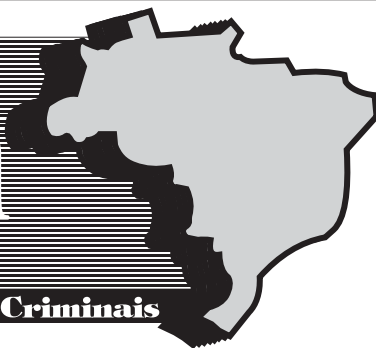




III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCrim



O III Seminário Internacional do IBCCrim, realizado nos dias 10 a 13 de setembro de 1997, no Salão Nobre do Largo São Francisco, contou com a Participação de 520 profissionais e estudantes de Direito.

As conferências versaram sobre diversos temas de Direito Penal e Processo Penal, que explicitaram os novos rumos seguidos por essas disciplinas.

As excelentes palestras dos professores e juristas nacionais e estrangeiros foram gravadas em vídeo, e a sua locação poderá ser feita pelos associados, que deverão entrar em contato com o IBCCrim.

Os textos relativos às palestras foram solicitados aos conferencistas, a fim de que sejam publicados nas próximas edições da RBCCrim.

"A POLÍCIA JUDICIÁRIA E SUAS DIMENSÕES NO PROCESSO PENAL"

O IBCCrim, em conjunto com a **Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo**,

estará realizando, nos dias 22 a 24 de outubro de 1997, o curso **"A Polícia Judiciária e suas Dimensões no Processo Penal"**.

O curso contará com o seguinte programa:

22.10 - "O Conceito de Segurança Pública no Estado Democrático"

Palestrante: **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo**

Debatedora: **Maria Inês Trefiglio Valente**

23.10 - "Garantias Constitucionais na Investigação Criminal"

Palestrante: **Fauzi Hassan Choukr**

Debatedor: **José Pedro Zaccariotto**

24.10 - "Constituição e Processo Penal"

Palestrante: **Maurício Zanoide de Moraes**

Debatedor: **Roberto Maurício Genofre**

Local: Auditório da Apamagis - Horário: 19:00 horas.

Inscrições no IBCCrim: (011) 605-6482 / 607-6443 / 605-4607.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.571-6/97

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art 7º

§ 7º As dívidas provenientes das contribuições descontadas dos empregados e da subrogação de que trata o inciso IV do art. 30 da Lei nº 8.212, de 1991, poderão ser parceladas em até dezoito meses, sem redução da multa prevista no caput, ficando suspensa a aplicação da alínea "d" do art. 95 da Lei 8.212, de 1991, enquanto se mantiverem adimplentes os beneficiários do parcelamento.

(...)

Brasília, 25 de setembro de 1997.

DO de 26/9/97, p. 21492

O CONGRESSO E O ABORTAMENTO

(Thomaz Rafael Gollop e Silvia Pimentel)

A regulamentação da assistência por parte do Sistema Único de Saúde às mulheres que necessitam recorrer ao abortamento nos casos já previstos em lei sancionada há 57 anos obriga-nos a realizar uma análise mais desapassionada. Trata-se de um direito adquirido há muito tempo e que beneficia a maioria de mulheres brasileiras, ou seja, aquelas que pertencem à população de baixa renda.

Dados fornecidos no Congresso da Federação Internacional de Obstetrícia e Ginecologia, realizado em Copenhagen, Dinamarca, em agosto de 1997, mostram de maneira clara que enquanto morrem 1: 3.000 mulheres em idade reprodutiva (15 a 45 anos) vítimas de abortamentos realizados em condições inseguras nos países desenvolvidos, temos 1: 200 mortes na América Latina e 1: 100 mortes na África. Torna-se evidente que quanto piores as condições sócio-econômicas da população, maior é a mortalidade materna em razão do abortamento clandestino.

Por outro lado, é fundamental levarmos em conta que as mulheres representam hoje a maioria da população brasileira (51%), estão mais esclarecidas em relação aos seus direitos reprodutivos e representam uma força eleitoral indiscutível. É este um ponto fundamental. As opiniões da população feminina terão um peso considerável nas eleições de 1998. Sendo assim, é lógico imaginarmos que, ao contrário do que vinha acontecendo em pleitos anteriores, a questão do abortamento não poderá mais ser marginalizada, como ocorreu nas eleições presidenciais de 1994, quando esta questão foi evitada

pelos principais candidatos à Presidência, **Lula** e **FHC**. Diga-se de passagem que a postura do presidente **FHC** e de sua mulher, **Ruth Cardoso**, no atual debate que envolve esta questão, segundo informações da **Folha**, deixa muito a desejar. Mais além este deverá ser um tema que necessitará de reflexão e posicionamento por parte de candidatos à Câmara Federal e ao Senado. Os senhores candidatos, levando em consideração os dados obtidos em pesquisa com a população pela **Folha** abaixo referidos, deverão estar atentos que melhor representarão a opinião pública ao defenderem teses que despenalizem o aborto e o considerem como uma questão de livre arbítrio. Deveremos estar atentos(as) para a manobra do deputado **Salvador Zimbaldi** (PSDB), no sentido de colher assinaturas para submeter a decisão da Comissão de Constituição e Justiça, relativa ao atendimento do aborto legal na rede pública, à votação na Câmara Federal, dificultando assim sua aplicação prática.

Não será útil comentarmos dados publicados sobre a postura de diferentes segmentos da sociedade, não apenas do Brasil, como também de outros países considerados essencialmente católicos da América Latina, como a Colômbia, por exemplo. Em novembro de 1994 foi realizado um Encontro de Investigadores sobre Aborto Induzido na América Latina e no Caribe, patrocinado pela Universidade Externado de Colômbia, em Bogotá. Deste encontro surgiram diversas publicações, uma das quais sob o título **Problemática Religiosa da Mulher que Aborta**. Fica evidente, dos dados obtidos, que a maioria das mulheres católicas que aborta desconhece a pena de excomunhão que a Igreja Católica propõe que recaia sobre elas, há uma consciência clara de que a prática do aborto pode significar uma rejeição de Deus por elas mas ao mesmo tempo a maioria delas reconhece que, dadas as circunstâncias individuais, recorrer ao aborto foi a atitude menos prejudicial que poderiam tomar. No Brasil não parece ser diferente. Embora a **Folha** em pesquisa recente realizada entre paulistanos não tivesse se limitado a obter informações apenas entre mulhe-

res, fato que possivelmente até reforce os resultados, é fundamental reconhecermos o valor intrínseco de dados tais como: 64% da população considera que o aborto deve ser permitido em casos de malformação fetal; 77% em situações de estupro; e 79% em casos de risco para a vida da mãe. Torna-se indiscutível que os senhores congressistas, eleitos para representar os legítimos interesses da população, devem prestar atenção aos anseios da mesma.

Vale assinalarmos que a questão do abortamento é tratada com frequência de maneira preconceituosa e sem o devido cuidado na formulação de posições. As leis, por outro lado, devem adequar-se aos mais legítimos interesses da sociedade e devem vir embutidas da idéia de que nosso Estado é laico e deve respeitar o pluralismo cultural e religioso de seus integrantes. Está mais do que na hora de nossos congressistas incorporarem conceitos de direitos reprodutivos assumidos pelo governo brasileiro, tais como os do § 88 do Programa de Ação Regional para as Mulheres da América Latina e Caribe 1995-2001, produzido durante a 6ª Conferência Regional sobre a Integração da Mulher no Desenvolvimento Econômico e Social da América Latina e Caribe, em Mar Del Plata, Argentina, setembro de 1994: (os governos deverão...) *"Proporcionar melhores serviços de planificação familiar e estabelecer para todas as mulheres, incluindo as mulheres com gestações não desejadas, sistemas de informação e assessoramento humanitário em que se reconheça a importância do aborto como um problema de saúde pública..."*

Os autores são, respectivamente, diretor superintendente do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo e livre docente em Genética Médica pela USP; e professora da Faculdade de Direito da PUC-SP, membro do Conselho Diretor da Comissão de Cidadania e Reprodução, coordenadora nacional do Cladem - Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher e conselheira do Conselho Estadual da Condição Feminina em São Paulo.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria do biênio 96/98

Presidente: Sérgio Salomão Shecaira

Vice-presidente: Roberto Podval

2º Vice-presidente: Carlos Vico Mañas

1º Secretário: Fauzi Hassan Choukr

2º Secretário: Maurides de Melo Ribeiro

3º Secretário: Rosier B. Custódio

Tesoureiro: Sérgio Mazina Martins

Tesoureiro-adjunto: Adriano Salles Vanni

Dir. de Relações Internacionais: Luiz Flávio Gomes

BOLETIM IBCCrim

Editores Responsáveis: Tatiana Viggiani Bicudo,

Carlos Alberto Pires Mendes e Sérgio Rosenthal

Jornalista: Carlos Hermany Ferriani (MTB. 6372)

Diagramação, Composição, Montagem e

Fotolito: Ameruso Artes Gráficas - tel. 215-3596

Impressão: Printing Press - tel. 277-1753

Tiragem: 16.000 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 -
Tels. (011) 607-6743,
605-6482 e 605-4607
<http://www.ibccrim.com.br>
e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

NOTAS

Comunicamos que a Fiuza Editores está dando 30% de desconto aos associados do IBCCrim na aquisição da Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo e na Revista dos Julgados Especiais.

Comunicamos que o Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo tem um novo integrante. No lugar do Dr. Rogério Lauria Tucci foi nomeado o Dr. Mauro Otávio Nassif.

Comunicamos aos associados que a Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997 - Institui o Código de Trânsito Brasileiro - foi publicada no Diário Oficial do dia 24 de setembro de 1997.

A VIGÊNCIA DO ARTIGO 10 DA LEI Nº 9.437, DE 20 DE FEVEREIRO DE 1997: UMA QUESTÃO DE EXEGESE

(Maria dos Anjos Peres Martinez de Garcia de Alcaraz e Marco Antonio Garcia Baz)

O louvável espírito do Legislativo esbarrou na redação ambígua dos dispositivos da lei, em especial o art. 5º, porque concedeu aos seus destinatários, da promulgação, seis meses para "legalização" das armas que possuíam eventualmente; ao mesmo tempo, contraditoriamente, para tanto, os remeteu ao regulamento que seria editado em 60 dias, a cargo do Executivo. Em consequência, dois Poderes da triplice de Montesquieu, acabaram por deixar para o terceiro, o Judiciário, a árdua tarefa de precisar o justo termo *a quo* da vigência das novas normas penais incriminadoras.

O art. 10, da Lei nº 9.437/97 não está em vigor. É que da interpretação conjugada dos arts. 5º, 19 e 20, da Lei nº 9.437/97 e do Decreto nº 2.222/97, que a regulamentação, chega-se a essa conclusão. O art. 5º prevê o prazo de seis meses, prorrogável por igual período, a critério do Poder Executivo, a partir da data da promulgação da lei nova, para promoção do registro da arma ainda não registrada ou que teve a propriedade transferida, ficando dispensada a comprovação de origem, mediante requerimento, *na conformidade do regulamento*. Esse regulamento, que deveria vir em 60 dias a partir de 21.02.97 (art. 19) veio somente em 08.05.97. Ora, somente a partir da regulamentação da lei a regularização determinada no art. 5º seria possível. Se o art. 20 determina que o art. 10 entrará em vigor após o transcurso do prazo a que alude o art. 5º, esse prazo começou a correr da data da regulamentação da lei porquanto antes o registro das armas, previsto no art. 5º, não seria possível. A lei nova, quanto ao art. 10, terá vigência a partir de 08.11.97.

A interpretação gramatical do art. 5º leva à conclusão que, já tendo transcorrido o prazo de seis meses desde a promulgação da lei nova, sem prorrogação formal pelo Executivo, teria escoado o prazo para a regularização das armas e o art. 10 estaria em vigor, *ex vi* do art. 20. A interpretação gramatical, entretanto, não é suficiente para deslinde da ques-

ção atinente à vigência ou não do art. 10 da lei nesta data.

A interpretação sistemática e teleológica do art. 20, em conjugação com os arts. 5º e 19, deixa assentado que o legislador federal quis que o art. 10 entrasse em vigor apenas depois de escoado o prazo para a regularização das armas. É certo que o art. 5º não era auto-aplicável na forma de registrar as armas e quanto à anistia para aqueles que ainda não tinham praticado o registro. Por isso, o tempo escoado anteriormente à regulamentação da lei, determinada no art. 19, ante o espírito do novel foral, não pode ser contado para fins de entrada em vigor do art. 10.

Se o legislador quis propiciar um semestre de prazo para a regularização das armas e remeteu ao regulamento a fixação da forma em que se daria essa regularização, dizendo, porém, concomitantemente e a despeito disso, que o prazo para tal ocorrer partiria da promulgação da lei, se se interpretasse literalmente o art. 5º, na forma acima aludida, chegar-se-ia à seguinte conclusão: em seis meses a partir da promulgação da lei poderia ocorrer a regularização das armas, mas esses seis meses seriam não seis, mas tão-somente quatro meses, porque somente a partir do regulamento, aludido no dispositivo legal e previsto para ocorrer em 60 dias do advento da lei no art. 19, é que seria possível a qualquer pessoa formalizar a regularização. O prazo de seis meses não seria de um semestre, mas de quatro meses. O legislador, falando em seis meses, concedeu quatro para a regularização das armas. Semelhante conclusão não é aceitável, porque deve-se rejeitar a interpretação que conduza ao absurdo.

A interpretação tem lugar para a fixação do verdadeiro sentido de uma lei obscura ou ambígua por defeitos de sua redação, como é o caso. O espírito da lei nova foi *prima facie* patrocinar a regularização de todas as armas existentes no País e somente depois de escoado o prazo para tal ocorrer, expressamente de seis meses, não de quatro — é que, por vontade do legislador, entraria em vigor o art. 10,

que criou novos tipos penais ligados à matéria. Nem teria sentido e logicidade permitir, de um lado, a regularização em ampla anistia para todos os donos das armas irregulares e ao mesmo tempo considerar já agora crimes vigentes os comportamentos tipificados no artigo 10, antes de escoar um semestre desde que efetivamente tornou-se possível, nos termos do regulamento expedido, a regularização querida pelo legislador. Se tal raciocínio incoerente prevalecer, quem agora aparecer para regularização com uma arma irregular nos exatos termos do regulamento, estará *ipso facto* incorrendo nas sanções penais do art. 10 ao apresentar a arma para registro! Novamente invocável o brocardo segundo o qual *interpretatio illa sumenda, quae absurdum evitetur*.

Daí resulta que a vigência do art. 10 foi determinada pelo legislador federal como sendo o término do prazo previsto no art. 5º, prazo esse fixado inicialmente em seis meses na própria lei, contado, em obediência à *ratione legis*, da regulamentação do novel foral. Nem por isso, diga-se *ad argumentandum tantum*, ficaria ao alvedrio do Executivo Federal a vigência do art. 10. O Executivo não tinha sob sua discricionariedade regulamentar ou não a lei. Deveria regulamentá-la, como de fato o fez, e a regulamentação se fazia imprescindível até para a elaboração de elementos normativos do tipo do art. 10, *caput*, parte final, da Lei nº 9.437/97. Se não o fizesse, omitindo-se e prejudicando a execução da lei nova, em violação do art. 84, IV, *in fine*, da Magna Carta, abrir-se-ia ensejo à ação de inconstitucionalidade por omissão prevista no art. 103, § 2º, da Constituição Federal, com vistas à adoção das providências necessárias pelo Poder omisso.

Posto isso, a lei referida passa a vigorar a partir do dia 8 de novembro de 1997.

Os autores são, respectivamente, juíza de direito e promotor de justiça em São Paulo.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE ABOLICIONISMO PENAL

O IBCCrim, juntamente com o Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC/SP, está trazendo ao Brasil os maiores expoentes da corrente abolicionista do Direito Penal para debaterem, entre os dias 18 e 21 de novembro de 1997, no auditório da PUC/SP — sala 333 — prédio novo, as principais idéias e propostas do movimento abolicionista.

18.11.97 - Abertura - 19h30min.
Conferencista: Nils Christie
Debatedor: Pedro Armando Egydio de Carvalho
Coordenadora: Carmen Junqueira

19.11.97 - 14h30min.
"Conversações"
Participantes: José Luis Solazzi, Juan Félix Marteau, Lia Junqueira, Lycurgo de Castro Santos, Márcia Regina da Costa, Osvaldo Fernandez e Francisca Michelina da Silva
Coordenador: Roberto Baptista Dias da Silva

19.11.97 - 19h30min.
Conferencista: Sebastian Scheerer
Debatedora: Salete Magda de Oliveira
Coordenador: Roberto Baptista Dias da Silva

20.11.97 - 14h30min.
"Conversações"
Participantes: Carmen Junqueira, Maria Lúcia Karam, Roberto Baptista Dias da Silva, Salete Magda de Oliveira e Sérgio Salomão Shecaira
Coordenador: Edson Passetti
20.11.97 - 20h00min.
Conferencista: Thomas Mathiesen
Debatedor: Edson Passetti
Coordenadora: Ana Sofia Schmidt de Oliveira

21.11.97 - 19h30min.
Conferencista: Louk Hulsman
Debatedor: Roberto Baptista Dias da Silva
Coordenador: Sérgio Salomão Shecaira

Na data de encerramento do seminário (dia 21.11.97 às 18:00hs), será lançado o livro **"Conversações Abolicionistas" (Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva)**.

Maiores informações: IBCCrim

ABOLICIONISMO PENAL E OS DIREITOS DE CADA UM

(Edson Passetti e Roberto Baptista Dias da Silva)

O passado tem sido o grande foco do sistema penal. Analisando qualquer processo envolvendo adultos ou adolescentes em situação-problema, verifica-se o extenso inventário que se faz não só do fato objeto de análise, mas da pessoa, objeto de punição ou sujeito sujeitado.

A história tem mostrado que o sistema penal não está voltado para procurar soluções efetivas para o acontecimento, mas pretende sempre dar uma resposta geral e punitiva que alimenta o vicioso círculo da violência.

Em nome da prevenção geral, como salienta **Thomas Mathiesen**, o sistema penal regularmente designa por sujeito perigoso todo aquele indivíduo, adulto ou adolescente, que vive em condições sociais consideradas marginalizadoras. Em contrapartida, o abolicionismo chama por situação-problema um eventual acontecimento infracional envolvendo adolescentes ou cidadãos, independentemente da situação sócio-econômica e do estigma de perigoso. A prevenção geral é substituída pela defesa de direitos de cada um.

Preocupando-se exclusivamente com o autor do fato, o sistema penal ignora a vontade das demais pessoas envolvidas na situação, muitas vezes a própria vítima, para quem a atenção deveria estar voltada

em primeiro plano. Pretendendo substituir as vontades e suas vozes, ele se apresenta como pacificador sendo, muitas vezes involuntariamente, outro agente inesperado de violência, como a polícia.

A teoria do abolicionismo penal sintoniza-se com o presente, evitando dicotomias e discriminações, mas, principalmente, procura mostrar que a sociedade sem o sistema penal já existe. As pessoas, no cotidiano, encontram soluções pacíficas para os acontecimentos, principalmente através de mecanismos conciliatórios e compensatórios, que dispensam qualquer intermediação do sistema penal. Mesmo com os dispositivos de segurança, há um limite estritamente violento que é inatingível ao sistema penal. Os mais conhecidos, também incluídos no que se convencionou chamar de "cifra negra", são: os homicídios entre quadrilhas nas ruas, entre prisioneiros nos cárceres, as violências cometidas pela polícia contra o alegado cidadão suspeito, a prática da tortura, os vínculos entre a polícia e o narcotráfico.

Os conservadores toleram revisões desde que permaneçam inalterados os princípios penalizadores do sistema. Os liberais investem nas reformas e, muitas vezes, se aproximam do abolicionismo quando propõem a descriminalização. Outras vezes, falam de despenalização, fazendo coro com

os conservadores pretendendo ser modernos. Quando definitivamente libertários, não têm porque deixar de contribuir para a legitimação da teoria do abolicionismo penal.

Com a abolição do sistema penal, busca-se ultrapassar a mera transferência das condutas do campo penal para o civil, supondo que neste, por prevalecer a conciliação, se encontraria o meio mais eficaz para a pacificação real da violência. Seguramente, estaríamos no campo da despenalização sem dar fim à imposição punitiva, talvez privilegiando as situações de semi-liberdade ou de liberdade vigiada, sem o interesse efetivo dos envolvidos, mas contemplando o efetivo interesse dos reformadores de plantão. É inevitável encontrar um mesmo novo lugar para o encarceramento, substituindo-se a prevenção pela terapêutica geral.

Se a lei é sempre uma atualização *a posteriori* das normas sociais, mais do que uma nova revisão suplementar, o sistema penal precisa ser abolido.

Os autores são, respectivamente, membro do Departamento de Política e Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC/SP, e professor de Direito Constitucional pela PUC/SP.

ABOLICIONISMO PENAL: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA ADVOGADOS, PROMOTORES E JUÍZES

(Salete Magda de Oliveira e Edson Passetti)

É frente ao discurso da verdade encarceradora que os abolicionistas penais se contrapõem. Indicam um novo procedimento frente às situações-problema, investindo em proposições jurídicas capazes de contribuir para a redução das desigualdades sociais.

Segundo **Nils Christie**, as teorias constroem uma imagem do homem adequada ao sistema que o penalizará. Neste sentido, os tribunais aparecem para os cidadãos como meios pedagógicos para a manutenção das normas e dos ensinamentos, do que convém e do que não convém, sinalizando para a ameaça da punição toda vez que o sistema de recompensas for infringido.

A pena é por princípio um instrumento de controle dos cidadãos, mas quem são os cidadãos? Pela lógica do Direito, o homem, como generalização, é filho do Estado. Os abolicionistas criticam a generalidade subjacente ao princípio de justiça, fundado na noção de utilidade, e propõem um olhar voltado para os cidadãos vivendo suas especificidades, incluindo as eventuais situações-problema, como forma de garantir o verdadeiro humanismo.

Para **Louk Hulsman** o sistema penal não reconhece nada além do modelo penalizador e todas as vezes que medidas diferen-

tes da pena são aplicadas no interior do sistema repressivo estatal, o que supostamente parecia ser educativo permanece sendo apenas uma das faces da punição.

A prevenção geral pode até ceder lugar a uma terapêutica despenalizadora, "alternativa", mas continuará sendo uma suposta educação do "infrator" pela recompensa, com base na punição, que perpetuará a tradicional reprodução do sistema penal, fundado nas idéias de crises cíclicas e reformas urgentes.

A proposta de abolição da pena vem refutar a afirmação teórica de que a justiça é igual para todos, o que seria a sua vocação democrática. Entretanto, o que deveria ser igualdade é, simultaneamente, o seu próprio ocultamento, através de práticas que mostram a sua determinação para manter as desigualdades sociais.

A proposta abolicionista aponta cinco possíveis modelos de respostas a uma determinada situação-problema: o compensatório, o terapêutico, o conciliatório, o educativo e o punitivo revisitado.

Esses modelos pressupõem o princípio do acordo indivíduo-indivíduo, privilegiando o diálogo e substituindo a disciplina em que um agente externo, que era designado para dar solução ao fato, agora venha com-

por em busca de uma solução que preserve o exercício da cidadania para as partes e não a suspensão para pelo menos uma delas.

A compensação supõe a capacidade de um indivíduo dar ao outro algo em troca na solução reparadora, baseada no princípio da generosidade. A concepção de terapia ampliada refuta a aplicação do tratamento confinado, estimulando a potencialização e o talento do envolvido na situação-problema. A punição revisitada, em nenhum momento reitera a necessidade da prisão, mas investe no acordo entre partes para a realização do banimento, sem designar, como no sistema penalizador, o lugar a ser ocupado por esse corpo. Por fim, a educação consiste em um princípio de sociabilidade pautada na descentralização da autoridade.

A teoria abolicionista redimensiona justiça, juízes, promotores, advogados, técnicos e cidadãos para este problema sem fronteiras que vem se gestando no final deste século. Daí sua historicidade e sua atualidade.

Os autores são, respectivamente, mestre em Ciências Sociais pela PUC/SP e membro do Departamento de Política e Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da PUC/SP.

PARA AQUELES QUE ACREDITAM NA JUSTIÇA PENAL

(Beatriz Rizzo Castanheira e Carmen Sílvia de Moraes Barros)

Introdução

Seria loucura falar sobre abolicionismo penal quando, impulsionada pela mídia, a opinião pública pede direito penal máximo? O choque das idéias é evidente e não poderia ser mais acentuado. Mas, em tempos de caça às bruxas, nada mais oportuno, com ares idealistas e renovadores, do que falar sobre o abolicionismo penal.

Constituímos um Estado Democrático de Direito, a duras penas, após anos de totalitarismo, censura e repressão. Queríamos liberdade. Não há liberdade sem justiça social e não há justiça social sem a verdadeira implantação do Estado Democrático de Direito.

No que diz respeito ao Direito Penal, começando pela edição de mais e mais leis, criminalizando mais e mais condutas, nossos representantes legais nos dizem estar cuidando da segurança pública e agindo contra a impunidade. Não é possível acreditar, nem que estejam de fato agindo em nosso interesse, nem que possam estar corrompendo a função do Direito Penal, que no Estado Democrático de Direitos é a de garantir a liberdade individual. Direito Penal torna-se — e isso é um absurdo — uma arma para o combate de "criminosos".

Mas não é só. A atuação do Poder Judiciário, que à luz da Constituição Federal deveria desempenhar o papel de garantidor dos direitos fundamentais, acaba se confundindo com a de polícia. Juízes transformam-se, sempre em nome da segurança pública, em agentes de polícia. A idéia é reprimir.

E, comodamente apoiados pelo desinteresse geral para com a questão dos condenados (que em sua esmagadora maioria estão encarcerados e são pobres), as autoridades administrativas transformam e aperfeiçoam a arte de recriar nos presídios os cenários dos calabouços da Idade Média (quem duvidar, que visite a "masmorra" da Casa de Detenção de São Paulo).

Escândalo

Não precisamos da Justiça Penal. Não precisamos de prisões. O crime não existe.

Em um primeiro contato, poder-se-ia pensar que o discurso abolicionista nos conclama para a destruição da própria sociedade juridicamente organizada. Total equívoco. O abolicionismo prega justamente o contrário. Parte da já antiga constatação da falência do nosso sistema penal e da sua confrontação com uma sociedade contemporânea nada harmônica, para dizer que precisamos recriar nossas verdades. Precisamos de novas idéias para pacificarmos os conflitos sociais. Para tanto, é preciso desmistificar os velhos dogmas e enfrentar, sem ilusões, o fato, este sim assustador, de que o esquema punitivo em que vivemos não trouxe nenhuma espécie de paz social.

Antes de mais nada, precisamos aceitar que a ocorrência de condutas que hoje denominamos "crimes" é fenômeno social inevitável.

Devemos olhar e ver o que representa hoje a pena. Nossas leis dizem que a pena

não é mero castigo, mas tem também missão de ressocialização.

Mas — assim como os nazistas justificavam a existência dos campos de concentração numa suposta necessidade de reeducação da raça inferior — a ressocialização através da pena é uma mentira. Desde logo, se o objetivo é ressocializar, a prisão tem que ser abolida, porque ressocializar, segregando, é contradição.

A teoria da ressocialização encobre a verdade de nossos subconscientes. Tanto a visão da pena como expiação das culpas, quanto o fundamento atual, de reparação formal do dano causado pelo crime, mostram que o sentimento de "vingança legítima" da sociedade contra "o criminoso" não foi superado. Não se quer ressocializar, mas sim castigar. Por isso pessoas são presas.

Constituições, tratados internacionais, leis, resoluções dizem que a pena não deve ter caráter retributivo. Mas, dominando o inconsciente coletivo, o que se espera é o velho "olho por olho, dente por dente". Resultado disso é o movimento da lei e da ordem, pugnando por elevação de penas e maior rigor na forma de cumprimento.

Se penas longas e severas, comprovadamente, não reduzem a criminalidade; se não possibilitam — impedem, a bem da verdade — a ressocialização do condenado; se não trazem qualquer proveito para a sociedade nem para o apenado, como justificar a postulação por "mais penas"? Uma única resposta é possível: o "criminoso" tem que ser castigado, severa e desarrazoadamente castigado.

Evidentemente, as raízes desse sentimento estão, não no objetivo de integração social, mas sim na vontade de ver impostos sofrimentos físicos ao "criminoso", ao agressor. Isto é revanche, mais ou menos declarada, mas sempre revanche.

Há — e lamentavelmente não são poucos — os que sequer se constroem, até mesmo se orgulham, de defender a vingança dos honestos cidadãos contra eles, os contumazes infratores da lei, os inimigos.

Há outros que vêm na justiça penal um mal necessário, porque alternativas não se tem. Para estes, o encarceramento é ineficaz e malféfico, mas pensam, "o que fazer então com autores de condutas consideradas delitos graves?"

Todavia, se quisermos ir além de nossa instintiva reação imediata, devemos reconhecer que quem não tem alternativas para a prisão, prisão esta que não tem nenhuma eficácia concreta, não tem nada a perder. Os condenados, depois de cumpridas suas penas, voltam para a sociedade. São recebidos sem a mínima chance de ressocialização, mais marginalizados do que já eram antes de debutarem em suas estadias nos estabelecimentos prisionais. Retornam, não se pode esquecer, marcados pela violência sofrida (física e moral) na prisão. Com presídios lotados e com a população carcerária em crescente escalada, o risco de sermos vítimas dos mais variados delitos vem, igualmente, aumentando. O suposto remédio não está fazendo efeito. Não remenda, nem dissuade.

Se preferirmos ministrá-lo por vingança,

ou para satisfazermos nossas ilusões, certamente acabaremos padecendo. Já estamos padecendo. Podemos, como sociedade, optar por este caminho. É, aliás, o que temos feito. Só não nos é possível, porque significaria rebaixar nossas próprias inteligências, dizer que pretendemos construir uma sociedade mais justa, mais pacífica, mais harmônica.

O abolicionismo penal vem com uma abordagem crítica desse esquema auto-destrutivo, que troca a justiça de mão própria pela justiça da mão própria do poder do Estado, que sempre representa uma classe socialmente dominante.

Mostra que não temos uma sociedade, senão diversos grupos marginalizados e excluídos. Estes, agredidos diariamente, vítimas da violência da pobreza e de todas as suas privações materiais, intelectuais, morais, emocionais, são incluídos de forma compulsória, exclusivamente no momento em que violam as nossas regras, sob a forma da Justiça Criminal. Vale dizer, há centenas de milhares de pessoas que não têm nossos direitos, mas tentamos submetê-las a nossos deveres. Isto não soa coerente, muito menos justo.

O abolicionismo penal é perturbador, porque nos tira a fantasia de que o mundo está dividido entre o bem (nós) e o mal (eles). Coloca-nos frente a frente com uma responsabilidade social da qual tentamos fugir e para com a qual fingimos cumprir a cada sentença condenatória proferida e executada. Em resumo, nos deixa sem o "bode expiatório" que personifica o inimigo.

Ao contrário, nos questiona e nos chama a criar outros instrumentos de pacificação dos conflitos sociais, que atinjam melhores efeitos. Propõem os abolicionistas que o Estado seja instrumento garantidor dos direitos inerentes aos seres humanos, não seu carrasco ou algoz.

Abolicionismo penal, se pararmos para pensar, é inovação apenas do ponto de vista acadêmico, porque já praticamos, em relação aos delitos cometidos por indivíduos de classes mais favorecidas, uma informal espécie de afastamento da incidência do Direito Penal, isso sem falar dos incontáveis delitos praticados que sequer chegam ao conhecimento da polícia, muito menos do juízo criminal.

Direito Penal foi criado pelo homem, não foi um presente ou uma imposição divina. Aboli-lo é uma opção, mais do que isso, um caminho futuro.

De início, nosso esquema de reação punitiva desenfreada tem que ser imediatamente repensado. O sistema penal tem que ser, sem timidez, reduzido. A pena de prisão substituída. A idéia de aboli-lo vem sendo corajosa e profundamente semeada por **Louk Hulsman, Nils Christie e Thomas Mathiesen**, dentre outros. Que frutos poderemos dela colher, no futuro, é o que temos de pensar, sem preconceito, sem mentira, sem medo, sem fantasia.

As autoras são procuradoras do Estado de São Paulo e coordenadoras da Assistência Judiciária da Casa de Detenção de São Paulo.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A NOVA LEI DO PORTE DE ARMA (LEI Nº 9.437, DE 20.02.97)

(José Eduardo de Souza Pimentel)

Introdução

A cada ano, no Brasil, 26,97 pessoas em cada 100 mil, morrem por causa de armas de fogo. Os dados estatísticos são da ONU, e colocam o País na incômoda posição de liderança desse ranking de 46 avaliados (*Folha de S. Paulo*, 08.05.97, p. 3-8).

Nesse ambiente violento, o porte de arma de fogo sem licença da autoridade constituía mera contravenção penal, sancionada com prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. A pena era aumentada, de um terço até a metade, se o agente já tivesse sido condenado irrecorrivelmente por violência contra a pessoa.

No dia 20 de fevereiro deste ano, o Presidente da República promulgou a Lei nº 9.437 que, entre outras providências, elevou à categoria de crime o porte ilegal de arma de fogo. A pena do tipo básico passou a ser a de detenção, de um a dois anos. A lei previu, ainda, pena de reclusão de dois a quatro anos e multa, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito, sem prejuízo da responsabilização pelo contrabando ou descaminho, e aumento de metade da pena se o crime é praticado por servidor.

Aspectos penais da nova lei

O porte de arma descrito como contravenção reclamava, para a caracterização da infração, que a pessoa trouxesse consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade (art. 19 do Decreto-Lei nº 3.688, de 03.10.41, Lei das Contravenções Penais).

Diante do tipo legal, a jurisprudência consolidou entendimento que, para a caracterização do ilícito, a arma tinha que estar sendo portada de maneira a permitir sua pronta utilização. Outra conclusão que se tornou pacífica cuidara de distinguir o porte do transporte. Não era punido aquele que demonstrava cabalmente que tinha apenas a intenção de mudar o objeto material de lugar, sem finalidade de uso⁽¹⁾.

As armas abrangidas pela descrição da contravenção eram as próprias. São assim denominadas as armas que se destinam especificamente ao ataque e à defesa, como revólveres, garruchas, carabinas, e, também, punhais, "peixeiras", cassetetes de ferro (RT 573/363), etc. A contravenção não se concretizaria pelo porte de objetos sem a inerente destinação ao ataque e à defesa da pessoa, como facas de cozinha, machados, foices, etc.

A nova lei dedica-se tão-somente às armas de fogo. Por isso se diz que o art. 19 da Lei das Contravenções continuará alcançando o porte de armas brancas. O art. 10, que é o dispositivo penal da lei, está assim redigido: "Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena - detenção de um a dois anos e multa. § 1º. Nas mesmas penas incorre quem: I - omitir as cautelas necessárias para impedir que menor de dezoito anos ou deficiente mental se

apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade, exceto para a prática do desporto quando o menor estiver acompanhado do responsável ou instrutor; II - utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes; III - disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave. § 2º. A pena é de reclusão de dois anos a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito. § 3º. Nas mesmas penas do parágrafo anterior incorre quem: I - suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato; II - modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito; III - possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização; IV - possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. § 4º. A pena é aumentada da metade se o crime é praticado por servidor público" (DOU de 21.02.97, pp. 3.251/3.252).

Pela simples leitura do *caput* nota-se que o legislador procurou, em relação à normatização antiga, ampliar o preceito primário, para alcançar situações que antes não encontravam tipicidade. Hoje o "portar" é apenas um dos dezoito verbos que descrevem o crime fundamental.

A título de ilustração, veja-se que o transporte de arma de fogo que, conforme já dissemos, não ensejava a reprimenda penal, agora constitui ilícito punível. O § 1º do art. 10 da lei nº 9.437, comina as penas do tipo básico às condutas descritas em seus incisos. Interessante inovação é a do inciso II, que pune de forma autônoma a utilização de simulacro de arma para a prática de crimes, como o roubo. No regime anterior, o Superior Tribunal de Justiça entendia que o uso de arma de brinquedo agravava o roubo, determinando o aumento de pena, de um terço até a metade (art. 157, § 2º, I), o que se consagrou pelo teor da Súmula nº 174, assim redigida: "No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena".

A isso se opunha a doutrina, que via na questão um problema de atipicidade. Ora, se o revólver de brinquedo não era arma para caracterizar a contravenção, como poderia servir de elementar ao roubo agravado? Com a nova lei, a questão tende a ser superada, porque o enquadramento do fato no inciso em comento evitará a agraviação do roubo, em respeito ao princípio do *non bis in idem*. Supõe-se que os juízes verão na hipótese um concurso formal entre o roubo simples e o crime especial descrito no art. 10, § 1º, II da *novatio legis* incriminadora.

O inciso III do § 1º revogou o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.688/41, LCP, na medida em que, adotando a descrição típica da contravenção, e ampliada, apenou mais severa-

mente o disparo de arma de fogo, erigindo-o, também, ao status de crime.

Os §§ 2º e 3º qualificam o crime, porque atribuem penas mais graves, em qualidade (cuida-se agora de reclusão) e quantidade às condutas referidas. Apena-se com maior rigor se o objeto material do crime é arma de fogo ou tem acessórios de uso proibido ou restrito.

As mesmas sanções procuram resguardar os sinais identificadores das armas de fogo e suas características originais, protegendo-se, assim, o SINARM, que é o cadastro nacional de armas existentes no País (instituído pela mesma lei, art. 1º).

A exasperação da pena é cabível em relação a quem já foi condenado por crime contra a pessoa (arts. 121 a 154, CP), contra o patrimônio (arts. 155 a 183, CP) e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (arts. 12 e 13 da Lei nº 6.368, de 21.10.76).

O servidor público terá aumentada de metade a sua pena, se cometer as infrações descritas no art. 10 da lei. O conceito de servidor público, para efeitos penais, é bastante largo, e está estampado no Código Penal, art. 327 e seu § 1º.

Conclusão

Não existe diferença ontológica entre crime e contravenção. A distinção entre esses entes jurídicos se faz pela pena cominada em abstrato a um e a outro pela lei. Ambos são infrações penais. Talvez por isso o ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro** tenha deixado transparecer um certo ceticismo ao se referir à nova lei. Segundo disse, é "ilusão pensar que o rigor da lei, por si mesmo, diminuirá a criminalidade (...); nenhum delinqüente, antes de praticar a infração, consulta o Código Penal" (*Revista Consulex*, nº 01, p. 40).

Pode ter razão o magistrado. A experiência recente da exacerbação das penas dos delitos abrangidos pela Lei dos Crimes Hediondos não parece ter inibido a ocorrência dessas práticas que tanto nos afligem. Segundo entendemos, a nova disciplina legal serve mais de instrumento de atuação efetiva da polícia preventiva no desarmamento da população. E a imprensa reproduziu recentemente a opinião do delegado de Polícia **Marco Antonio Desgualdo**, diretor do DHPP (Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa), ditada nesse mesmo sentido: "Quem for pego portando uma arma e já tiver antecedentes criminais será preso; assim, dificultaremos o deslocamento de criminosos pela cidade" (*Folha de S. Paulo*, 22.02.97, p. 3-3).

Somente o tempo dirá se a lei é apta para mitigar a violência com a qual a sociedade brasileira convive. Ou se a norma se voltará contra o homem de bem, que se amou porque o Estado, até hoje, não foi capaz de defendê-lo.

⁽¹⁾ JESUS, Damásio E. *Lei das Contravenções Penais Anotada*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 54.

DO EMPREGO DE "ARMA DE BRINQUEDO" NO CRIME DE ROUBO E SUA NOVA TIPICIDADE EM FACE DA LEI Nº 9.437/97 (SINARM)

(Paulo Fernando dos Santos)

O Código Penal, ao referir-se acerca do crime de roubo, assim dispõe em seu art. 157:

"Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos e multa."

Reza, ainda, o seu § 2º, inc. I, ao estabelecer causa de aumento:

"§ 2º. A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;" (grifamos).

Muito se discutiu em sede doutrinária e, principalmente, jurisprudencial, sobre a utilização de arma de **brinquedo** como circunstância ensejadora de aumento de pena, dando margem ao surgimento de duas correntes, uma de caráter *objetivo*, sufragada pelo STF (em face da qual tal emprego não admitiria a "qualificação" de roubo, em homenagem ao princípio da tipicidade penal, de maneira que o fato restaria atípico) e outra de caráter *subjetivo*, encampada pelo STJ (levando em conta o maior *poder intimidativo* do meio executório do roubo, supondo-se impossível à vítima aferir, no calor dos acontecimentos, a autenticidade ou não da arma), defendendo, pois, a aplicação da causa de aumento ainda que a arma fosse, v.g., de plástico.

Tal dissenso parecia ter chegado ao final com o advento da Súmula nº 174 do STJ, vazada nos seguintes termos:

"No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena."

Vencedora a segunda tese supracitada, cristalizada através da súmula de jurisprudência daquela Corte, eis que vem a lume a Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, que institui o Sistema Nacional de Armas - SINARM, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo e define crimes. Seu surgimento no panorama jurídico, entretanto, e ao que parece, acabou por trazer menos pacificação do que incertezas a tema já tão árido. Vejamos o porquê, mediante sucinta análise da Lei do SINARM, que reclama a interpretação de diversos dispositivos que se interligam, como se notará.

Iniciemos com o seu art. 20:"

"Art. 20. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, exceto o art. 10, que entra em vigor após o transcurso do

prazo de que trata o art. 5º" (grifamos).

Como bem se observa, estabeleceu-se uma *vacatio legis* no mínimo curiosa, em relação a um artigo determinado, que somente passará a vigor *"após o transcurso do prazo de que trata o art. 5º"*, cujo teor é o seguinte:

"Art. 5º: O proprietário, possuidor ou detentor de arma de fogo tem o prazo de seis meses, prorrogável por igual período, a critério do Poder Executivo, a partir da data da promulgação desta lei, para promover o registro da arma ainda não registrada ou que teve a propriedade transferida, ficando dispensado de comprovar a sua origem, mediante requerimento, na conformidade do regulamento" (grifamos).

Vejamos, agora, o que diz o art. 10 excepcionado, bem como — e o que mais nos interessa — o seu § 1º, II:

"Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda, ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização ou em desacordo com determinação ou regulamentar: Pena - detenção de um a dois anos e multa."

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem: (...)

II - utiliza arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes" (grifamos).

Percebe-se, pela leitura do dispositivo, que o legislador acabou criando um tipo *autônomo*, com referência às armas **de fogo, de brinquedo** ou **simulacro** de arma (ex.: arma esculpida em sabão ou cera), pondo à margem situações outras (crimes) que envolvam o emprego de "arma" tão-somente (que, em tese, poderia ser própria ou imprópria), anteriormente abarcadas pelo art. 157, § 2º, I, do Código Penal, de maneira a nos fazer supor que, doravante, com a nova lei, esse artigo somente se aplicará ao crime de roubo efetuado com arma *branca* ou *imprópria* (canivete, estilete, navalha, etc.).

Conseqüências imediatas de tudo quanto foi dito: 1º) O porte de arma **de fogo** deixa de ser contravenção, tornando-se crime, de modo que o art. 19 da Lei das Contravenções Penais passa a disciplinar exclusivamente as armas *brancas* ou *impróprias*; 2º) A Súmula nº 174 do STJ ficou *esvaziada*, uma vez que, sendo ago-

ra a utilização de arma de fogo, de brinquedo ou simulacro crimes autônomos, com disciplina legal própria, não haveria mais a possibilidade da agravação da pena de "um terço até metade" para uma dessas modalidades; 3º) Não sendo mais possível, nesses casos, a majoração antes genericamente prevista para **todo** tipo de arma, a Lei nº 9.437/97 apresenta-se-nos como autêntica lei **benéfica** para o agente, de sorte que a pena, outrora fixada pelo art. 157 do Código Penal em *reclusão, de quatro a dez anos, e multa* (sem dizer do acréscimo do § 2º que poderia elevar a pena mínima para *cinco anos e quatro meses*) não irá além de *detenção de um a dois anos e multa* (art. 10 da Lei do SINARM); 4º) A aplicação desta lei, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, faz-se de maneira retroativa, eis que seu caráter de *lex mitior* e de conteúdo eminentemente **penal** assim o permite, atingindo situações que antes eram mais severamente punidas, deixando de sê-las (seria uma *abolitio criminis* em relação aos crimes *hoje* cometidos à mão armada?).

Mas a crítica vai além: da leitura do indigitado art. 5º, temos a seguinte situação: enquanto não transcorridos os seis meses de que trata a lei, os quais poderão vir a ser prorrogados por igual período (vale dizer, um ano!), estaremos diante de algo no mínimo inusitado: a tipicidade penal do art. 10 passaria a depender da edição de ato normativo do Poder Executivo (decreto), o que, convenhamos, é aberração jurídica sem precedentes. Desse modo, a eficácia desse art. 10 permanece paralisada até que sobrevenha o decreto, transcorrida a *vacatio*.

Portanto, a Lei do SINARM, não obstante apresentada pelos meios de comunicação como a panacéia capaz de resolver todos os problemas que hoje afligem a sociedade, no que toca aos crimes violentos perpetrados com arma, não é, em absoluto, mais gravosa ou mais contundente do que a nossa atual legislação repressiva; pelo contrário, traz em seu bojo, como se intui dos diversos argumentos expendidos, mais malefícios do que se pode imaginar, à medida em que se revela sutilmente complacente para com os criminosos.

Enfim, *legem habemus!*

A LEI Nº 9.437/97 ESTÁ EM VIGOR ?

(William Terra de Oliveira)

A nova Lei de Armas foi sem dúvidas uma correta opção político-criminal por parte do legislador, conforme já tivemos ocasião de salientar (**Boletim do IBCCrim**, n.º 55/6 e 7), pois a violência tanto urbana como rural é, segundo as últimas estimativas da ONU, potencializada pela posse e utilização indiscriminada e descontrolada de armas de fogo. Basta conferir as notícias diárias sobre o assunto...

Ocorre que, conforme advertimos, a Lei n.º 9.437/97 possui algumas imperfeições que podem comprometer sua real aplicabilidade, impedindo o alcance de seus objetivos preventivos.

Um dos graves defeitos da lei, conforme dissemos, foi atribuir ao Executivo a possibilidade de, segundo seu "critério", alterar a data em que a lei entraria em vigor (conforme dispõe o art. 5º *caput*). Na prática isso equivale a permitir, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, que o Executivo tenha poderes para alterar a *vacatio legis* de uma lei. Não tardou muito, e as consequências desta esquizofrênica função foram sentidas.

No dia 21 de agosto de 1997, dia em que terminaria o prazo assinalado pelo art. 5º, a lei deveria entrar em vigor. Diz o artigo: "*Art. 5º - O proprietário, possuidor ou detentor de arma de fogo tem o prazo de seis meses, prorrogável por igual período, a critério do Poder Executivo, a partir da data da promulgação desta Lei, para promover o registro da arma de fogo ainda não registrada ou que teve a propriedade transferida, ficando dispensado de comprovar a sua origem, mediante requerimento na conformidade do regulamento.*"

Assim, o possuidor de arma de fogo teria 6 meses para registrar sua arma ilegal. Porém esse registro tornou-se materialmente impossível em razão de que o SINARM não estava ainda estruturado, vindo a ter conformação legal pela edição do Decreto n.º 2222/97, de 8 de maio de 1997, que passou a regulamentar a Lei n.º 9.437/97. O regulamento veio cerca de três meses depois da lei nova.

No dia 21 de agosto de 1997, o sr. Ministro da Justiça através de sua Assessoria de Comunicação Social, emitiu um aviso de que "*o prazo dado na lei passou a ser contado a partir da publicação do Decreto, porque leis que necessitam ser regulamentadas não são exequíveis imediatamente e sim após a sua regulamentação*" (Ass. Com. Social - 21/08/97).

A maioria dos Estados da Federação seguiu a orientação do Ministério da Justiça, com exceção de São Paulo, que defendeu a idéia de que a lei está em vigor a partir do dia 21 de agosto de 1997 (posição da SSP).

Isso gerou uma séria polêmica, que tem como pano de fundo a prisão de muitas pessoas já com base na lei nova.

Pergunta-se: Tais prisões seriam legais?

A resposta não é simples. Acreditamos que para a interpretação do problema influem os seguintes fatores:

1) Tecnicamente parece correta a posi-

ção de que a lei está em vigor. Isso decorre do Princípio da Legalidade e da Hierarquia, fundados na "verticalidade fundamentadora" do sistema jurídico (ver **Kelsen - Teoria Pura do Direito**), para o qual um aviso ministerial ou regulamento, não podem alterar a *vacatio* de uma lei. O erro mais grave foi permitir, através do fenômeno da "Delegação Autorizadora de Funções Típicas" que o Poder Executivo tivesse a faculdade de alterar o lapso temporal reservado ao conhecimento da lei e ao cumprimento de determinadas obrigações (que no caso excluíam a culpabilidade daqueles que viessem a registrar armas ilegais, por presumir a sua "boa fé" conforme o parágrafo único do art. 5º). O segundo erro foi por parte do Poder Executivo central, que deixou de emitir a única "norma" capaz de alterar a *vacatio*: um **decreto** específico. Assim, diante deste vácuo normativo, prevalece a lei, que é clara em seus termos.

2) A outra posição está fundada em aspectos pragmáticos. Uma vez que o SINARM não possuía corpo, e que o regulamento não existia, tornou-se impossível, materialmente, que as pessoas cumprissem a obrigação estampada na lei, até o dia 08.05.97 (dia do Decreto n.º 2.222/97). Assim, para esta posição a norma possui feições de norma penal em branco e depende do regulamento. Isso é correto, porém em Direito Penal nada se presume. Os prazos devem ser claros, e se a lei fala em "prorrogação" está exigindo um ato formal que cumpra tal finalidade. Não basta "presumir", ainda que por boa exegese, que o lapso de *vacatio* fica "automaticamente" alterado pela simples edição do regulamento.

3) Assim, foram criadas difíceis situações: a) a lei nova cria crimes novos (note-se por exemplo o art. 10, § 1º, I e II — crime culposo e utilização de arma de brinquedo — e os tipos do § 3º); b) Foram aumentadas (qualitativa e quantitativamente) as penas de outras figuras que anteriormente eram ilícitos menos graves (por exemplo o porte ilegal).

Como consequência, muitos falam em "ilegalidade da prisão e rejeição da denúncia". Creemos que é preciso distinguir: se os fatos já eram ilícitos penais, impossível será a rejeição da denúncia porque já existe um fato antijurídico (independentemente da interpretação legal que seja dado ao mesmo, tarefa que compete ao magistrado "quando da narrativa extrai o Direito"). Porém, se estamos diante de fatos novos, agora guindados à condição de ilícitos, surge o grande problema: Estaria a lei nova em vigor?

Como dissemos, para nosso entendimento, tecnicamente sim. Perdemos o momento de alterar a *vacatio* na forma preconizada pelo nosso sistema jurídico. A lei nova tem aplicabilidade formal.

Porém é preciso ter certos cuidados, pois a questão é mais profunda do que aparenta. A problemática é sem dúvida bastante séria, pois estamos falando da liberdade de muitas pessoas. Antes de uma questão jurídica,

temos uma questão de justiça. Uma análise mais profunda revela que antes de uma polêmica sobre nosso sistema legal, temos um problema a resolver: "O que fazer com o estado de prisão dessas pessoas que foram detidas, somente em São Paulo, por uma interpretação impecável em termos técnicos?"

Na verdade, estamos diante de um problema que invoca questões basilares do sistema jurídico, inclusive constitucionais. Lembramos que a lei é **federal**. Portanto é impossível que tenha vigência apenas um Estado da Federação. Isso é medianamente compreensível se consideramos sua natureza penal. Porém não seria por este argumento que chegaríamos a uma resposta a esta questão aparentemente aporética.

Na realidade, existem pessoas presas em São Paulo por determinadas condutas, e soltas em Estados vizinhos. Assim, estamos falando do embate entre dois grandes princípios: o Princípio da Legalidade, e o Princípio da Igualdade. Uma vez que o desenrolar da situação propiciou, por atuação (ou omissão) do Estado, uma situação menos grave para a maioria da população, em detrimento até mesmo do que, segundo nosso entendimento, determinava a lei nova, entendendo que a solução deva ser a que venha espelhar maior justiça.

É curioso notar que raras vezes isso ocorre: a Legalidade cedendo passagem para a Igualdade.

E deve ser assim, pois o Princípio da Legalidade serve ao Princípio da Igualdade. A legalidade vem para garantir a igualdade, e não o contrário (foi assim historicamente — basta analisar a Revolução Francesa).

Portanto, ainda que de forma valente e impecável em termos jurídicos o Estado de São Paulo tenha entendido manter a Legalidade, base de todo sistema penal, diante do "problema social e pragmático" que foi criado, e com base no espírito federativo que impera por ordem constitucional, a solução mais aproximada de uma justiça fundada na equidade é admitir que a lei deva ser exigível somente após o regulamento. A lei é, desta forma, materialmente inaplicável.

Existe uma possibilidade de que esta seja a interpretação emergente dos Tribunais Superiores, quando a questão evoluir dentro do sistema de distribuição de justiça.

Lamentavelmente sou forçado a reconhecer a necessidade de dobrar a Legalidade em favor da estatura que possui o Princípio da Igualdade.

Certamente a maioria dos juristas e operadores no Direito estão neste momento também lamentando a falta de cuidado por parte dos Poderes envolvidos na regulamentação desta relevante questão. Espero que isso não contribua para ofuscar o brilho da lei nova, que pode ser melhorada, e é inquestionavelmente necessária.

O autor é promotor de justiça em São Paulo e doutorando pela Universidade de Madrid.

FUNDAMENTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE NAS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

(Wagner Adilson Tonini)

O artigo 69 da Lei Federal nº 9.099/95 estabeleceu, em seu parágrafo único, que a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado, não impondo prisão em flagrante ao autor do fato, nem exigindo fiança, desde que seja imediatamente encaminhado ao Juizado ou assuma o compromisso de comparecimento.

Delineou o legislador a regra basilar que, todavia, comportará exceções por exclusão, bastando ao aplicador, no caso a autoridade policial, exercer o raciocínio da subsunção lógica do caso concreto às hipóteses não permissivas, previstas como excludentes procedimentais, dentro do próprio texto legal. Não sendo possível o encaminhamento imediato do autor ao Juizado e/ou não querendo este ser encaminhado nem assumir o compromisso de comparecimento, **ou não podendo assumir o compromisso**, só restará sua autuação em flagrante delito.

I - A embriaguez como fundamento

A embriaguez pode ser invocada sempre como o fundamento mais provável para alicerçar uma lavratura de auto de flagrante delito. Mas será necessário fundamentar porque a embriaguez costuma ser dividida em quatro fases distintas, a saber:

a) Fase do macaco — o indivíduo fica relaxado ou festivo, e a embriaguez não sendo completa lhe permite consciência de seus atos. Nesta fase ele pode praticar o crime de desacato, a nosso ver e s.m.j., justamente porque tem lucidez relativa e suficiente para ser responsabilizado por seus atos. Pela mesma razão poderá assumir o sério compromisso de comparecer perante o Juízo. Mas alguns poderão demonstrar inequívoco descompromisso, comportando-se de modo inconveniente, fazendo gracejos, divertindo-se. Estará rompido o compromisso, devendo a autoridade apenas fundamentar a circunstância e lavrar o auto de flagrante.

b) Fase do leão — nesta fase o indivíduo fica valentão e agressivo, e embora a embriaguez não seja completa, alguns poderão **não** ter consciência de seus atos. Outros terão esta consciência, nas mesmas condições, o que certamente tornará difícil vislumbrar a linha tênua que o separará da lucidez. Daí que a jurisprudência se divide no que tange ao crime de desacato praticado nesta fase da embriaguez. Enquanto uns admitem em tese, outros não o admitem. Do mesmo modo, a autoridade policial deverá usar de argúcia para auferir se é possível e viável um compromisso frutífero. Será necessário ao menos que o indivíduo se recomponha em algum momento. Caso contrário só restará o flagrante delito, seja pelo fato de menor potencial ofensivo, seja pelo desacato se houver, ou tão-só pela contravenção de embriaguez.

c) Fase do porco — nesta fase o indivíduo perde o controle até em relação às suas

funções fisiológicas. Certamente não saberá o que diz ou o que faz. Não poderá assumir compromissos.

d) Fase comatosa — o indivíduo está à beira da morte, sendo necessário socorro médico urgente. Também não poderá assumir compromissos mas está mais para caso médico do que policial.

II - Maus tratos

Já tivemos a oportunidade de fundamentar um flagrante de maus tratos em face da embriaguez do acusado. No caso concreto tínhamos três hipóteses:

a) Autuação em flagrante por tortura, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (o dispositivo ainda estava em vigor), o que não seria o caso, primeiro porque o excesso não era tão grave e depois porque o único sustentáculo de uma família, com sete filhos, não poderia recolher uma fiança, agravando um problema social. A norma penal, ao reprimir uma conduta, visa à recomposição das relações sociais, não sua desestabilização.

b) Termo circunstanciado, que não cumpriria seu papel de repressão penal naquele momento e naquele caso, primeiro porque o autor estava beberraz, e depois porque procurava maliciosamente intimidar a vítima com o modo de olhar e falar. Situava-se entre a primeira e a segunda fase da embriaguez.

c) Autuação em flagrante por maus tratos, já que sua embriaguez e seu comportamento prejudicavam a seriedade de um compromisso. Ademais, embora preso, poderia refletir sobre sua conduta, possibilitando ainda a retomada do equilíbrio social pela repressão penal em fase pré-processual e pela satisfação de segurança dada à vítima e à sociedade. O autor exibiu fiança no dia seguinte, garantindo o Juízo penal, e voltou à vida social e ao trabalho, respondendo o processo em liberdade. Esta foi a solução.

III - Embriaguez como infração penal

A embriaguez é contravenção de perigo, não exigindo dano efetivo, senão por exaurimento, ou havendo concurso aparente de normas, a ser solucionado por um dos princípios que o informam. Não requer dolo nem culpa, como elemento subjetivo do tipo, uma vez norteada pela vala comum que assiste aos crimes anôes: a voluntariedade. O tipo contravençional é misto alternativo, de múltipla ação ou de conduta variável ou fungível, com previsão de mais de uma figura (escândalo **ou** perigo à segurança própria **ou** alheia), as quais realizadas em conjunto ou isoladamente, infringem o preceito primário incriminador, que aciona a engrenagem da sanção penal retributiva.

Vê-se que a natureza desta infração penal pode gerar um choque irremediável com a necessidade de um compromisso de responsabilidade do autor. Afinal, será sempre possível exigir-se um compromisso sério de

um ébrio ou beberraz?

Muitos alcoolizados, após a "ressaca", lembram-se muito bem das coisas erradas que fizeram. Outros lembram-se vagamente. Outros de nada se recordam. Por tais razões a autoridade policial deverá avaliar as circunstâncias do fato e sua gravidade, bem como as condições gerais do autor, para deferir-lhe ou não o compromisso. Se negar deverá fundamentar, da mesma forma que o faz quando nega uma fiança.

IV - Classificação de lesões

Só para exemplificar e fortalecer nossa argumentação, vale lembrar artigo da lavra do delegado **João Carlos de Souza**, publicado na *Revista da ADPESP* nº 15, de junho de 1988, pp. 38-40, onde o autor defende, com muita propriedade, a tese de que primeiramente cabe ao delegado de Polícia, no inquérito, e depois ao juiz de Direito, no processo, avaliar a gravidade jurídico-penal de uma lesão corporal, classificando-a como leve, grave ou gravíssima. E afirma: "*Aos médicos-legistas compete efetuar as afirmações médicas; aos juristas, as conclusões jurídicas, baseadas nas afirmações médicas, estas cotejadas com o elencado no Código Penal*".

A comparação é útil porque também em matéria de embriaguez, e aí é nossa tese, é a autoridade policial, inicialmente, e a judicial, conclusivamente, quem poderão definir a extensão e conseqüências jurídico-penais da embriaguez, por si mesma, enquanto contravenção penal, ou seus reflexos sobre outros delitos de menor potencial ofensivo, e eventuais mudanças procedimentais, quais sejam: termo circunstanciado, B.O. para inquérito, ou auto de prisão em flagrante delito.

V - Lesões corporais e outros delitos

Em casos de lesões dolosas ou culposas, direção perigosa, ameaça, etc., poderá ser utilizado o mesmo raciocínio jurídico, pela lógica e pela técnica. Bastará fundamentar quanto à impossibilidade de creditar ao autor um compromisso sério que poderá descumprir. Caso a caso, procurando separar o joio do trigo, a autoridade só admitirá compromissos quando sentir consciência e responsabilidade do autor, embora a embriaguez.

VI - Ato infracional

Para que melhor se possa compreender a extensão do nosso postulado, e ainda por argumento, temos comparação de hipótese que se ajusta com correção ao problema. No Estatuto da Criança e do Adolescente, existe a previsão legal de entrega do adolescente infrator, em determinados casos, ao seu responsável legal. Mas e se este "responsável" comparece embriagado ou drogado à repartição policial ou adota comportamento





inadequado? Fundamentando, é possível não lhe auferir compromisso de apresentar o adolescente ao Juizado, fazendo então o encaminhamento, salvo se houver a presença de algum outro responsável legal.

VII - Fuga e omissão de socorro

Além da embriaguez, a fuga ou omissão de socorro podem comprometer seriamente a credibilidade de um compromisso, mesmo que o autor se proponha a esse fim. Alguns poderão alegar que se trata de di-

reito público subjetivo do autor do fato, imposição indeclinável da norma legal. Discordaremos, porque o legislador quis deferir compromisso às pessoas responsáveis, capazes de assumir e depois cumprir. Não quis beneficiar o autor de má-fé, que foge para não assumir responsabilidade. Tanto é verdade que previu as hipóteses de retomada do procedimento comum (inquérito policial) se o autor do fato não for encontrado para ser citado (parágrafo único do art. 66, da Lei nº 9.099/95). Quem garante que o autor que no início se evadiu ou tentou se evadir, ou não prestou socor-

ro, se deixará encontrar posteriormente?

VIII - Conclusão

São algumas hipóteses em que, s.m.j., o autor do fato não poderá assumir o compromisso a que alude o parágrafo único, do art. 69, da Lei nº 9.099/95. Tal é nosso entendimento, para fomentar uma discussão que pode levar a uma aplicação mais justa da lei nova, para autores de fatos puníveis, mas também para a sociedade.

O autor é delegado de Polícia em São Paulo.

JUSTIÇA CRIMINAL X VERBO PODER

(Paulo Sérgio Cornacchioni)

O passado recente tem sido marcado por frenética e amadora produção legislativa na área penal e processual penal.

Irritado, o jurista se queixa com veemência da edição de tantas leis tecnicamente deficientes.

Mas o legislador nada reclama do jurista, malgrado por vezes tenha motivos de sobra para fazê-lo.

Com efeito, há décadas, quase toda vez que o legislador diz "pode", o jurista teima em ler "deve".

Tratando do *sursis*, por exemplo, o art. 77 do Código Penal diz que a pena "poderá" ser suspensa. Mas o jurista se apressa em interpretar o comando, recorrendo sobre um tal "direito subjetivo do réu", para concluir que a pena "deverá" ser objeto de suspensão.

Também no perdão judicial, previsto nos delitos culposos de homicídio e lesões corporais, onde a lei diz "poderá" e o jurista insiste em ler "deverá".

Diferente não é a situação do *privilegio* nos crimes de furto e estelionato: o "pode" do legislador vira "deve" nas mãos do jurista.

Bastou a recente edição da Lei nº 9.099/95 e o jurista já se arvorou em renovar a celeuma.

Disse o legislador, quando se cuida de infrações de menor potencial ofensivo, que o Ministério Público "poderá" propor a *transação penal* (art. 76). E adivinhem o que diz o jurista a tal propósito? Fácil: a *transação* "deverá" sempre ser proposta.

Mais adiante, no art. 89, a nova lei uma vez mais usa o verbo "poder" — o Ministério Público "poderá" propor a suspensão do processo. Sem surpresa: na leitura do jurista também aqui já vem aparecendo o "deverá".

Como se vê, cuida-se de antigo descompasso entre o que escreve o legislador e o que lê o jurista.

O problema, de início, convida a cogitar de uma possível reforma lingüística, ainda pouco conhecida, que quiçá haja modificado a significação do verbo "poder".

A hipótese, no entanto, é logo afastada quando se observa que mesmo as edições mais recentes de renomados dicionários nada trazem a respeito.

Mas a suposição não seria mesmo razoável, já que em outros tantos dispositivos o legislador diz "poderá" (v.g., no § 2º do mesmo art. 89) e para espanto geral do jurista interpreta o vocábulo como "poderá" mesmo.

Parece até picuinha do jurista, para aborrecer o legislador. Mas também não se pode acreditar que o jurista fosse perder tempo criando caso com o legislador, quando há tanta lei e doutrina por discutir.

A falha de comunicação entre a lei e o jurista precisa, contudo, ser entendida e resolvida. Afinal, como é que o legislador fará quando quiser realmente estabelecer uma faculdade (um "poder") e não uma obrigação (um "dever")?

Eventuais sugestões serão bem-vindas e poderão ser encaminhadas ao Congresso Nacional.

O autor é promotor de Justiça em São Paulo e diretor do Instituto de Estudos de Direito e Cidadania (IEDC).

"I SEMINÁRIO CEARENSE DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL"

(IV SEMINÁRIO REGIONAL DO IBCCrim)

O **IBCCrim**, em conjunto com a **Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, estará realizando seu IV Seminário Regional em Fortaleza, que contará com a seguinte programação:

27.11.97 (noite)

Abertura: **William Terra de Oliveira**

Palestra:

"Crimes de Responsabilidade dos Prefeitos"

Palestrante: **Rui Stoco**

Debatedores: **Carlos Facundo e Meton Cesar Vasconcelos**

28.11.97 (manhã)

Palestra:

"Política Nacional de Proteção aos Direitos Humanos"

Palestrante: **Flávia Piovesan**

Debatedores: **Adauto A. S. Suannes e José Filomeno de Moraes Filho**

28.11.97 (tarde)

Palestra:

"Penas Alternativas"

Palestrante: **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo**

Debatedores: **Beatriz Rizzo Castanheira e Cesar Barros Leal**

28.11.97 (noite)

Palestra:

"Crimes Contra a Ordem Tributária"

Palestrante: **Hugo de Brito Machado**

Debatedores: **Roberto Podval e Francisco de Araújo Macedo**

29.11.97 (manhã)

Palestra:

"Reformas Penais Recentes"

Palestrante: **Alberto Silva Franco**

Debatedores: **Maurides de Melo Ribeiro e Gilson Viana Martins**

Inscrições: (085) 216-2630 e 216-2633

EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA: JUÍZO COMPETENTE

(Vera Regina de Almeida Braga)

A Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, modificou a forma de execução da pena de multa aplicada aos autores de ilícitos penais e contravencionais. A pena de multa, antes do advento dessa lei, convertia-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixava de pagá-la. Com a entrada em vigência da lei, a pena de multa, quando não quitada pelo condenado, passou a ser considerada como dívida de valor, cuja cobrança ocorre nos moldes estabelecidos pela legislação relativa à Dívida Ativa da Fazenda Pública.

A Dívida Ativa, nos termos do art. 201, do Código Tributário Nacional, constitui crédito de natureza tributária, quando regularmente inscrito na repartição administrativa competente, depois de esgotado o praxe fixado para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

A inscrição do crédito em repartição administrativa competente erige-se no principal requisito para que a Dívida Ativa possa ser constituída. Após esgotar-se o prazo para que o devedor pague o seu débito, faz-se a inscrição do crédito.

O art. 51, do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.268/96, preceitua que, transitada em julgado a sentença condenatória, a multa passa a ser considerada como dívida de valor, e sua cobrança será feita nos moldes da legislação pertinente à cobrança de Dívida Ativa da Fazenda Pública.

A cobrança de Dívida Ativa da Fazenda Pública é feita após a inscrição do crédito na repartição administrativa competente, nos termos do art. 201 do Código Tributário.

A lei impõe, como condição para inscrever a dívida como sendo Dívida Ativa da Fazenda, o término do prazo para seu pagamento. Essa condição obriga a cobrança da multa aplicada ao agente condenado por crime ou contravenção. O devedor que, após ser cobrado, não efetuar o pagamento, constituindo-se em mora, terá sua dívida inscrita na repartição administrativa competente.

A inscrição da Dívida Ativa exige, ainda, entre outros requisitos, que se fixe o valor da quantia devida. Essa quantia é apurada após a liquidação da sentença condenatória penal, com trânsito em julgado.

Para saber-se o valor da multa devida pelo condenado e, para constituí-lo em mora, deve-se aplicar, antes de se inscrever a dívida, o art. 50 do Código Penal. O juízo da execução terá de efetuar a liquidação da sentença e, após realizar sua homologação, citar o condenado para que efetue o pagamento no prazo de dez dias.

Transcorrido o prazo, sem que o condenado quite a multa, aplicar-se-á o disposto no art. 51 do Código Penal, ou seja, extrair-se-á certidão da conta de liquidação, remetendo-a para que a autoridade competente efetue a inscrição do crédito, a fim de constituir Dívida Ativa da Fazenda Pública, visando-se iniciar a cobrança.

Há necessidade de se saber quem é a autoridade competente para receber a certidão e efetuar a inscrição da dívida. A pena de multa consiste, nos termos do art. 49 do Código Penal, no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença condenatória penal.

Há o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, criado pela Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, e o Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo - Funpesp, instituído pela Lei nº 9.171, de 31 de maio de 1995.

As receitas do FUNPESP, como se pode verificar pelo disposto no art. 2º da Lei nº 9.171, de 31 de maio de 1995, são constituídas, entre outros recursos, pelos valores transferidos pelo FUNPEN e pelas quantias provenientes das multas penais aplicadas pelos órgãos judiciais do Estado, nos termos dos arts. 49 e 50 do Código Penal.

Os valores das multas impostas nas sentenças penais proferidas por juízes estaduais destinam-se a constituir receitas do FUNPESP. Conseqüentemente, a autoridade estadual é a competente para inscrever a dívida proveniente das multas penais não pagas, bem como para cobrá-las.

Entre as autoridades estaduais, necessita-se saber qual é a competente para inscrever e cobrar a Dívida Ativa da Fazenda Pública. Essa competência é estabelecida pela Constituição Estadual do Estado de São Paulo que prevê no seu art. 99: "*São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado: ... VI - promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual.*"

A Procuradoria Geral do Estado possui competência, no âmbito do Estado de São Paulo, para promover a inscrição e cobrança da Dívida Ativa do Estado. Trata-se de competência estabelecida pela Constituição do Estado de São Paulo, fator impeditivo para que qualquer outra instituição estadual possa promover e cobrar a Dívida Ativa do Estado.

Transitada em julgado a sentença condenatória penal, efetuada e homologada a conta de liquidação, e não tendo o condenado efetuado o recolhimento da multa no prazo de dez dias, contados da data da sua citação para o pagamento, o juízo da execução terá de remeter certidão da conta de liquidação à Procuradoria Geral do Estado, para que a inscrição da dívida seja feita, e dê-se início à execução.

A competência para a execução desloca-se do Ministério Público para a Procuradoria Geral do Estado. O Ministério Público passa a ser parte ilegítima para promover a execução da pena de multa imposta ao condenado, após essa transformar-se em dívida de valor, realizada a inscrição devida. Ocorre esse fato porque a competência da Procuradoria Geral do Estado é constitucional, sendo estabelecida pelo inc. VI, do art. 99, da Constituição do Estado de São Paulo.

Inscrita a dívida, sua cobrança obedecerá às normas previstas pela legislação relativa à

Dívida Ativa da Fazenda Pública, nos termos do art. 51 do Código Penal. A Lei nº 6.830, de 22.09.80, dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Ajuizada a execução fiscal para cobrar a dívida ativa proveniente da multa, objeto de condenação pelo cometimento de crime ou de contravenção, surge a primeira questão: **qual é o juízo competente para conhecer da execução ajuizada pela Procuradoria Geral do Estado?**

O art. 5º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1990, preceitua: "*A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.*"

O juízo da Fazenda Pública é, na comarca da capital do Estado de São Paulo, o das varas fazendárias, e nas demais comarcas do Estado, onde não houver vara fazendária, é o das varas cíveis.

Pode-se argumentar que não há menção expressa quanto à exclusão dos juízos criminais e, assim, as varas de execução criminal seriam competentes para conhecer das ações de execução fiscal movidas pela Procuradoria Geral do Estado, quando se tratar de Dívida Ativa oriunda de sentença penal condenatória.

A Lei nº 6.830 entrou em vigência no dia 21 de dezembro de 1980. Nessa data, a multa oriunda de condenação pelo cometimento de ilícito penal ou contravencional não era considerada dívida de valor, bem como não constituía Dívida Ativa da Fazenda Pública, na hipótese de não ser paga pelo condenado. Não havia, nessa data, cobrança da multa penal a ser feita pela Fazenda Pública e, assim, o legislador não poderia determinar expressamente que o juízo da execução criminal perderia a sua competência para o juízo da Fazenda Pública.

O intérprete da lei não pode deixar de levar em consideração a intenção do legislador. O legislador, na confecção da Lei nº 6.830/80, manifestou a intenção inequívoca de determinar que o juízo da Fazenda Pública seria o único competente para conhecer e julgar dos executivos fiscais movidos para cobrar Dívida Ativa da Fazenda Pública. Se o legislador não tivesse tido essa intenção, não teria explicitado que o juízo da Fazenda Pública excluía qualquer outro, inclusive os que atraíam todos os tipos de ações, tais como o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

A intenção do legislador foi processar os executivos fiscais nos juízos privativos da Fazenda Pública. A pena de multa passou a ser considerada como dívida de valor e constituinte de Dívida Ativa da Fazenda Pública. A cobrança dessa dívida de valor passou a ser feita através de executivo fiscal. Conseqüen-





temente, o juízo competente é o da Fazenda Pública.

Poder-se-ia afirmar, ainda, a impossibilidade da execução fiscal, pertinente à dívida ativa oriunda da pena de multa aplicada em virtude de infração penal ou contravenção, ser conhecida e julgada por juízo que não seja o da execução criminal, porque o executado poderá arguir em sua defesa matéria pertinente à nulidade do processo penal originário e o juízo da Fazenda Pública não poderá decidir essa questão, sob pena de invadir esfera de competência exclusiva da Justiça Penal.

Essa argumentação, que a princípio poderia impressionar, não apresenta fundamentação jurídica. Trata-se de raciocínio que não pode ser acolhido para determinar que a competência da execução do executivo fiscal pertença ao juízo das Execuções Criminais.

O § 2º do art. 16 da Lei nº 6.830, de 22 de

setembro de 1980, prevê: *"No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e o rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite"*.

Matéria útil à defesa pode abranger várias alegações, tais como: nulidade do processo penal que condenou o executado à pena de multa, a qual deu origem à dívida ativa que está sendo cobrada por meio de executivo fiscal, por força do art. 51, do Código Penal; prescrição da pretensão executória da pena de multa; decisão judicial contrária à prova dos autos, ou, ainda, qualquer alegação que envolva decisão proferida no juízo criminal.

O art. 1º da Lei nº 6.830/80 determina: *"A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil"*.

O Código de Processo Civil, no art. 265, inc. IV, letra "b", determina que o processo

será suspenso quando a decisão somente puder ser proferida após a verificação de determinado fato em outro juízo.

Efetuada qualquer alegação, em sede de embargos à execução, que determine a desconstituição da decisão proferida perante o juízo criminal que originou a inscrição da Dívida Ativa, o juízo da execução suspenderá o processo até que ocorra pronunciamento do juízo criminal competente a respeito da matéria alegada pelo embargante.

A cobrança da multa oriunda de condenação pelo cometimento de ilícito penal ou contravenção será, portanto, feita no juízo da Fazenda Pública. A vara de execuções criminais é incompetente para conhecer e julgar dos executivos fiscais movidos pela Procuradoria Geral do Estado com finalidade de cobrar Dívida Ativa oriunda de condenações proferidas pelos juízos criminais.

A autora é advogada em São Paulo e mestra em Direito Penal pela USP.

COM O ART. 366 DO CPP, O RÉU CONSEGUE PARALISAR O PROCESSO

(Doorgal Gustavo B. de Andrada)

A edição do novo art. 366 do CPP, a par de todas melhorias que as reformas do CPP e CPC vêm possibilitando, parecidos, afastou-se da experiência comum. Está a reduzir a rapidez da prestação jurisdicional ou mesmo impedi-la de realizar-se.

Alterando os arts. 366/370 do CPP, a Lei nº 9.271/96 prestigiou demasiadamente o formalismo, talvez, prejudicando a finalidade do processo e fugindo à nossa realidade judiciária.

Dentre outros comandos, o art. 366 agora prevê que não sendo encontrado o réu e feita a citação por edital, não constituindo advogado nem comparecendo para interrogatório, terá o juiz que decretar a **suspensão do processo** e do prazo prescricional, podendo colher as provas e determinar a prisão preventiva.

Considerando a tendência atual do Direito Criminal, a prisão preventiva raramente será decretada, sobretudo não sendo crime de alto potencial ofensivo e mesmo que decretada, não há certeza do cumprimento.

O legislador, ao aprovar esta norma, inspirou-se em modernos estudos e tratados internacionais (sobretudo o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), no entendimento maior da ampla defesa: só pode ser processado quem estiver ciente da acusação lhe imputada.

Mas a lei optou por um formalismo excessivo, ao nosso modesto ver, propiciando margem à deturpações graves. Na prática, ficou fortalecida a "impunidade".

Haveria de permitir pelo menos a continuidade do feito com revelia, se o réu esteve **preso** e recebeu liberdade provisó-

ria, ou **compareceu** ao inquérito, ou o fato foi amplamente **divulgado** na imprensa. Nestes casos ele teve notícia da existência da persecução penal.

Mas ante a nova sistemática, mesmo tendo comparecido ao inquérito, ou que seus familiares, a vítima, a polícia e os vizinhos saibam do seu paradeiro, basta não se permitir ser citado e obrigará o Judiciário à paralisação do processo.

Não existe um cadastro nacional de dados sobre condenados e muito menos sobre os processos suspensos. Então, vindo um réu ser preso noutra comarca, continuarão mesmo assim suspensos os demais processos. Verdadeiro prêmio ao réu de má-fé.

Em linhas gerais, ampliou-se a regra há muito criticada, do art. 413 do CPP, que impede o julgamento pelo Tribunal do Júri sem intimação pessoal da pronúncia.

Possivelmente um leigo mais apaixonado diria que as posições se inverteram. Agora, quando solto, é o acusado quem decide se vai ou não ser processado perante a Justiça Criminal, não mais o contrário.

Concluimos, diante desta situação, a função dos Correios, nos parece, passou a ter maior relevância e eficácia que a do oficial de Justiça.

Quando aquela empresa entrega a qualquer morador a cobrança/conta, seja de água, bancos, luz, telefone, etc., o titular da dívida não se insurge contra a empresa credora dizendo que não lhe foi entregue pessoalmente. Já perante o Judiciário, afasta-se de prestar contas à Justiça Criminal se não for encontrado pessoalmente para receber a citação.

Defendemos que o CPP e o CPC assimi-

lem a realidade incluindo definitivamente como válida a citação e intimação do réu ou testemunha quando entregue carta com aviso de recebimento ou o mandado do oficial a qualquer das pessoas moradoras no endereço fornecido à Justiça, à Polícia ou outro órgão público.

A norma legal deve refletir a vida real, voltada para nosso mundo, e não para dogmas e abstrações doutrinárias que prejudiquem a efetivação da jurisdição.

Afinal, ninguém crê que o cidadão médio, moradores/familiares do réu, respeitadores das cobranças enviadas pelos Correios, não irão entregar uma carta registrada ou mandado de citação/intimação (com timbre da Justiça) ao interessado. Se não o fizerem por respeito e consideração, o farão certamente surpresos ou por curiosidade.

Temos, o que deve importar, é a ciência da acusação a ser dada ao réu, mesmo informal, e não condicionar o interesse público da ação penal à necessidade da entrega pessoal da notícia ao acusado, que nem a deseja. Aliás, esta adequação da lei aos tempos de hoje já ocorre na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais.

Mas, a perdurar o art. 366, as ações penais só prosperarão se os denunciados assim concordarem. Calculamos dentro de um ano, provavelmente, para as Varas Criminais terem enorme número de processos suspensos com réus impunes, sobretudo nas maiores cidades.

O autor é juiz de Direito em Uberaba/MG e professor universitário.

CESTA BÁSICA: PENAL LEGAL?

(Ronaldo Leite Pedrosa)

Com o advento da formidável Lei dos Juizados Especiais Criminais (nº 9.099/95, arts. 1º, 2º, 60 a 97), iniciou-se uma nova era na sistemática penal e processual penal brasileira, para os delitos abrangidos pelo referido diploma legal.

Na aplicação da lei destacam-se os arts. 76 e 89, § 2º, que cuidam, respectivamente, da transação e da suspensão condicional do processo. Iremos focar nosso pequeno esboço especificamente no que diz respeito a uma pena alternativa, transacionada entre as partes, qual seja, a imposição da obrigação de fornecer cestas básicas de alimentação ou remédios para entidades diversas.

Apesar de não ser novidade em nossa realidade jurídica, pois, mesmo antes dessa lei (a que passaremos designar LJE), ainda sob a ótica do Código Penal, tribunais de nosso País já vinham admitindo, como espécie de prestação de serviços à comunidade, dita doação. Todavia, já com mais de um ano de aplicação do novo ordenamento jurídico, passamos a encontrar, a todo o momento, e em todo o território nacional, o acordo celebrado pelas partes, e homologado pelos juízes, relativamente à observada obrigação.

Como sói acontecer com novos institutos, de início, as resistências começam tímidas para, dali a pouco, ganharem proporções de contestação, até que as idéias, pelos debates, sejam amadurecidas, e tanto a doutrina quanto a jurisprudência se pacifiquem ou, ao menos, fixem suas interpretações. E, visando dar o pontapé inicial nessa peleja, apresentamos nosso pensamento, fruto não só da reflexão intensa sobre os argumentos de cunho técnico, mas também embasado na experiência da prática rotineira desse hábito.

Temos ouvido ponderações de respeitabilíssimos estudiosos do Direito, mormente aqueles do Direito Constitucional e do Direito Penal, apegados ao entendimento de que a aplicação dessa obrigação de dar cestas básicas, como prestação de serviços à comunidade está inteiramente sem amparo legal. Arguem o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, XXXIX) e o infra-constitucional, em igual padrão, da anterioridade da lei (art. 1º do Código Penal). Afirmam, também, que a regra que define o que se entende por *prestação de serviços à comunidade* é a do art. 46 da lei material penal, ferindo-se o devido processo legal (art. 5º, LIV), quando da admissão dessa nova pena. Pois bem, vamos ao elenco de razões que, com a devida vênia, nos levam a entender e sustentar exatamente o oposto do que foi acima alegado.

Partindo do mesmo diploma legal que anima os primeiros opositores de nossa tese, ou seja, da Constituição Federal, desde logo desejamos deixar claro que não é possível (ou, ao menos, não é recomendável) que, ao se fazer a interpretação de um texto legal, seja de que nível for, não se adotem os métodos sistemático e teleológico de hermenêutica. E, tomando a Lei Maior, verificamos que não são apenas aqueles incisos referidos do art. 5º (XXXIX e LIV) que tratam da matéria. Aliás, eles dão, em interpretação sistemática, as regras gerais, de-

sendo ser buscada a existência, ou não, de regras específicas. E nós as encontramos.

Visando adentrar no espírito da nossa Carta Política, é indispensável começar pelo seu próprio preâmbulo, que assim relata:

"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias..."

Em seguida, há que se trazer à lembrança os textos dos incisos dos quais nos socorremos, a saber:

CF, art. 5º...

"XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

...(omissis)

d) prestação social alternativa;

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

Ao lado desses comandos, recordamos (nessa caminhada para a interpretação sistemático-teleológica) o texto do art. 3º da Carta Máxima, que estatui:

"Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

...(omissis)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação."

Conjugando tais regras com o art. 76 da LJE (que prevê a aplicação imediata de *pena restritiva de direitos ou multas* — no plural mesmo), encontramos o fundamento legal da validade de tais acordos homologados judicialmente, de doação de cestas básicas.

O inc. XLVI determina que, *entre outras* sanções, deverá haver a de *prestação social alternativa*. Logo em seguida, o primeiro parágrafo desse art. 5º estabelece que tais preceitos entram em vigor *imediatamente*. Essas normas vêm clareadas pelas luzes dos princípios maiores, contidos no já citado art. 3º, bem como no comando exegetico da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina ao juiz, ao aplicar a lei, atender aos fins sociais e ao bem comum.

Ora, se é a Constituição Federal que impõe a existência de *prestação social alternativa*, sem, contudo, delimitá-la; se essa prestação social é *diversa* (ou, ao menos, especial), em relação à prestação de serviços à comunidade do Código Penal; se, por outro lado, tal sanção é de vigorar *imediatamente*; se a LJE traz conceitos de natureza processual mas, também, de *natureza penal* (entre esses, as penas do art. 76); se a Constituição Federal exige a *individualização da pena* (ou seja, a atividade do magistrado que deve

tornar adaptável a pena às realidades subjetivas do réu com que se defronta, no ensinamento lapidar de **Celso Ribeiro Bastos**); se a Exposição de Motivos 0211, de 09.05.83, no item 26, já defendia a *"...busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade, ou crimes menos graves"*; se, ainda dentro da sistemática da LJE, o § 2º do art. 89 possibilita ao juiz a aplicação de *outras condições*, desde que adequáveis ao fato e à situação pessoal do acusado; e se, enfim, todos esses comandos legais têm que estar embasados *nos princípios do art. 3º da CF*, não nos parece, em absoluto, inexistir fundamento legal para que as partes componham, como pena antecipada, a prestação de serviços à comunidade, e que essa prestação, devendo ser *social alternativa*, como determina a Constituição, seja sob a forma de doação de cestas básicas de alimentos e/ou remédios (ou outras, desde que adequadas ao fato e à personalidade do agente) a entidades diversas, para, finalmente, ser homologada pelo magistrado.

Essa prestação de serviços à comunidade, prevista no art. 76 da LJE obedece à amplitude que a Constituição Federal permite, tornando-se uma nova espécie de sanção. Como é evidente, a lei não contém palavras inúteis. Muito menos a Lei Maior. Se ela fala em prestação social *alternativa*, com tal adjetivação do substantivo, quis dizer a Carta da existência de *outra* prestação, *diversa* das já presentes. Caso contrário, repetiria, pura e simplesmente, a redação já consagrada do art. 46 do Código Penal. Mas, não. Inovou o legislador constituinte. E o legislador infra (o do art. 76 da LJE) deu substância ao princípio da prévia cominação legal da pena. Além disso, dispôs *posteriormente* ao Código Penal e, nesse particular, pela norma da Lei de Introdução ao Código Civil, a teria derogado, por tratar de maneira diversa aquela parte específica da sanção, para os delitos abrangidos pela LJE.

Tal interpretação, como vimos, não é exclusiva de nosso Direito brasileiro. Se buscarmos, em breve estudo de Direito comparado, o Código do Processo Penal português, vamos encontrar, no art. 281, II, "c", a injunção, ao arguido, da conduta de *"entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia"*. Logo, está, também alicerçada a idéia que defendemos em regras alienígenas moderníssimas.

Por outro lado, nossa melhor doutrina se inclina favoravelmente à interpretação acima. Como opinião em conformidade com a nossa, sem, contudo, descer à análise feita, mas que demonstra a brecha legal para aceitação da cesta básica, pois vincula o rol de penas ao já estudado art. 5º da Lei Maior, citamos as respeitabilíssimas opiniões de **Ada Pellegrini** e outros:

"Mas isso não quer dizer que a pena restritiva de direitos possa ser buscada além do rol indicado pelas alíneas do inc. XLVI do art. 5º, CF, com as especificações do art. 53 ss., CP, excluídas, naturalmente,





a pena privativa de liberdade" (p. 127)⁽¹⁾.

Na continuidade, encontramos os seguintes ensinamentos de outros abalizados doutrinadores dos quais, apenas para exemplificar, destacamos os seguintes trechos:

"Cumpra destacar, a propósito, a condição fixada pela Lei do Juizado Criminal do Estado do Mato Grosso do Sul, prevendo a entrega de cesta básica pelo infrator, no auxílio do combate à fome e à miséria" (**Lucas Pimentel**, dando a conotação de aceitar a idéia geral que defendemos, p. 73)⁽²⁾.

"Podem ser citados como exemplos de condições facultativas as de: ...entregar ao Estado ou a instituições de auxílio comunitário cestas básicas de alimentos ou medicamentos..." (**Mirabete**, relativamente a condições de suspensão, p. 162)⁽³⁾.

"...a prestação de serviços à comunidade, quando possível, passou a ser substituída por cestas básicas de alimentos, de remédios, de produtos de limpeza, colchões, cadeiras de roda, combustível, cobertores, etc... A repercussão social dessas sanções são impressionantes, assim como a economia, o grau de aceitação e de execução, etc. Muitos litígios civis também são evitados. E a pertinência constitucional é indiscutível. No art. 5º, inc. XLVI, estão previstas as prestações sociais alternativas" (**Luiz Flávio Go-**

mes, trazendo, tal como **Ada**, a certeza da substância constitucional da pena alternativa, p. 184)⁽⁴⁾.

Por último, a fim de não cansar em demasia o leitor, trazemos à lembrança a informação de **Maurício Kuehne** e outros (p.152), relativamente à Reunião do Conselho Nacional dos Procuradores, de 06 e 07.03.96, em Brasília:

"Doação de cestas básicas ou bens como pena alternativa ou condição de suspensão do processo. É recomendável a doação de cestas básicas ou bens a entidades filantrópicas ou de interesse social, como condição da suspensão do processo ou como pena alternativa acordada pelas partes, entendida, teleologicamente, como prestação de serviços à comunidade."⁽⁵⁾

Diante do que foi exposto, resta-nos indiscutível que existe, ao oposto do que se inicia a sustentar, perfeito e integral apoio na Constituição e na lei ordinária para a imposição de cestas básicas como pena antecipada devidamente transacionada. Como dissemos, trata-se de uma nova sistemática e, como tal, deve ser encarada, sem pruridos de qualquer espécie, sob pena de nada mudar.

Por outro lado, tal qual afirma **Luiz Flávio Gomes**, a resposta social é infinitamente positiva. Já existe o germe na cultura popular da imposição dessas doações. Infelizmente, no recente e triste episódio do

atropelamento de um jovem em Brasília, pelo filho de um ex-ministro de Estado, parte da mídia, erroneamente, deu destaque negativo à solução do litígio, como se tivesse havido apenas a imposição das cestas básicas às entidades estatais, deixando de falar que houve composição dos danos, com pagamento à família da vítima de vultosa quantia em dinheiro.

O fato é que, em nossa modesta obra **Juizado Criminal - Teoria e Prática**, já relatávamos as boas experiências advindas da aplicação desse tipo de pena consentida (p. 87). Com a palavra, os doutos defensores de idéias opostas.

(1) **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes & Luiz Flávio Gomes. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**, Revista dos Tribunais, 1ª ed., 1995.

(2) **Lucas Pimentel de Oliveira, Juizados Especiais Criminais**, Edipro, 1ª ed., 1996.

(3) **Júlio Fabrini Mirabete, Juizados Especiais Criminais**, Atlas, 1ª ed., 197.

(4) **Luiz Flávio Gomes, Suspensão Condicional do Processo**, RT, 1ª ed., 1995.

(5) **Maurício Kuehne, Félix Fischer, Fábio André Guaragni & André Luiz Medeiros Jung, Lei dos Juizados Especiais Criminais**, Ed. Juruá, 1ª ed., 1996.

O autor é juiz de Direito em Carmo/RJ e professor universitário.

O ÍNDIO, A JUÍZA E OS JUÍZOS

(Ariosvaldo de Campos Pires)

A decisão da juíza **Sandra Mello** no caso do índio **Galdino** traz à tona uma questão de relevo: a dificuldade de assegurar a determinados réus um julgamento sereno e isento.

No seu **Historical Trials**, Sir **John Macdonell** mostra que, em todas as épocas, o julgamento dos "odiados" sempre trouxe problemas para juízes e advogados. A sua origem, segundo ele, está na ignorância, medo, temor e ódio, ingredientes propícios a transformarem um julgamento em expedição punitiva.

No caso do índio, os juízos críticos mais exacerbados foram gerados pela ignorância de dados fundamentais ao julgado, máximo sobre a natureza do crime (doloso ou culposos) e a quantidade de pena a que estão sujeitos os agressores (falou-se em mínimo de um ano, dois anos, três anos, etc.).

A partir dessas erronias, uma onda de acusações alcançou o Poder Judiciário. E a velha tecla de que a Justiça favorece a impunidade ou que só pune os que pertencem às classes menos favorecidas foi percutida com firmeza, deslembados os críticos de que, desgraçadamente, a Justiça terá de punir mais pobres do que ricos, até porque o País tem aqueles em maior número do que estes.

O objetivo que transparente desse proceder, não é difícil visualizá-lo nas pressões tendentes a influir na formação do convencimento dos juízes, esquecidos os críticos de que a avaliação dos fatos e da lei aplicável para rematar uma decisão à luz da consciência pessoal de cada julgador é condição fundamental à preservação do direito de todos a um julgamento sereno e isento.

Com efeito, nada valem as garantias constitucionais que armam a ampla defesa se os magistrados não dispuserem de independência, quando julgam.

Quanto ao aspecto jurídico, poderia a decisão ter optado por prestigiar a posição do Ministério Público e mandar o caso a julgamento perante o Júri. Como poderia entender que a morte não era desejada pelos jovens, nem mesmo eventualmente (que significa assumir o risco, admitindo a ocorrência de resultado não querido). Em outras palavras: o fato comportava, à luz do Direito, as duas soluções. A perseguida pela acusação e a adotada pela sentença. Toda a questão estaria em descobrir se os jovens insensatos queriam matar ou queriam ferir. Há razões que amparam ambas as soluções. É possível que considerações outras, de política criminal, por exemplo, tenham preponderado na escolha. Neste ponto, intento devassar o pensamento da juíza para colher o fundamento de sua decisão. Penso vê-la no desejo de evitar que os jovens, independentemente da gravidade do fato praticado, de vitimários passem também a vítimas. Optando pela competência da justiça togada, evitar-se-ia o "justicamento", que provavelmente seria o julgamento perante o Júri. Embora tribunal respeitável, não teria o colegiado popular como fazer-se imune às paixões despertadas pelo fato. E a melhor prova disso é a forma incivil como alguns críticos referiram-se à decisão, ignorando aspectos básicos do caso, a maioria considerando-a culposa (equivalente à morte no trânsito), cuja pena é de um a três anos. Não é isso. O elemento subjetivo

que a informa é um misto de dolo (a pessoa sabe o que faz) e culpa (imprudência no que faz), razão porque tal crime é chamado de preterdoloso (resultado além da vontade), merecendo a pena de quatro anos como mínimo e doze como máximo, podendo, concretamente, ser imposta em *quantum* superior ao do homicídio simples (seis a vinte anos), ou igual ao do homicídio qualificado (12 a 30 anos).

Assim, se a decisão não é tecnicamente incorreta e se a sentenciante quis impregná-la de conteúdo humano, atenta a que uma sentença penal não deve matar esperanças, crucificar sua proladora é cometer o que os seus críticos consideram que ela praticou, ou seja, uma injustiça.

Criticável seria a posição contrária, a transformar a Justiça em instrumento de vingança, que desserve o Direito e à Justiça. Ao deixar de assumi-la, formou ao lado do notável **Carvalho Neto**, que proclamou: "*A Justiça criminal já não é, no presente, instrumento de vingança e maldição, mas escudo de defesa social. Não se inspira no ódio mas no amor. Não avilta; tenta redimir. Não degrada; procura readaptar. É mais segregação do que prisão. Mais tratamento do que castigo. Em lugar do suplício, é escola. Faz da fera desgarrada um ente humano e tira das vidas infelizes ensinamentos para a felicidade. Já não será tão desgraçado... o desgraçado.*"

O autor é advogado, professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG e membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

LIBERDADE, OPINIÃO PÚBLICA E INDEPENDÊNCIA DO JUIZ

(Rogério Lauria Tucci)

Fato dos mais significativos, no âmbito da Justiça Criminal chegou, ocasionalmente, ao meu conhecimento, ao comparecer, já há algum tempo, perante o Juízo da Primeira Vara da Justiça Federal de Campinas, neste Estado, a fim de participar de audiência em processo penal no qual atuou como defensor de acusados.

Ali chegando, deparei com aparatoso movimento de jornalistas da imprensa escrita e televisiva, que se encontravam na expectativa do pronunciamento de jovem julgador — juiz substituto — em exercício na Vara, a respeito de pleito do Ministério Público Federal, pelo seu representante nela oficiante, de prisão provisória de cidadão envolvido em processo instaurado por força da imputação da prática de crime de natureza tributária e/ou previdenciária, e que, segundo amplo noticiário da imprensa nacional, teria promovido "nababesca festa" em Punta Del Este, no Uruguai, ao custo de cerca de dois milhões de dólares.

Seqüentemente à execração prévia do processado, reclamava-se, já agora, como medida dita salutarmente educativa e exemplificativa, o encarceramento do "sonegador". E, para coroamento da estrepitosa movimentação jornalística, com naturais e imediatos reflexos na opinião pública (a ele, por certo, totalmente desfavorável...), faltava apenas o esperado desfecho, consubstanciado no ato decisório de decretação da prisão preventiva do réu.

Foi quando — como sempre (e lá se vão quase 50 anos de atividade intensa e, graças a Deus, profícua!) crente na Justiça e nos seus judiciosos realizadores —, presenciei, gratificado, o gritante contraste entre a levandade dos afoitos "pré-julgadores" e a serenidade e ponderosidade do juiz, que lhe deu a inafastável e, por certo, indesejada resposta, fundamentada nos elementos de convicção constantes dos autos (e, indubitavelmente, reafirmando o imperativo da vetusta máxima *quod non est in actis no est in mondo*).

Deu a público, então, o ato decisório em referência, o jovem juiz **Friedman Anderson Wendpap** (fiz questão de guardar o seu nome), mostrando invejável independência, louvável segurança e firme consciência jurídica, ao expressar, com a conseqüente naturalidade, os argumentos determinantes da conclusão negativa.

Dentre estes, fazem por merecer transcrição, pelo menos, dois tópicos, a saber:

Em primeiro lugar, ao iniciar a parte fulcral do *decisum*, o correspondente à afirmação de que a "situação em exame é daquelas que evidenciam a importância das garantias constitucionais oferecidas aos juizes, que estrabicamente são vistas por algumas pessoas como privilégios odiosos, mas na realidade servem à sociedade e aos indivíduos, que carecem de juizes imparciais e independentes, não susceptíveis a pressões econômicas, culturais, políticas. O juiz deve estar ao abrigo da vox populi também, pois as decisões não podem ser passionais. Se as decisões judiciais viessem ao sabor de maremotos emocionais que fazem tremer a opinião pública, elas não contribuiriam para a pacificação social, pelo contrário, acirrariam o litígio. Tenho convicção profunda

quanto à finalidade do trabalho do juiz: paz social".

E, também, na parte justificativa da denegação do pleito em testilha, a enfática complementação de que, segundo a prova dos autos, "não há ameaça à ordem pública e à ordem econômica com a manutenção do réu... em liberdade, até ulterior decisão em sentença, se for condenatória. É verdade que as cifras anunciadas para a festa do Uruguai, cotejadas com as dívidas referidas nos processos penais, causam ao primeiro olhar uma consternação, com a impressão de farra a custa de lesões aos cofres públicos. Embora **Oscar Wilde** afirme que a primeira impressão é o relance mais profundo que temos da personalidade de outrem, entendo que a serenidade exigida de um juiz impede decisões baseadas em impressões perfunctórias. Ao decidir sobre a honra e a liberdade das pessoas é preciso chegar ao âmago das teses e antíteses, sendo a síntese um coroamento do processo democrático no sentido da liberdade da acusação e da defesa para expor seus argumentos e depois recorrerem a superior instância caso discordem da decisão, essa sim monocrática quando não proferida por tribunal. Evidentemente decidir contra a voz corrente da opinião pública não é fácil, porém, para um juiz é preferível estar em paz com a consciência a estar de bem com a volúvel 'voz do povo'. A rigor entendo que a festa promovida pelo réu afetou menos a credibilidade do Poder Judiciário que notícias confusas sobre a situação processual dos réus e a atuação do Ministério Público, advogados e juizes".

Quase mais nada seria preciso acrescentar a essas autênticas lições de experiência, que ganham maior vulto por serem ministradas por jovem estudioso do Direito, exceto que o assim decidido representa, como de mister, autêntico culto à liberdade, que, num Estado Democrático de Direito, deve ser a regra (e não, como na expressão de alguns julgadores, superados no tempo e no espaço, a exceção...), e, portanto, normal e perene mente contemplada pelos agentes do Poder Judiciário — juizes e tribunais.

Assim também que a opinião pública jamais deve influenciar o julgamento da causa, sobretudo a penal, em cujo âmbito pontifica o fundamento do respectivo processo, consubstanciado na assecuração da liberdade jurídica (particularmente, a física) do ser humano envolvido na *persecutio criminis*, e cujo dado mais relevante é a verdade material.

E, finalmente, que a independência do juiz se coloca como um dos mais importantes postulados da realização de Justiça, prestando-se, por isso, situações como a revelada neste breve escrito, significativo e incomensurável exemplo, a ser seguido, rigorosamente, pelos profissionais da toga, na sublime missão de aplicar o Direito ao caso concreto.

Devo aduzir, outrossim, como inafastável conclusão, que esse, ora exposto, é, inequivocamente, o papel do juiz autêntico, um verdadeiro "servidor do Direito" (na feliz expressão de **Joachín Salvador Ruíz Pérez**, *Juez y Sociedad*, Mallaga, ed. Agora, 1981, p. 202), e sempre consciente de que (já agora no dizer de **Piero Calamandrei**, *De Las Buenas Relaciones Entre los Jueces y los Abogados en el Nuevo Proceso Civil*, trad.

castel. de **Santiago Sentís Melendo**, Buenos Aires, Depalma, 1943, pp./ 128/129), "a majestade da função não torna o funcionário infalível".

Aliás, e nessa mesma linha conclusiva, não constituirá, por certo, demasia a relembração da sábia advertência do exemplo de magistrado **Mário Guimarães**, *O Juiz e a Função Jurisdicional*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, pp. 194/195, no sentido de que, embora por si própria, ela não dê valor a quem a use, a toga, "pela sua tradição e prestígio", deve ser tida pelo usuário como "mais do que um distintivo"; vale dizer, como um verdadeiro símbolo, que alerte, nele, "a lembrança de seu sacerdócio", de sorte a incutir "no povo, pela solenidade, respeito maior aos atos judiciais".

E isso — permito-me complementar —, com a independência e a altivez mostrada pelo jovem juiz federal, ao repudiar, com rigor técnico e veemência, a influência da mídia na opinião do povo e o conseqüente (e inconseqüente...) brado deste por determinado julgamento; e — o que se mostra mais expressivo, ainda —, mediante atuação, como visto, tão firme quanto neutra e imparcial, absolutamente correta e necessária na árdua caminhada de preservação, tutela e satisfação dos interesses dos jurisdicionados, que só mesmo os vocacionados, como ele, conseguem palmilhar!

O autor é advogado em São Paulo e professor titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP.

Entidades Conveniadas com o IBCCrim que Recebem Mensalmente o Boletim:

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação de Ensino Superior Paulista - Unid
- Associação Paulista do Ministério Público
- Associação do Ministério Público do Estado do Pará
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Associação Paulista de Magistrados
- Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Curso C.P.C., SP
- Curso Forense - Ribeirão Preto, SP
- Curso do Professor Damásio, SP
- Curso Vocação Preparatório à Carreira de Delegado de Polícia e Exame de Ordem, Presidente Prudente, SP
- Fundação Escola Superior do Ministério Público de Cuiabá, MT
- Fundação de Ensino Eurípedes Soares de Rocha - Marília, SP
- Fundação Universidade Regional de Blumenau, SC
- Meta Juris - Curso de Aperfeiçoamento Jurídico, Presidente Prudente, SP
- Ministério Público do Estado do Amazonas
- Ordem dos Advogados de São Paulo
- Sindicato dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas, Campinas, SP

APLICAR ANÚNCIO DA RT NA GRÁFICA