br

1. Provimento nº 653/99 e sua "regulamentação"

1.1. Na esteira de equivocado (e, por isso mesmo, inaceitável...) entendimento jurisprudencial, criativo da denominada **execução provisória penal**, inexistente no ordenamento jurídico nacional, o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou Provimento, que tomou o nº 653/99 e foi publicado no *Diário da Justiça* de 14 de abril p. passado, na pág. 01.

1.2. Determinando, no art. 1º, a expedição de "guia de recolhimento provisória", ao ensejo do recebimento de recurso da sentença condenatória, estando o condenado "preso em decorrência de prisão processual"; aduziu, no art. 2º, a forma da providência no tocante aos "processos que já se encontram no Tribunal", e no art. 3º que a Corregedoria-Geral da Justiça deveria adaptar "suas Normas de Serviço às disposições deste Provimento".

1.3. Em atendimento à ordenação desse último dos referidos dispositivos, a Corregedoria-Geral da Justiça, por sua vez, expediu o Provimento nº 15/99, publicado no *Diário da Justiça* de 19 de abril, à pág. 08, "regulamentando", por assim dizer, a **execução provisória** e a conseqüente **guia de recolhimento provisória**.

2. Manifesta inconstitucionalidade dos Provimentos

2.1. Isso, necessariamente, posto, bem é de ver, num relance, à simples leitura dos respectivos termos, que esses indicados Provimentos revestem-se de manifesta **inconstitucionalidade**. Se não, vejamos:

2.2. Tem-se, com efeito, e à evidência, que a determinação de prisão "processual" do condenado, pelo simples fato da condenação, estabelecida em ato decisório recorrido, ou recorrível (decorrente, portanto, e meramente, de julgamento de mérito sujeito a recurso), a par de — como procuraremos demonstrar logo adiante — aberrar do sistema vigorante em nosso ordenamento jurídico, afronta a preceituação contida no inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2.3. Como já tivemos, várias vezes, a oportunidade de anotar, em diversificados escritos (v., por exemplo, "Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro", São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 401 e segs.; com lastro nos magistérios, dentre

outros, de **Guglielmo Sabatini**, "Principii di Diritto Processuale Penale", 3ª ed., Catânia, Casa del Libro ed., 1948, vol. I, pp. 38/39; **J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira**, "Constituição da República Portuguesa Anotada", 2ª ed., Coimbra, Coimbra ed., 1984, 1º vol., p. 215; e **Daniëlle Saint-Laurent**, "Principes de Droit Constitutionnel et Pénal", Quebec, Modulo ed., 1986, p. 117), segundo o transcrito mandamento constitucional, tem o cidadão envolvido numa **persecutio criminis o direito à não-consideração prévia de culpabilidade**, isto é, o de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de **decisum** condenatório.

2.4. Clarifica **Sabatini** a essência desse direito, de cunho universal (cf., e.g., *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, art. 8, nº 2), enfatizando, com a habitual precisão (e em livre tradução nossa), que: "O imputado é sempre, e só, **imputado**, para o fim de desenvolvimento do processo. Então, não é considerado nem inocente, nem culpado. E se, todavia, no Direito moderno, se precisa o que significa, e o que deva significar, a expressão 'ser imputado', deve concluir-se que as normas processuais não são destinadas a tutelar uma apriorística presunção de inocência, mas a contemplar a complexidade de escopos a que tende a instauração e o desenvolvimento do processo, especialmente nas relações decorrentes da pessoal e concreta situação do imputado no curso do procedimento".

2.5. Ora, isso significa que o acusado, enquanto tal, somente poderá ter sua **prisão provisória** decretada, quando esta assuma **natureza cautelar** (casos, unicamente, no *ius positum* brasileiro, de **prisão em flagrante, temporária ou preventiva**); vale dizer, quando ela não se presente com caráter meramente processual, posto que resultante, simplesmente, de ato decisório recorrido, ou recorrível.

2.6. E, assim sendo, mesmo que este só possa ser impugnado mediante recurso especial ou extraordinário, recebíveis a processamento apenas no efeito devolutivo, impõe-se, para a segregação prévia do condenado, que o ato decisório proferido por órgão jurisdicional colegiado de segundo grau, simultaneamente com a condenação, decreta a **prisão preventiva** com supedâneo num dos requisitos estatuídos no art. 312 do Código de Processo Penal.

2.7. A não ser assim, a ordem de prisão, não cautelar, mas **tipicamente processual**, apresentar-se-á, indviduosamente, equivocada, consistindo em **constrangi-**

mento ilegal à liberdade de locomoção do condenado.

2.8. Ademais, e como, igualmente, sedição, é inadmissível “regulamentação” de lei por simples provimento, emanado de outro Poder que não o Legislativo, especialmente quando, como na situação ora analisada, ele afronta, não somente os dispositivos legais cuja aplicação pretende disciplinar, mas, também, e precipuamente, o sistema que estes integram: tal o despautério, que a verificação da respectiva **inconstitucionalidade** prescinde de mais extensas considerações!...

3. Breve verificação do sistema executivo penal

3.1. Nesse derradeiro enfoque, não constituirá, por certo, demasia a relembração de que **inexiste, em nosso sistema executivo penal, a denominada execução provisória**: a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ao regulamentar a execução de ato decisório condenatório, contempla, tão-somente, aquele que, preclusos os prazos para os respectivos recursos, tenha **transitado em julgado**.

3.2. Tanto isso é certo, que o parágrafo único do art. 2º, **excogitando de execução provisória**, alude, com exatidão, a **preso provisório**, ao qual são concedidos os mesmos direitos e determinados os mesmos deveres do preso definitivamente condenado (cf. item 17 da *Exposição de Motivos* do Projeto, expressando que a “*igualdade da aplicação da lei ao preso provisório*”, assim como a condenados pela Justiça Eleitoral ou Militar, “*visa a impedir o tratamento discriminatório de presos ou internados...*”; e arts. 39, parágrafo único, 40, 41 e 42).

3.3. Além do que, mencionado diploma legal estabeleceu um, **único**, pressuposto (certamente, **jurídico**) da execução penal, qual seja o **título executivo consubstanciado em sentença condenatória coberta pela coisa julgada**; expressando o conjunto dos arts. 105, 107, 171 e 172 que ninguém poderá ser recolhido a estabelecimento prisional, ou internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, sem a respectiva guia, expedida pela autoridade judiciária competente, **após o trânsito em julgado de sentença impositiva de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança**.

3.4. Ora, incumbe ao intérprete, na aplicação da lei, a par da verificação dos fins sociais aos quais ela se destina, observar detidamente o sistema em que se posta, buscando fazê-lo exegeticamente.

3.5. Como, a esse propósito, agudamente, intuiu a eminente desembargadora federal, do Tribunal Regional da 3ª Região, **Suzana Camargo**, em voto proferido no julgamento do *Habeas-Corpus* nº 97.03.038827-2, de São Paulo, e de todo ajustável a situações como a neste breve estudo objetivada, *verbis*: “*O sistema jurídico é um conjunto uniforme e sincrônico de normas, pelo que não há como considerar umas normas e não outras, ou mesmo, sob o pretexto de estar a aplicar uma regra, procedendo a responsabilização penal do agente do crime, olvidar outras que representam garantias outorgadas a esse próprio agente*”.

3.6. E, de resto, para não nos alongarmos

demasiada e desnecessariamente, fazemos nossas as observações de **Fernando da Costa Tourinho Filho**, “*Processo Penal*”, cit., 4º vol, p. 374; e de **Antônio Magalhães Gomes Filho**, “*Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*”, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 86, a saber:

3.6.1. Explicita **Tourinho Filho** que “*não é pelo fato de a prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível haver perdido o caráter de ‘provisória execução da pena’ que a Justiça deva justificá-la, sob outro fundamento...*” e,

3.6.2. Ressalta **Magalhães Gomes Filho**, com a mesma exatidão, que: “*... Essencialmente, em face dessas garantias, não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental ou final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada*”.

“...qualquer imaginária dificuldade posta à correta aplicação da Lei de Execução Penal, basta ter-se na devida conta que, não podendo ser iniciada a execução de sentença condenatória antes do respectivo trânsito em julgado, incumbirá, ao órgão jurisdicional pronunciante da condenação, se for o caso, decretar a prisão preventiva do acusado, que, então, como preso provisório, assumirá a titularidade de todos os direitos e deveres concedidos aos definitivamente condenados.”

3.7. Em suma, e como, agudamente, preleciona **Jorge de Figueiredo Dias**, “*Direito Processual Penal*”, Coimbra, Coimbra ed., 1974, 1º vol., p. 436, é fundamental, em matéria de encarceramento prévio do acusado, que “*as medidas coativas só devem ser utilizadas quando absolutamente necessárias (princípio da necessidade)*”.

4. Considerações finais e conclusivas

4.1. Qualquer o ângulo visualizado, enim, verifica-se a flagrante **inconstitucionalidade** do analisado Provimento nº 563/99, e, por via de consequência, de sua “regulamentação”, pelo de nº 15/99, da Corregedoria-Geral da Justiça; motivo pelo qual não deverá ser expedido mandado de prisão ou de internamento, que constitua, apenas, efeito de simples fato de condenação por ato decisório penal sujeito a recurso ou recorrido.

4.2. Isso porque, como esclarecido, diversificadamente até, na exposição ora procedida, nesse caso, ou seja, sem que determinada

com base num dos requisitos estatuídos no art. 312 do Código de Processo Penal, a ordem de prisão consistirá, indubitavelmente, em **constrangimento ilegal à liberdade de locomoção** do acusado não definitivamente condenado, a ser combatido, também pela via heróica do *habeas-corpus*.

4.3. Aliás, a solução do imaginário problema afigura-se-nos facilíma, bastando ter-se na devida conta que: **a) ao preso provisório** são assegurados os mesmos direitos (v.g. à progressão na execução da pena privativa de liberdade) conferidos ao definitivamente condenado (v., a respeito, **Júlio Fabbrini Mirabete**, “*Execução Penal*”, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pp. 41/42); **b) a prisão provisória de natureza cautelar**, mesmo sendo decretada por ocasião do proferimento de ato decisório condenatório, ajusta-se, óbvia e perfeitamente, ao sistema penal brasileiro, considerado, em técnico e jurídico rigor, na sua integridade; e, **c) por via de consequência**, como visto, excogitável é, em seu âmbito, a denominada **execução provisória**.

4.4. Como anota **Sidnei Agostinho Benetti**, “*Execução Penal*”, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 89/90 (cujo alvitre endossamos, todavia sem a restrição atinente às situações em que irrecorrido, pela acusação, o julgamento condenatório: cf., e.g., o julgamento do *Habeas-Corpus* nº 695, pelo Superior Tribunal de Justiça, relator ministro **José Dantas**, in *DJU* de 07.10.91), o impasse sistemático resolve-se com a antecipação cautelar de efeitos da sentença definitiva, mediante a aplicação, em favor do **preso provisório**, na “*regra geral de cautelas e contracautelas processuais penais, à luz das garantias constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e da exata medida da pena*”; resolvendo-se, desse modo, “*a indesejável situação de restrição a direitos materialmente incontestáveis do condenado, sem problemas processuais derivados da caracterização, como execução provisória, de atos puramente nutridos de cautela*”.

4.5. Em epítome, para obviar, num simples equacionamento, qualquer imaginária dificuldade posta à correta aplicação da **Lei de Execução Penal**, basta ter-se na devida conta que, não podendo ser iniciada a execução de sentença condenatória antes do respectivo trânsito em julgado, incumbirá, ao órgão jurisdicional pronunciante da condenação, se for o caso, decretar a prisão preventiva do acusado, que, então, como **preso provisório**, assumirá a titularidade de todos os direitos e deveres concedidos aos definitivamente condenados.

4.6. Bem a propósito, como, certamente, diria o emérito professor **Hélio Tornaghi**, *legem habemus*, e, destarte — complementamos —, não é dado ao intérprete, instado à sua aplicação, por dever funcional, ignorá-la. E, muito menos, à conspícua cúpula do Poder Judiciário paulista, pisoteá-la, fazendo tábula rasa de sua existência...

O autor é professor titular aposentado e regente da disciplina Direito Processual Penal no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Se Eu Fosse Juiz Criminal

EDSON O'DWYER

Se eu fosse juiz criminal certamente estaria realizado e feliz. Ainda que muito difícil, julgar um semelhante é "tarefa que o homem usurpou a Deus" mas que tem que ser exercitada, e eu a cumpriria sempre obedecendo a lei.

Essa obediência à lei torna, vezes muitas, extremamente penoso o ofício de julgar. É que para dar boa conta de minha atividade profissional ver-me-ia, em não poucas oportunidades, cerceado para fazer uma boa Justiça o que, finalmente, é só o que se espera de mim, juiz criminal. Assim, por exemplo:

— Quando tenho que fixar uma pena, sou obrigado a respeitar o mínimo que a lei impõe, ainda que eu ache que aquele mínimo é muito. Mas não posso apenas abaixo do quantitativo menor previsto, mesmo que na minha convicção seja injusta a fixação. E me pergunto: quais os critérios utilizados para colocar na lei aqueles mínimos? Foram critérios científicos? Empíricos? E depois de tanto tempo passado desde que foram estabelecidos, ainda são válidos de fato? E, angustiado, violentado mesmo, tenho que fixar uma pena que não me parece adequada.

Não seria melhor que a lei impusesse apenas máximos, para que o juiz não exorbitasse? Para mim as leis deveriam dizer assim: Pena - até tantos anos. E o juiz que, levando em conta tudo quanto estabelece o art. 59 do CP, fixasse, então, em cada caso, o que justo fosse. E seus erros, quando e se houvesse, seriam corrigidos via recurso.

Se eu fosse juiz criminal gostaria que a lei me autorizasse, em razão da complexidade da causa, da pluralidade de réus, ou de motivações outras que dificultassem a tarefa dos advogados — acusadores ou defensores — a ampliar alguns prazos, v.g. o de defesa prévia. Pensando bem, nós juízes podemos, por força de lei, quase tudo com relação a nossos jurisdicionados: nós os casamos e os separamos, nós os prendemos e os soltamos, nós reconhecemos ou negamos, filiações, proclamamos eleitos os candidatos, decretamos falências, afirmamos herdeiros e deserdamos; nós que podemos tanto, não podemos crescer de um dia um prazo! Nem podemos aumentar de duas para três horas, as acusações e defesas no Júri, por mais difícil, ou volumoso, que seja o processo!

Será que não devíamos poder?

Se eu fosse juiz criminal gostaria de me especializar, isto é, gostaria de saber muito de minha faina. Leria livros de Direito Penal, Processual Penal, Psicologia da Prova, Direito Constitucional específico, Criminologia, etc. Da mesma forma que os médicos estudam tudo de sua especialidade, eu gostaria que aqueles a quem eu tivesse que julgar soubessem que estavam entregues a um especialista. Como especialistas são os pediatras que examinam nossos filhos, os cardiologistas que nos acompanham depois de certa idade, ou os neurocirurgiões que abrem nossas cabeças. Mas eu não sou um especialista. Hoje sou juiz criminal, mas amanhã, em outra Vara, tenho que entender (e decidir) de tributos, depois de divórcios, ou de despejos, ou falências, ou de questões administrativas ou agrárias.

Será que não devíamos nos especializar?

Se eu fosse juiz criminal teria raiva de certas normas. Assim, o art. 304, § 2º do CPP. Só sou juiz porque me formei em Direito, fiz concurso, enfrentei psicoteste, fiz curso de preparação para a Magistratura, tive que demonstrar ser pessoa de conduta ilibada, minha idoneidade teve que ser atestada, mas eu, juiz criminal, que enfrentei tudo isso, que superei e venci todas as barreiras que me foram antepostas para chegar onde cheguei, não sou confiável aos olhos da lei. Tanto que na lavratura de um flagrante, se não houver testemunhas do fato, sou obrigado a ouvir as duas tais "testemunhas de apresentação", que afirmem haver presenciado a apresentação do preso! É, apesar de tudo, a lei não confia em mim, tanto que minha presença não bastou.

Não deveria confiar?

Se eu fosse juiz criminal lutaria muito para, a cada sentença, ter presente a certeza de que eu estava julgando um ser humano. Não apenas um nome, muito menos um fato, ou uma tipicidade. Eu lutaria contra a rotina que me estorva a certeza de que minha sentença vai interferir, para sempre, na vida de um cidadão, sua família, seus amigos, e que é preciso atentar para as consequências de meu ato. Não posso julgar e achar que ali terminam meus deveres ou que devo me esquecer do processo e do acusado, porque outros estão à espera de meu decisório. Se eu fosse juiz criminal julgaria cada caso, cada réu, como se fosse o único, mesmo que as estatísticas que eu deveria mandar para a Corregedoria não me apontassem como o mais produtivo. Eu não gostaria de ser um dos primeiros desta lista. Mas gostaria, se houvesse, de ser o primeiro na lista dos mais justos.

Estou certo?

Se eu fosse juiz criminal gostaria que minha carreira terminasse na primeira instância. Eu estaria livre, então, daquelas desgastantes e humilhantes romarias para pedir votos, e seria, certamente, mais independente, se não necessitasse de apadrinhamento político para o acesso ao tribunal.

Se eu fosse juiz criminal e desejasse chegar a magistrado de segunda instância, gostaria de fazer concurso. Concurso para desembargador, no qual competiria com outros juízes, e não dependeríamos, eu e meus colegas, senão de nossos próprios esforços, de nossos estudos, de nossos conhecimentos. E se eu vencesse o concurso, alcançaria o tribunal porque provei que era capaz para lá estar, porque não me entreguei à rotina de julgar, mas estudei sempre, não parei no tempo, me preparei cada dia.

E seria, então, um juiz mais capaz, mais preparado e, sem dúvida, mais independente.

Não seria melhor assim?

Se eu fosse juiz criminal, mais do que qualquer outro magistrado, toda noite pediria a Deus que não me abandonasse quando tivesse que julgar. E mais que isso, me ajudasse a julgar com a lei, mas não me permitisse julgar sem coração.

Mas não sou.

Infelizmente (?).

O autor é advogado em Salvador (BA).

BIBLIOTECA

O IBCCRIM adquiriu, nos últimos dois meses, para incorporar ao acervo de sua Biblioteca, os seguintes fascículos de Revistas:

- Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal;
- Dei Delitti e delle Pene;
- Eguzkilore;
- Cuadernos de Política Criminal;
- Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale e
- Revista do Ministério Público (Lisboa).

FITAS DO V SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Já estão disponíveis aos associados, gratuitamente, as fitas com todas as palestras apresentadas no V Seminário Internacional do IBCCRIM, ocorrido de 06 a 09 de outubro de 99.

A Globalização e o Direito Penal

RENÉ ARIEL DOTTI

A **globalização** é um termo utilizado há vários anos pelos economistas para descrever um processo apresentado como recente mas, de fato, existente desde o início do século e descrito por **Lenin**, em sua obra *"Imperialismo"*, como o *"estágio supremo do capitalismo"*. Ele significa crescimento e primazia das exportações de capital, desenvolvimento da divisão internacional do trabalho, dos trustes multinacionais, interconexão das economias dos diferentes países, etc. A expressão foi retomada com uma amplitude particular nos anos 80 quando a desregulamentação **generalizada** acelerou as condições da concorrência no plano mundial e o desenvolvimento dos meios de transporte e telecomunicações suprimiram um a um os obstáculos à deslocalização de centros de produção. Ao mesmo tempo, as crises financeiras, que no passado levavam meses ou anos para se propagar, agora tocam todas as praças financeiras em alguns instantes.⁽¹⁾

A globalização é um fenômeno de múltiplas faces, algumas positivas e outras negativas. Quanto às primeiras, pode-se destacar o benefício da maior integração entre as nações e os povos, as facilidades de comunicação e o aprimoramento dos sistemas de informação; relativamente às segundas, é possível indicar a colonização cultural, a insegurança emocional e a perda da paz de espírito. Um marcante exemplo dessa erosão foi experimentado em nosso país, no início de 1999, quando as notícias sobre o fechamento em queda das bolsas da Ásia e o risco da estabilidade econômica provocaram a evasão dos capitais flutuantes⁽²⁾ estrangeiros depositados no mercado financeiro. O impacto produziu formidáveis situações de pânico, geradas pela incerteza dos prognósticos econômicos e pelo sensacionalismo dos meios de comunicação.

Um dos efeitos maléficos da globalização é o **descarte** do humanismo como fenômeno de relação e de sensibilidade para com os valores imutáveis do ser. Dentro de tal perspectiva cresce a importância dos Direitos do Homem que são modelados na realidade e na fantasia do cotidiano. Na avaliação entre as conquistas e as perdas no cenário do mundo, da vida e da História, é importante ter presente um dos trechos sagrados das **declarações de direitos**. Ao proclamar que o governo existe para garantir ao ser humano a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis e que a lei não pode ordenar senão o que for justo e útil à sociedade, uma das **consideranda** à Constituição francesa de 1793 enfatizou: *"O esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo"*.⁽³⁾

Em uma de suas inúmeras entrevistas,

Norberto Bobbio foi perguntado sobre as características de nosso tempo que despertam viva preocupação, especialmente quanto ao aumento cada vez maior e descontrolado da população; o progresso cada vez mais rápido e inevitável da degradação ambiental e o aumento astronômico e insensato do poder destrutivo das armas. E, ao final, se em meio a tantas previsíveis causas de infelicidade, ele via algum sinal positivo. **Bobbio** respondeu que sim, que descortina pelo menos um desses sinais: *"a crescente importância atribuída, nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos humanos"*.⁽⁴⁾

**"A globalização
poderá contribuir para
a padronização de tipologias
e de procedimentos visando a
punibilidade de alguns crimes
de repercussão supranacional
(genocídio, apartheid,
lavagem de dinheiro,
terrorismo, atentados contra
o meio ambiente, falsificação
de moeda, etc.), estimulando
a cooperação na luta contra
o crime e o funcionamento de
tribunais internacionais."**

Essa perspectiva de sagração dos Direitos do Homem deve pautar a reforma do sistema penal positivo, especialmente quanto a dois aspectos: a dignificação do ser humano e a rigorosa seleção dos bens jurídicos protegidos.

É certo que as reformas penais do próximo século devem incorporar os progressos da ciência e da tecnologia e aproveitar a interação proporcionada pela ideologia e os instrumentos da globalização. Mas também é inegável que os valores relativos aos Direitos do Homem devem constituir os pontos nucleares para todo e qualquer projeto relacionado ao sistema criminal envolvendo a Constituição, o Direito Penal, o Direito Processual Penal, o Direito de Execução Penal e as ciências afins.

A globalização poderá contribuir para a padronização de tipologias e de procedimentos visando a punibilidade de alguns crimes de repercussão supranacional (genocídio, apartheid, lavagem de dinheiro, terrorismo, atentados contra o meio

ambiente, falsificação de moeda, etc.), estimulando a cooperação na luta contra o crime e o funcionamento de tribunais internacionais. Mas, por outro lado, o **globalismo**⁽⁵⁾ poderá provocar o **eclipse** da condição humana e até mesmo a perda de referenciais axiológicos que sempre devem iluminar os interesses penalmente protegidos.

Com muita propriedade acentuam **Juares Machado**⁽⁶⁾ e **Alberto Silva Franco**⁽⁷⁾ que o respeito à dignidade humana e a proteção do bem jurídico constituem vertentes indispensáveis em todo projeto de elaboração das normas penais. É certo que existem outras coordenadas referidas pelos aludidos mestres, por exemplo: a) a necessidade da pena justa; b) a intervenção mínima; c) a proporcionalidade da pena; d) a obediência ao princípio de intervenção mínima; e) a adoção de melhor técnica na composição de tipos, para proporcionar maior garantia e eficácia do Direito. Mas aquelas duas primeiras caracterizam os **valores comunicantes** de todo o proceder legiferante.

Trata-se, no dizer de **Silva Franco**, de algumas *"idéias-força"* que não podem ser desprezadas pelo legislador do próximo século, sob pena de se **deletarem** as virtudes do espírito e de **arrastar** a condição humana para os **arquivos** da informática até jogá-la na última das **lixeiras**.

NOTAS

(1) **Size, Pierre**. *"Dicionário da Globalização"*, trad. de **Goulart, Serge**. Florianópolis, Livraria e Editora Obra Jurídica Ltda., 1997, p. 55.

(2) **Capitais flutuantes** são os capitais de curto prazo altamente especulativos, que passam de um mercado financeiro, ou de uma região para outra em questão de instantes em função de ganhos imediatos. Os capitais flutuantes constituem o elemento central das ondas especulativas e as suas consequências principais são a desestabilização econômica e monetária.

(3) Cf. as introduções à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26.08.1789) e da Carta Política de 1793.

(4) *"A Era dos Direitos"*, trad. **Coutinho, Carlos Nelson**, Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992, p. 49.

(5) Ao sugerir esse neologismo penso denunciar muito mais a perda de substância do ser humano que um novo tipo de moda social e econômica.

(6) *"Critérios de seleção de crimes e cominação das penas"*, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, 1992, p. 75.

(7) *"A reforma da Parte Especial do Código Penal – Propostas preliminares"*, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, cit. n.º 3, de 1993, pp. 70 e sgs.

O autor é professor titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná e membro de comissões de reforma do sistema criminal brasileiro.

A Justiça Penal do Ano 2000

ALBERTO ZACHARIAS TORON

Quem pensava que o "capital" do juiz fosse o fiel cumprimento da lei com vistas à realização da justiça (cf. min. **Cordeiro Gurra** em palestra na Escola Superior de Guerra, publicada na *RJTJESP*, ed. Lex, 84/545), terá de rever este paradigma de atuação. Fatos recentes que envolvem a atuação da Justiça têm dado a impressão de que a legitimação social da função jurisdicional não advém mais do esmerado cumprimento da lei, mas da satisfação que se dá à sanha punitiva da mídia que alimenta a população e esta àquela.

A persistirem certos procedimentos, Justiça Penal no próximo século será prender para apurar depois. Como nas Ordenações Filipinas do milênio passado, no denominado "*Livro dos Tormentos*", se o juiz achasse que havia motivos suficientes para crer na culpa do suspeito "*madá-lo-á meter sob tortura*". Entre nós banalizaram-se as prisões temporária e preventiva. É comum ver-se a decretação da segregação provisória de vereadores, deputados, empresários e outros com residência fixa, ocupação lícita e um passado limpo, tudo seguido do escracho televisivo, com a desnecessária colocação de algemas e o aprisionamento no camburão. A prisão preventiva ou temporária é utilizada tanto para provocar confissões, quanto para punir antes da condenação.

A galera delira e o sistema coercitivo estatal, com a prisão antecipada, independentemente de pressupostos cautelares, subvertendo "*os princípios fundamentais do Estado de Direito, consagrando algo próximo à idéia de justiça sumária*" (cf. **Antonio Magalhães** em "*Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*", Saraiva, 1991, p. 57), se mostra presente e com rapidez. A confiança nas instituições, quer se fazer crer, cresce e reafirma o império da lei.

O apelo à exemplaridade vira regra, ainda que constitua "*seguramente a mais patente violação do princípio da presunção de inocência, porquanto parte justamente da admissão inicial da culpabilidade, e termina por atribuir ao processo uma função meramente formal de legitimação de uma decisão tomada a priori*" (**Magalhães**, *idem*). Como "*a violência atrai público, vendendo jornais e audiência*" (**Damásio de Jesus**, "*Diagnóstico da legislação criminal brasileira: crítica e sugestões*", em *RBCCrim* 12/109), tem-se, nesses casos, a consecução do gênero de um "inquérito-espetáculo" ou "processo-espetáculo", fonte de negócio para os jornalistas e suas empresas (**Hassemer** em "*Fundamentos del Derecho Penal*", Bosch, 1984, p. 204) e, agora, gera promoção para certas autoridades que ou se autoqualificam como paladinos da Justiça ou atuam como esquadrões.

Eloquente a propósito de "inquérito-espe-

táculo" são as atuações das mais diferentes CPIs. Poucas são as vezes em que os juizes atrevem-se a coarctar arbitrios. Petições são assinadas não por um promotor, mas por vários, para se mostrar a força da instituição seu peso e coesão, além, é claro, de exercer pressão. Por isso é digna de destaque a liminar recentemente concedida pelo des. **Djalma Lofrano** (TJSP) em caso de repercussão nacional que, em *Habeas-Corpus* impetrado pela OAB de São Paulo, determinou a soltura de um advogado (HC nº 301.923-3/8, cuja ementa encontra-se no caderno de *Jurisprudência* desta edição). No mesmo sentido algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Sob a democracia esperava-se algo diferente do espetáculo sensacionalista. Lutar contra a impunidade é coisa muito diferente de se destruir pessoas pela mídia com prisões antecipadas e televisadas. Como sabiamente advertiu o ilustre des. **Márcio Bonilha**, em memorável aresto que conduziu ao tempo em que integrava a 4ª Câmara Criminal do TJSP:

"A custódia provisória não apresenta uma satisfação à opinião pública, mas à defesa excepcional da sociedade, nos estritos casos previstos pelo legislador penal. Não constitui expiação e não se reveste da finalidade de servir como exemplo do povo".

Mesmo porque:

"A confiança na Justiça Criminal não está subordinada à ocorrência da prisão eventual antecipada de qualquer denunciado, mas ao rigoroso cumprimento da função jurisdicional, em toda sua extensão, sem distorções de qualquer espécie, na justa aplicação da lei penal" (*RJTJESP*, 79/360; obs.: ementa a p. 358).

O manto legitimador da democracia, da moralização, da luta contra a impunidade não pode servir para acobertar o uso despótico do poder de prender. Talvez, não desejar para os outros o que não se queira para si próprio seria um bom começo para muitos juizes e promotores atuarem dentro de balizas mais éticas. Como advertiu **Fábio Konder Comparato**: "*para que a chama da liberdade, da igualdade e da solidariedade ilumine e inflame a Terra inteira, é preciso repercutir, incessantemente, a grave advertência do Ulisses de Dante a todo gênero humano*:"

"Considerate la vostra semenza:

Fatti non foste a viver come brutti,

Ma per seguir virtute e conoscenza"⁽¹⁾.

NOTAS

⁽¹⁾ "A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos", SP, ed. Saraiva, 1999, p. 414.

O autor é advogado, professor de Direito Penal da PUC-SP, mestre em Direito Penal pela USP e ex-presidente do IBCCRIM.

NOVOS E-MAILS

O IBCCRIM está com novos e-mails. Anote em sua agenda e comunique-se conosco.

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

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

Núcleo de Pesquisas
npesq@ibccrim.com.br

Diretoria
diretoria@ibccrim.com.br

Artigos para Boletim e Revista
publicacoes@ibccrim.com.br

Biblioteca
biblioteca@ibccrim.com.br

Quais São as Penas Alternativas?

JAIR LEONARDO LOPES

A pena de multa é uma das penas alternativas quando o juiz faz opção por sua aplicação prevalecendo-se da cominação legal alternativa: pena privativa de liberdade ou multa. Tal cominação legal é prevista para alguns crimes (exemplos, arts. 135, 147 do CP, e outros). Aí, realmente, a multa é pena alternativa à prisão, porque esta não se executará, ainda que a multa não seja paga. Sobre tudo, após a vigência da Lei nº 9.268, que aboliu a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, fazendo-se da multa dívida ativa da Fazenda Pública.

Atualmente, a pena de multa, mesmo quando aplicada em substituição, nos casos do art. 44 do CP, com a redação da Lei nº 9.714, e do § 2º do art. 60, do mesmo Código, há de ser considerada pena "alternativa", porque a forma de sua conversão em pena privativa de liberdade foi revogada pela já citada Lei nº 9.268, de 01.04.96, em razão do que não há como executar-se a pena privativa de liberdade substituída.

Ao contrário, quando se aplica, por exemplo, uma pena de prestação de serviços à comunidade, não se exclui, definitivamente, a de prisão, que é previamente aplicada, com a indicação do regime de seu cumprimento, a fim de que possa ser executada, se houver inobservância do cumprimento das condições da pena substitutiva. Por isso, a prestação de serviços à comunidade não é pena alternativa. Sua aplicação pode ser alternativa mas não a própria pena.

A limitação de fim de semana e as interdições temporárias estando, como a prestação de serviços à comunidade, se inobservadas as condições impostas, sujeitas ao cumprimento da pena privativa de liberdade, anteriormente aplicada, não são, também, penas alternativas.

Alternativa é a sucessão de duas coisas reciprocamente exclusivas ("Novo Aurélio - Dicionário da Língua Portuguesa - Século XXI"). **A pena de multa exclui a de prisão.**

A pena restritiva de direitos e substitutiva, quando muito, poderia ser chamada de pena alternativa condicional. Assim como não se denomina suspensão alternativa à suspensão da execução da pena e, sim, como suspensão condicional porque, se não observadas as condições da suspensão, aplicar-se-á a pena privativa de liberdade, que permanece viva e em condições de ser executada. Pelas mesmas razões, a ter-se de dar outro qualificativo à pena substitutiva, não há de ser, pura e simplesmente, o de alternativa, mas, quando muito, o de alternativa condicional.

Aliás, nos diversos documentos das Nações Unidas, que antecederam às chamadas "Regras de Tóquio", e nelas próprias, **Damásio Evangelista de Jesus** não traduziu qualquer vocábulo ou expressão por penas alternativas, constando da tradução, feita pelo ilustre penalista, "soluções alternati-

vas à prisão", "penas substitutivas da prisão", e o próprio tradutor deu aos seus comentários o título "*Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-Privativas de Liberdade*" (negrito nosso).

A verdade é que nem todas as penas restritivas de direitos e substitutivas, previstas no Código Penal, com a redação da Lei nº 9.714, são penas alternativas. Dir-se-á, talvez, que isso é irrelevante, porque todos sabemos do que se trata quando se escreve ou se fala em penas alternativas. Mas, do ponto de vista técnico, o conceito e a denominação dos institutos jurídico-penais deve corresponder à natureza de suas estruturas.

Ora, para que fossem alternativas à prisão, todas as penas restritivas e substitutivas deveriam ser como a pena de multa que, descumprida pela falta do pagamento, não mais faz reviver, para ser executada, a pena privativa de liberdade, que havia sido por ela substituída. Deste modo, as duas penas patrimoniais, previstas no art. 43, do CP, a de prestação pecuniária e a de perda de bens e valores são, também, penas alternativas, porque, se descumpridas, não há forma legal, adequada à natureza delas, para conversão à pena privativa de liberdade, que fora substituída. Assim, elas excluem a pena privativa de liberdade, por não ser possível, senão por analogia, calcular a duração da pena privativa de liberdade a ser executada.

Luiz Flávio Gomes, referindo-se à prestação pecuniária, entende que, "*se o sujeito não cumprir absolutamente nada da prestação a conversão dar-se-á pela pena integral de prisão*" (in "*Penas e Medidas Alternativas à Prisão*", RT, 1999, p. 128). Este é, também, o entendimento de **Damásio Evangelista de Jesus** (in "*Penas Alternativas*", Ed. Saraiva, 1999, p. 107).

Entretanto, **Cezar Roberto Bitencourt** sustenta a "*inconvertibilidade das sanções pecuniárias em pena de prisão*", argumentando que: "*A Lei nº 9.268/96 eliminou a possibilidade de converter em pena de prisão, por falta de pagamento, a única 'pena pecuniária' então existente no Código, a de multa. Como a 'prestação pecuniária' e a perda de bens e valores' têm, como a pena de multa, a mesma 'natureza pecuniária', aplica-se-lhes a mesma proibição de conversão. 'Interpretação diversa' significa adotar dois pesos e duas medidas, tratando desigualmente institutos iguais: 'proíbe-se' a conversão em prisão na impossibilidade de pagar a pena de multa, mas 'autoriza-se' tal conversão em prisão na eventual impossibilidade de cumprir as outras duas 'penas pecuniárias', ou seja, da mesma natureza, 'prestação pecuniária' e 'perda de bens e valores'. Não seria, convenhamos, nada coerente porque, em última instância, ontologicamente, a diferença reside tão-só na denominação*" (in "*Novas Penas Alternativas*", Ed. Saraiva, 1999, p. 124).

Não obstante a reconhecida autoridade daqueles dois outros penalistas, participo da opinião de **Cezar Bitencourt**, porque o art. 45, do CP, que previa a conversão pelo tempo da pena aplicada, não teve sua redação mantida pela Lei nº 9.714. A nosso ver, não é possível — senão mesmo por analogia — em face do atual texto do Código, calcular o tempo pelo qual deva ser cumprida a pena substituída, se necessária a conversão pelo descumprimento total ou parcial da pena substitutiva.

Isto posto, parece-me que, entre fazer analogia *in bonam partem*, para adotar-se a conversão por pena total ou reduzida ou aplicar-se a Lei nº 9.268/96, que afasta a conversão, parece-me que a aplicação desta lei seria menos perversa para o condenado e mais consentânea com a "*Regra de Tóquio*", segundo a qual, "*Na hipótese de modificação substitutiva também não privativa de liberdade adequada ao caso, só se poderá impor pena de prisão quando não existirem outras medidas substitutivas adequadas*" (in "*Regras de Tóquio*", tradução de **Damásio de Jesus**, ed. da Imprensa Nacional, 1988, p. 74).

A citada Lei nº 9.268/96 está em perfeita consonância com esta regra, ao abolir a conversão da multa em pena de prisão e fazer da falta de seu pagamento uma dívida de valor, aplicando-se-lhe, para a cobrança, as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública. Por isso, como acima visto, **Cezar Bitencourt**, considerando a prestação pecuniária e a perda de bens e valores da mesma natureza da pena de multa, admite que ao descumprimento de tais penas se deva dar a mesma solução.

Poder-se-ia levantar dúvida quanto à legitimidade da Fazenda Pública para exigir a prestação pecuniária, quando se destine à vítima ou a seus descendentes, entretanto, **Maurício Antônio Ribeiro Lopes**, que também sustenta que a multa "*não se aplica a conversão em pena privativa de liberdade, eis que existe procedimento específico e mais eficiente para sua execução*", conclui: "*acreditamos que o mesmo se dê em relação à prestação pecuniária (arts. 45, I, e 45, § 1º), com o montante repassado à vítima, seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social*" (in "*Penas Restritivas de Direitos*", ed. RT, coletânea de "*Críticas e Comentários às Penas Alternativas*", de vários autores, pp. 343/344). Assim, com a passagem supra, por nós posta em itálico, o ilustre jurista estaria resolvendo a questão da legitimidade de parte, preconizando que o montante seja repassado a quem de direito.

Segundo o mesmo **Maurício Ribeiro Lopes**, "*há uma pena restritiva que não admite descumprimento porque não se exige nenhuma obrigação de fazer ou não fazer do condenado: é a pena de perda de bens. Trata-se de hipótese em que existe forma de execução específica e inútil*" ➡

FÓRUM SÃO PAULO XXI

O IBCCRIM está participando do Fórum São Paulo Século XXI, promovido pela Assembléia Legislativa de São Paulo, no Grupo Temático sobre Segurança Pública. O Fórum reúne especialistas e entidades da sociedade civil, com o objetivo ambicioso de traçar um plano de desenvolvimento para São Paulo. As discussões foram divididas por temas e seus resultados devem ser consolidados em um relatório que orientará os trabalhos legislativos.

→ a conversão" (ob. e vol. citados, p. 344).

Quer, pois, na opinião deste autor, quer naquela de **Cezar Bitencourt**, as duas penas pecuniárias, por serem "inconvertíveis" à de prisão, são da mesma natureza da multa e, como esta, a nosso ver, penas alternativas, porque a pena privativa de liberdade substituída não sobrevive, para ser executada, em lugar daquelas. Elas próprias é que são objeto de execução e não a pena privativa de liberdade que havia sido substituída.

Luiz Flávio Gomes, em seu livro *"Penas e Medidas Alternativas à Prisão"* escreve que *"As penas alternativas à prisão podem ser diretas ou substitutivas: as primeiras são aplicadas pelo juiz sem necessidade de se passar pela pena de prisão (isso se dá, por exemplo, na transação penal do art. 76 da Lei nº 9.099/95, nas hipóteses em que o legislador abstratamente comina a pena de multa como alternativa à prisão, tal como se vê no art. 135 do CP, etc.); nas segundas, o juiz deve primeiro fixar a pena de prisão e somente depois é que fará a substituição (CP, art. 43 e segs.)"* (ob. cit., RT, 1999, p. 23).

Parece-nos que somente as penas que o ilustre penalista denomina diretas são, propriamente, alternativas, porque, se descumpridas, não serão substituídas por pena privativa de liberdade ou por qualquer outra pena. É certo que a Lei nº 9.099, em seu art. 85, previa, também, a conversão da multa em pena restritiva de direitos sem, contudo, estabelecer a forma de tal conversão.

Por outro lado, a nosso ver, não é a circunstância de o juiz não passar antes pela pena de prisão o que imprime a qualidade de alternativa à pena, tanto que a multa, no caso do art. 44, § 2º da Lei nº 9.714, é imposta em substituição à pena privativa de liberdade aplicada e nem por isso deixa de ser alternativa, uma vez que a falta de seu pagamento não a converte à prisão antes aplicada, sendo a consequência da falta de pagamento, como já visto, aquela da Lei nº 9.268/96.

Em conclusão: dentre as penas substitutivas da prisão, previstas no Código Penal com a redação da Lei nº 9.714, são alternativas a multa, a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. As demais penas são restritivas de direitos e substitutivas da pena de prisão, a qual, embora substituída, subsiste em plenas condições de produzir os seus efeitos, mediante sua execução, se necessário. Assim sendo, nem toda pena substitutiva é alternativa porque só tem esta qualidade a pena que, uma vez aplicada, exclui a hipótese da substituída vir a ser cumprida total ou parcialmente.

Além de tudo, cumpre observar a nomenclatura legal: *"as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade"*. Esta nomenclatura é, rigorosamente, correspondente à natureza de tais penas. A pena substituída não se anula e subsiste à pena substitutiva, sendo que, enquanto dura o cumprimento desta, aquela está sempre em condições de executar-se. É, também, adequado o qualificativo de restritivas dado àquelas penas porque mesmo as de natureza pecuniária são restritivas do patrimônio do condenado.

O qualificativo de "autônomas", que lhes

foi acrescentado, teve por objetivo distingui-las das antigas penas "acessórias", que eram aplicadas, cumulativamente, com a pena privativa de liberdade, chamada, então, de principal, na Parte Geral do Código Penal de 40.

Dando-se-lhes o qualificativo de autônomas, foi possível, na Comissão Revisora do Anteprojeto da Nova Parte Geral, haver acordo sobre a adoção de tais penas, a serem impostas, isoladamente, como substitutivas. Pude, assim, manter-me coerente com a posição assumida em minha tese de concurso para a cátedra, quando fiz a mais contundente crítica às chamadas penas acessórias, a qual reproduzi na 3ª edição, RT, do *"Curso de Direito Penal"*, pp. 241/242, onde me referi aos efeitos atribuídos à condenação no art. 92, da Nova Parte Geral do Código Penal, como *"penas acessórias mascaradas"*, pois, *"tal como as antigas penas acessórias, aqueles efeitos se prolongam além do cumprimento da pena privativa de liberdade e, ainda como aquelas penas, somente cessam após a reabilitação (art. 93, parágrafo único), sendo que a reabilitação só poderá ser requerida dois anos após extinta de qualquer modo a pena privativa de liberdade ou depois do término de sua execução (art. 94)"*. Logo, no momento mais difícil da vida do condenado, que é o da sua volta ao convívio social, não pode exercer a sua profissão ou o pátrio poder ou qualquer cargo público, porque estará sob os efeitos da sentença condenatória por mais dois anos, ou seja, enquanto não lhe tenha sido concedida a reabilitação. Por isso, a nossa crítica às penas acessórias é inteiramente aplicável a aqueles efeitos da condenação.

Dizíamos, a propósito das penas acessórias, que *"não educam, nem corrigem, porque não têm mobilidade na execução; elas não estimulam, porque humilham o ex-condenado no seio da família (incapacidade para o exercício do pátrio poder ou autoridade marital), no seio da sociedade (suspensão dos direitos políticos), no seio do grupo profissional (incapacidade para profissão ou atividade anteriores). Elas acompanham o condenado, silenciosamente, como uma sombra negra, que não o ajuda, que não lhe desperta outro sentimento senão o da própria inferioridade"*.

Dir-se-á, então, que não deveríamos ser, também, favoráveis às penas restritivas de direitos, especialmente as consistentes em "interdições temporárias de direitos", introduzidas em nossa legislação na reforma da Parte Geral do Código Penal. Sem dúvida, tais penas, por sua natureza, apresentam todos aqueles aspectos negativos, contudo, adotadas como penas **autônomas e substitutivas** das penas privativas de liberdade, comparadas com estas, são mais convenientes, porque evitam o recolhimento à prisão e, conseqüentemente, todos aqueles males que a prisão sabidamente acarreta.

O autor é professor titular aposentado de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG, membro da Comissão do Sistema Penal e ex-membro da Comissão Revisora do Anteprojeto da Parte Geral do Código Penal.

Imputação Objetiva: O "Fugu Assassino" e o "Carrasco Frustrado"

DAMÁSIO E. DE JESUS

O Fugu assassino

Há, nas costas do Oceano Pacífico japoneses, um minúsculo peixe chamado Fugu, conhecido no Brasil com o nome de Baiacu, portador de poderoso veneno em suas glândulas sexuais, dentro de duas frágeis cápsulas, que, no preparo, devem ser removidas com muita cautela. Ao menor descuido, a peçonha pode vazar, impregnando seu tecido. E não é fácil saber quando a operação obteve sucesso: isso só ocorre depois de comer a iguaria. A ingestão do veneno é quase sempre fatal. Não obstante a existência de regulamento a respeito da venda e consumo do Fugu, são muito populares no Japão as "Fugu festas", em que o esmero em sua preparação constitui especial atrativo de restaurantes e pessoas finas no trato de "receber". Imagine que a esposa, desejando matar o marido, amante do famoso prato, induza-o todos os sábados a comer Fugus nas "family suppers" e em restaurantes, na esperança de que, um dia, o descuido de algum cozinheiro lhe proporcione a morte do indesejado companheiro, o que realmente vem a acontecer.

O Carrasco frustrado

"Suponha-se a condenação à guilhotina de um autor de estupro seguido de morte. Frações de segundo antes de o carrasco puxar a alavanca, o pai da vítima, que havia sido convidado a assistir a execução, com um revólver, desfecha um tiro na cabeça do condenado, matando-o. Responde pela morte?"

Questão

A esposa e o pai da vítima respondem por homicídio? Note-se que, tomando o caso nº 1, a esposa da vítima agiu com dolo, houve resultado morte e nexo de causalidade, sendo típico o fato. Em tese haveria, pois, fato típico de homicídio. No caso nº 2, excluída a conduta do pai da vítima, nos termos do método da eliminação hipotética (CP, art. 13, *caput*, 2.ª parte), seguramente o resultado ocorreria da mesma forma por conta do carrasco: causa, para o sistema do Código Penal, é a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido. Logo, a conduta do pai não poderia ser considerada causa da morte, uma vez que sem ela o evento teria acontecido da mesma maneira. E o carrasco não executou o condenado. Vê-se que, aplicado o princípio do CP, o pai da vítima não responderia por homicídio. Assim, teríamos uma morte sem causa?

Respostas

O Fugu assassino

Quando o ordenamento jurídico permite

e regula a construção de uma ponte, um automóvel, um avião, um navio, uma arma de fogo etc., o legislador tem consciência de que a utilização desses bens, ainda que de forma normal, carrega riscos a objetos que ele mesmo pretende proteger. Assim, a direção de um automóvel, mesmo que de acordo com as regras regulamentares, traz riscos a terceiros e a todos que se utilizam desse meio de transporte. A não ser assim seria quase impossível a convivência social com a utilização das modernas fontes de energia (eletricidade, gás, reações nucleares, etc.), a extração de minerais, a produção industrial e agrícola, o emprego dos aparelhos que o progresso nos traz, o transporte, a manipulação de alimentos e medicamentos, etc. O perigo de um dano é inerente a toda atividade humana. Andar nas calçadas, por exem-

"A realização de conduta que carrega risco permitido, como envenenar-se com a alimentação de um restaurante, ainda que venha a produzir um resultado danoso, não pode ser creditada como típica a seu autor ou a seu eventual determinador, idealizador ou causador objetivo."

plo, não se pode dizer que seja um comportamento isento de riscos. E há outros, como submeter-se a uma cirurgia, levar uma criança ao parque de diversões, viajar de avião, de automóvel ou de navio, fazer esportes, caçar, pescar, alimentar-se, etc. Trata-se de um **risco permitido** pela ordem jurídica.

A realização de conduta que carrega risco permitido, como envenenar-se com a alimentação de um restaurante, ainda que venha a produzir um resultado danoso, não pode ser creditada como típica a seu autor ou a seu eventual determinador, idealizador ou causador objetivo (a esposa da vítima fatal). Cuida-se de ação atípica. Nesse sentido: **Günther Jakobs**, "La imputación objetiva en Derecho Penal", Madrid, Civitas, trad. de **Cancio Meliá**, 1999, p. 142.

Só há imputação objetiva do resultado quando o sujeito criou risco juridicamente reprovelável e relevante (**Claus Roxin**, "Derecho Penal, Parte General", Madrid, Civitas, trad. de **Diego-Manuel Luzón Peña**, **Miguel Díaz y García Conlledo** e **Javier de Vicente Remesal**, 1997, I:373). Ao contrário, inexistente imputação objetiva quando falta a criação do perigo. Nesse

sentido: **Claus Roxin**, "Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal", in "Problemas Fundamentais de Direito Penal", Lisboa, Vega, trad. de **Ana Paula dos Santos** e **Luís Natscheradetz**, 1986, p. 149, b. De maneira que, nos casos similares ao proposto, o sujeito, embora cumpra o **tipo subjetivo**, não concretiza o **tipo objetivo**, faltando a imputação objetiva. Ele não causa um risco desaprovado e juridicamente importante ao bem jurídico. Além disso, não tem o domínio do fato, não podendo ser considerado "autor". No exemplo, a conduta da esposa (induzimento à ingestão do Fugu) não causou um perigo tipicamente relevante à vida do marido, que foi perdida no plano do tráfego social, em que há risco juridicamente permitido, ocorrendo o resultado no decorrer costumeiro das coisas. Além disso, ela não tinha domínio sobre a atividade do cozinheiro do restaurante. Solução: inexistência de crime de homicídio por atipicidade da conduta.

O carrasco frustrado

O pai da vítima responde por homicídio. A causalidade material (CP, art. 13, *caput*), adotando a teoria da equivalência dos antecedentes e aplicando o método de eliminação hipotética, sempre esbarrou em obstáculos constrangedores, como na hipótese do desafio, que se inclui nos denominados "cursos causais hipotéticos": casos em que, mesmo que suprimida a conduta realmente causadora do resultado, este ainda ocorreria da mesma forma e no mesmo momento. De maneira que a ação produtora do evento, nos termos da fórmula da eliminação hipotética, não deveria ser considerada "causa" (**Elena Larrauri**, "Imputación Objetiva", Bogotá, Editorial Temis, 1989, p. 47), o que não se justifica. Daí porque a teoria da imputação objetiva ensina haver responsabilidade pelo resultado de acordo com o seguinte princípio: há imputação objetiva quando o resultado é causado materialmente por uma conduta produtora de um risco juridicamente proibido no mesmo instante em que o evento fatalmente teria ocorrido em face de outro perigo preexistente. O pai da vítima realizou uma conduta perigosa juridicamente proibida (atirar na vítima), materializando-se o risco na morte do condenado (resultado normativo), ainda que, fatalmente, o evento ocorreria em face da ação do carrasco. De modo que, incidindo a teoria da imputação objetiva, há homicídio, desprezando-se o art. 13, *caput*, 2.ª parte, do CP, cuja aplicação literal, por adoção da equivalência dos antecedentes e do método da eliminação hipotética, conduziria absurdamente à inexistência de crime.

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

Entidades associadas com o IBCCRIM que recebem mensalmente o Boletim:

• Assoc. dos Juízes Federais do Brasil - **AJUFÉ**

AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Amazonas

CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal
- Associação do Ministério Público do Distrito Federal

GOIÁS

- Associação Goiana do Ministério Público

MATO GROSSO

- Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso

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 - Núcleo de Estudos e Atualização em Direito - *Belo Horizonte*

PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

RIO GRANDE DO SUL

- Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)

SANTA CATARINA

- Associação Catarinense do Ministério Público
- Fund. Universidade Regional de Blumenau - SC

SÃO PAULO

- Associação de Ensino Superior Paulista - UNICID
- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação Paulista do Ministério Público
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Complexo Jurídico Damásio de Jesus
- Curso C.P.C.
- Curso Forense - Ribeirão Preto
- Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha - Marília
- Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - SINDPESP
- Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - Sorocaba
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

PERU

- Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social (CEA's)

A Situação Carcerária no Brasil e a Miséria Acadêmica⁽¹⁾

JAMES LOUIS CAVALLARO e SALO DE CARVALHO

Primeiramente, gostaria de explicitar perspectiva que difere significativamente da maioria apresentada. Somos, em primeiro lugar, pesquisadores e ativistas na área de direitos humanos e, em segundo lugar, estamos preocupados com a pesquisa acadêmica. Como resultado, o foco da nossa pesquisa está nas violações dos direitos humanos. No contexto do trabalho em penitenciárias, nossa atenção, e também da instituição a qual pertencemos — o "*Human Rights Watch*" (HRW) e "*Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*" (ITEC) — voltou-se aos massacres em prisões e às péssimas condições que dominam os centros de detenção nas Américas, particularmente no Brasil. Neste momento, gostaríamos de situar os centros de detenções brasileiros no contexto latino-americano e, então, discutir as pesquisas feitas até agora e que acreditamos deveriam ser continuadas. Levando em consideração o fato que **Rosa del Olmo** já expôs os principais problemas que dizem respeito à América Latina, levaremos em conta até que ponto, e com que frequência, os mesmos problemas são apresentados no Brasil.

O Brasil possui a maior população carcerária da América Latina, com 170.000 presos em 512 prisões — dados do Censo Penitenciário de 1997 divulgado no ano passado. A população nestas prisões tem crescido regularmente desde a década passada. Apesar disso, o número de prisioneiros por 100.000 habitantes é o mesmo da maioria da América Latina, sendo menor do que alguns de seus vizinhos. Os gráficos de 1997, relativos ao número de encarcerados por 100.000 habitantes, mostram o seguinte: (a) Chile - 173; (b) Colômbia - 110; (c) México - 108; (d) Venezuela - 113; Estados Unidos - 645; Brasil - 108.⁽²⁾

Rosa del Olmo explicou em detalhes como o uso aberrante de detenções antes de sentença transitada em julgado resulta em superpopulação, aumentando os problemas relacionados ao encarceramento em quatro países latino-americanos. De fato, recente trabalho da "*Human Rights Watch*" sobre as condições carcerárias na Venezuela, registrado no livro chamado "*Punishment Before Trial*", focalizou este assunto. Embora o encarceramento antes do julgamento seja muito comum no Brasil, os números não são tão graves quanto os de muitas outras nações latino-americanas. Exemplificativamente, podemos notar que enquanto mais de 70% dos presos na Venezuela não foram condenados, e mais de 90% no Paraguai ainda esperam pela sentença, este quadro, no Brasil, gira em torno de 30% nos últimos anos.

Apesar disso, este problema seria significativamente mais grave se a polícia fosse mais eficiente ao prender pessoas procuradas pelo Sistema Judiciário. De acordo com o Censo Penitenciário de 1994, havia 275.000 intimações ainda não cumpridas no

Brasil. Especialistas em prisão, bem como policiais consultados, concordaram que este quadro é demasiado inflacionado, podendo inclusive duplicar, por causa de presos que têm mais de uma intimação e de outros que já estão até mesmo mortos. Seus pontos de vista nessa superestimação, no entanto, variam. Mas, se empregarmos uma estimativa conservadora de 70.000, ou aproximadamente 25%, a população carcerária sofreria um aumento de cerca de 40% e haveria, na realidade, mais prisioneiros detidos antes do julgamento do que condenados.

Talvez mais preocupante que os reais números de prisioneiros brasileiros, sejam as recentes tendências que demonstram um crescimento contínuo da população carcerária e a estagnação virtual na construção de novos centros de apartação. No relatório do ano de 1989, a "*Human Rights Watch*", então "*Americas Watch*", relatou que os gráficos governamentais de 1987 indicavam déficit de 50.934 vagas no sistema carcerário. No ano de 1997, aquele quadro quase duplicou, alcançando 96.010, por haver 2,3 prisioneiros por cada vaga no sistema carcerário formal. O número de prisioneiros por 100.000 passou significativamente de 95, em 1995, para 108, em 1997.

Em São Paulo, um dos pouquíssimos Estados que tem mostrado esforços na ampliação de vagas, o programa de construção obteve como resultado aproximadamente 18.000 vagas. A principal meta do projeto era capacitar as autoridades estaduais a remover os prisioneiros das delegacias de polícia e transferi-los para o sistema penitenciário. Entretanto, nos dois anos desde que as construções começaram, a população carcerária estadual cresceu a tal ponto que a redução da rede de prisioneiros em celas localizadas em delegacias de polícia foi zero. Após junho de 1997, havia aproximadamente 30.000 prisioneiros fora do sistema penitenciário formal, o mesmo número registrado no início desta semana.

Ao verificarmos a literatura existente sobre as condições carcerárias no Brasil, revisamos duas publicações clássicas dos últimos vinte anos. "*A Questão Penitenciária*", de **Augusto Thompson** (1976) e "*Os Direitos do Preso*", de **Heleno Cláudio Fragoso**, **Yolanda Catão** e **Elisabeth Sussekind** (1980). Infelizmente, ficamos impressionados ao percebermos que as condições nas prisões mudaram muito pouco nas duas últimas décadas. Estes autores citaram uma série de problemas crônicos que incluem: (a) notável distância entre os direitos legalmente reconhecidos e aqueles garantidos na prática aos prisioneiros; (b) o uso de prisões locais (celas em delegacias) como centros de detenções por longo tempo; (c) tratamento médico precário; (d) falta de assistência legal; (e) falta de trabalho para os prisioneiros; (f) acentuada superpopulação em celas de dele-

gacias; e, (g) falta de camas e o uso do chão como espaço para dormir.

Por mais de seis meses, os pesquisadores da "Human Rights Watch" juntamente com **Joanne Mariner**, pesquisaram as condições de quarenta centros de detenções em sete estados brasileiros e no Distrito Federal. As averiguações das instituições duraram a maior parte do dia, ou mais, em alguns centros. Foram ouvidos prisioneiros individualmente, sendo entrevistados mais de 300 deles. Suas celas foram medidas, suas refeições foram comidas e suas reclamações foram ouvidas. Também foram realizadas entrevistas com funcionários das prisões, chefes dos distritos policiais, guardas e ONGs que trabalham nesta área. O que de imediato se constatou sobre as condições carcerárias foi reproduzido em "*Behind Bars in Brazil*"⁽³⁾, diferindo ligeiramente das situações descritas por **Thompson e Frago**, **Catão e Sussekind** nas décadas passadas.

Em suma, foram documentadas condições físicas muito precárias na maioria das instalações, acentuada superpopulação (mais ou menos 40 presos em celas com estrutura para seis ou oito homens em algumas delegacias), violência institucionalizada (incluindo tortura em muitas das instalações policiais), atenção médica legal inadequada, falta de oportunidade de trabalho e estudo, etc.

Dois outros assuntos também chamaram atenção. O primeiro envolve a freqüente inaplicabilidade das penas alternativas à prisão (de acordo com o Censo de 1995 apenas 1,5% dos condenados receberam tal condenação). As estatísticas brasileiras são terrivelmente baixas se comparadas às dos Estados Unidos e Europa. Já o segundo diz respeito ao crescente uso de instalações de delegacias, construídas para detenção por períodos curtos, como centros de detenções. Em alguns estados, a maioria da população carcerária está sendo mantida nestes centros de custódia. Em Minas Gerais, por exemplo, de acordo com dados da CPI estadual de 1997, 82% da população carcerária é mantida nestas "prisões improvisadas" (delegacias de polícia). Em São Paulo, unidade federativa que sozinha detém 40% de toda a população carcerária do país, aproximadamente metade de todos os internos têm sido mantidos em prisões inicialmente designadas para detenções em períodos temporários. Naturalmente, não existe nestes centros a infra-estrutura necessária para fornecer trabalho, educação ou qualquer outra ajuda que, remotamente, possa chegar perto de instalações de reabilitação sugeridas pela Lei de Execução Penal.

Apesar de não ser o foco de nossa pesquisa, outro assunto também chamou nossa atenção. Nos referimos à violência sexual entre prisioneiros que, segundo vários funcionários penitenciários, baixou radicalmente desde que as visitas íntimas foram implementadas nos anos 70. O efeito das visitas de companheiras, bem como dos filhos, sob os presos nos centros de detenção é estudo que vale a pena ser explorado. Além de tornar o contato sexual íntimo possibilidade legítima, estas visitas têm impacto importante na dinâmica social do sistema: o sistema social não é mais exclusivamente masculino, pelo menos por um período de

tempo que varia de uma semana a um mês. Deste dado nasce a indagação: qual seu efeito no sistema social da prisão?

Anteriormente, o professor **Luis Rodríguez Manzanera** referiu-se às prisões mexicanas como uma bomba relógio. No Brasil, cremos justo dizer que a bomba explodiu. A manifestação desta explosão são as revoltas (rebeliões ou motins) que tornaram-se, literalmente, eventos diários. Tais revoltas geralmente são seguidas por tentativas frustradas de fuga e comumente envolvem reféns (geralmente guardas ou outros prisioneiros). Só em 1997, por exemplo, 195 rebeliões foram registradas nas prisões que estão sob a responsabilidade da polícia de São Paulo.

Enquanto este número é assustador, achamos que seria interessante direcionar a questão a partir de outra perspectiva que já havia sido proposta por vários pesquisadores ao explicarem a questão criminal nos últimos dias. Ao invés de perguntar porque a criminalidade tem crescido radicalmente, qualquer pessoa poderá questionar porque mais habitantes socialmente excluídos que fazem parte da minoria urbana pobre não se voltam ao crime? No contexto carcerário, qualquer pessoa também poderá questionar porque prisioneiros jovens que são brutalmente maltratados não se revoltam? Estas questões nos conduzem ao que consideramos um espaço significativo na literatura carcerária brasileira e que tem consequências diretas e importantes na prevenção de revoltas trágicas e violentas.

A questão a qual nos referimos é a seguinte: porque alguns centros carcerários e delegacias literalmente explodem enquanto outras, que são mais populosas, não? Esta questão nos leva ao assunto sobre o controle do sistema social e carcerário, o qual inúmeros estudos têm sido realizados por toda parte.

Ao enfatizar a pesquisa no Brasil, vemos relativa abundância de estudos legais que se centralizam na necessidade de reformas judiciais (v.g. a redução de superpopulação através de uso muito amplo das penas alternativas). Neste sentido, **Julita Lemgruber** da "*Penal Reform International*" (atualmente ouvidora da Polícia do Rio de Janeiro) publicou livro e organizou conferências procurando avançar no uso de alternativas para as penas carcerárias.

Poucas pesquisas, porém, têm sido realizadas sobre as condições carcerárias a partir de uma perspectiva acadêmica. De fato, além dos trabalhos de **Thompson e Frago** (*et. al.*) anteriormente referidos, e de **João Batista Herkenhoff** ("*Crime: Tratamento sem Prisão*", 1987) e **Odete Maria de Oliveira** ("*Prisão: Um Paradoxo Social*", 1984), a maioria das pesquisas feitas sobre as condições carcerárias têm sido realizadas por ONGs. Mesmo assim, por muitos anos, a maioria dos trabalhos realizados pelas ONGs sobre sistema carcerário consistiu apêndices de trabalhos mais amplos sobre as violações dos direitos humanos no Brasil. Em outubro de 1992, após o massacre na Casa de Detenção do Carandiru em São Paulo, uma mudança nesta tendência ocorreu. As organizações "*Human Rights Watch*" (1992) e Anistia Internacional (1993), por exemplo, lançaram relatórios específicos sobre aquela tragédia, bem como foi instaurada Comissão Especial pela "*Bar Association*".

Desde então, surgiram inúmeras iniciativas institucionais, a dizer, (a) críticas às violações dos direitos da população carcerária, como a realizada pelo *Relatório Azul* — publicação anual da Comissão sobre Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul; (b) viabilização de processo de "descarcerização" pelos sistemas judiciários e executivos, como o projeto para implementar penas alternativas realizado pelo ILANUD em São Paulo, Mato Grosso e Rio Grande do Sul; e, (c) investigação legislativa sobre irregularidades administrativas — São Paulo em 1996 e Minas Gerais em 1997, onde foram implementadas CPIs acerca dos sistemas penitenciários. O trabalho do "*Núcleo de Estudos da Violência*" (NEV) da Universidade de São Paulo (USP) no "*Dossiê dos Direitos Humanos no Limiar do Séc. XXI*" (SP: USP 1998) também proporcionou importantes contribuições na área.

Em síntese, gostaríamos de mostrar um pouco das necessidades mais óbvias de pesquisa acadêmica na esfera prisional: (a) pesquisa sobre o problema da reincidência, seu tratamento pela legislação penal e o impacto no sistema de garantias; (b) estudos sobre os sistemas de controle carcerário, sua eficácia e sua relação com os direitos humanos; (c) estudos sobre o papel das visitas íntimas e seus efeitos nos apenados, na violência sexual carcerária e na dinâmica do sistema social das prisões; (d) avaliação acerca dos laudos e exames criminológicos e seus efeitos em nível de garantias individuais da pessoa presa; (e) investigação sobre o impacto da militarização do controle penitenciário em algumas unidades da federação (em dois estados visitados a Polícia Militar foi levada às prisões e atualmente é responsável pelo controle interno).

Enfoque geral nestas pesquisas, que acreditamos ser promissor, é a transdisciplinaridade e a união entre sociedade acadêmica e civil. É que não invariavelmente as ONGs têm acesso à informações e meios de apoio que faltam aos centros de estudos e pesquisas acadêmicas; no entanto, em alguns casos, as ONGs pecam pela falta de capacitação e/ou do *know-how* dos pesquisadores universitários. A pesquisa carcerária é uma área em que esforços conjuntos poderiam produzir resultados importantes, não apenas para a compreensão da realidade latino-americana, mas, principalmente, para a inteligente ação de mudá-la.

NOTAS

(1) Trabalho apresentado por **James Cavallaro** em conferência na Universidade do Texas (Austin), sobre a temática "*O Aumento da Violência e da Resposta da Justiça Criminal na América Latina*" ("*Rising Violence and the Criminal Justice Response in Latin America*"), no período de 6 a 9 de maio de 1999.

(2) "*Human Rights Watch*", "*Behind Bars in Brazil*", Nova Iorque, 1998.

(3) "*Human Rights Watch*", op. cit.

James Louis Cavallaro é diretor no Brasil da Divisão das Américas da *Human Rights Watch*. **Salvo de Carvalho** é coordenador de pesquisa do Instituto Interdisciplinar de Estudos Criminais/RS - ITEC.

ANÚNCIO RT