

Boletim - 193 - Dezembro / 2008



[Sumário](#)
[Editorial](#)
[Artigos](#)
[Jurisprudência](#)

GESTÃO DO BOLETIM BIÊNIO 2007/2008

Coordenador chefe:

Carina Quito

Coordenadores adjuntos:

André Pires de Andrade Kehdi, Caroline Braun, Cecília Tripodi, Eleonora Rangel Nacif, Fabiana

Conselho Editorial

Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal*

Autor: Salo de Carvalho

Advogado, mestre (UFSC) e doutor (UFPR) em Direito e professor titular do Departamento de Ciências Criminais (PUCRS)

"The object of penal reformers should be not to reform the prison system, but to abolish it." (Fenner Brockway, 1926)

O Problema

1. Na atual situação político-criminal de ampliação superlativa da criminalização, parece não haver possibilidade outra senão radicalizar o discurso na defesa de significativa mudança do cenário de encarceramento.

O projeto, no plano criminológico e político-criminal, inexoravelmente deve estar vinculado à hipótese de estabelecer verdadeira moratória no processo de construção de novos presídios ou de novas vagas prisionais e, sobretudo, de efetiva modificação dos critérios legais e judiciais que fomentam o aprisionamento em massa.

Lógico que ações neste nível não podem prescindir de verdadeira alteração na cultura punitivista na qual as sociedades de controle contemporâneas estão submersas. No entanto, algumas ranhuras são possíveis e podem atuar como instrumentos efetivos de redução de danos.

Lei de Responsabilidade e Estudo de Impacto Político-Criminal

2. Problema patológico das reformas penais (Direito Penal, Processo Penal e Execução Penal) no Brasil e em grande parte dos países ocidentais de tradição romano-germânica é o da *absoluta ausência de estudo prévio dos seus efeitos*. Notadamente nos casos de normas penais que direta ou indiretamente ampliam hipóteses de incriminação.

Invariavelmente as reformas ocorrem a partir de dois eixos centrais: (a) projetos para responder casos emergenciais (v.g. Lei dos Crimes Hediondos) ou (b) projetos baseados em sistemas dogmáticos idealizados por notáveis (v.g. Lei dos Juizados Especiais Criminais, reformas parciais do Código de Processo Penal).

No primeiro caso, o Legislativo, imerso em questões pontuais, realiza alterações/inovações com objetivo de responder contingencialmente casos de grande repercussão. Nestes casos as leis normalmente são impulsionadas pela demanda punitiva, representando, de forma ótima, o que atualmente se denomina como política criminal populista ou populismo punitivo. No segundo caso, a tendência é a elaboração de projetos com maior "coerência" em termos dogmáticos, ou seja, leis mais harmônicas com a estrutura penal e processual penal.

Em ambas as situações, porém, nota-se absoluta ausência de investigações empíricas prévias que possibilitem projetar minimamente os impactos da nova lei no âmbito judicial e administrativo. Assim, a tradição legislativa brasileira tem oscilado entre o *populismo* e o *idealismo* punitivo, ou seja, entre leis penais de cunho meramente populistas e leis penais voltadas a preservação do ideal de harmonia e coerência do sistema jurídico-penal a partir de determinadas concepções dogmáticas e/ou político-criminais. Isto quando os projetos idealistas não são atropelados, durante o debate parlamentar, pelo discurso populista, inserindo elementos estranhos aos modelos originários e retirando a pretensa coerência auferida pelos notáveis.

Ocorre que, na maioria dos casos, os textos legais provocam alterações significativas no perfil do sistema punitivo sem que tenham sido projetadas suas consequências. Em relação aos substitutivos penais, as Leis 9.099/95 e 9.714/98 são exemplares.

Em termos macropolíticos, portanto, importante apontar para a exigência de *Estudo Prévio de Impacto Político-Criminal* nos projetos de lei que versem sobre matéria penal, mormente daqueles criminalizadores ou diversificadores. O *Estudo Prévio de Impacto Político-Criminal* não apenas vincularia o projeto à necessidade de investigação das consequências da nova lei no âmbito da administração da Justiça Criminal (esferas Judiciais e Executivas), mas exigiria exposição da dotação orçamentária para sua implementação. Assim, exemplificativamente, em

casos de leis com proposta de criação de novos tipos penais ou aumento de penas, seria imprescindível para aprovação do projeto, a Exposição de Motivos que apresentasse o número estimado de novos processos criminais que seriam levados a julgamento pelo Judiciário, o número de novas vagas necessárias nos estabelecimentos penais, bem como o volume e a origem dos recursos para efetiva implementação da lei.

Se a opção político-criminal dos Poderes Públicos é o aumento das penas e o recrudescimento das formas de execução, que esta escolha imponha deveres e implique responsabilidades. Note-se, que na esfera das finanças públicas, existem importantes precedentes legais, como é o caso da Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

À exigência atual de responsabilidade fiscal dos gestores públicos deve estar agregada a exigência de responsabilidade político-criminal, notadamente pelo caos que vive o sistema carcerário brasileiro. Ação planejada e transparente, prevenção de riscos e desvios para que sejam cumpridos os ditames constitucionais e legais referentes à dignidade do réu e do condenado é o mínimo que se espera quando se tem como primeira opção o encarceramento. Do contrário, inexistente legitimidade possível na punição.

3. Não obstante a necessidade de estudo prévio do impacto das novas leis penais no sistema punitivo (Judiciário e Executivo), com a indicação dos recursos necessários para instrumentalizar o processamento e o julgamento dos casos, a ampla defesa dos acusados e a execução das penas e/ou medidas, fundamental prever sua aplicação residual (localizada), de modo a permitir análise posterior visando revisão antes da aplicação universal.

Caso interessante para que se possa dimensionar a extensão das reformas penais é o processo penal chileno.

Após a longa manutenção do sistema inquisitório, o Chile reformulou, em sentido estrito, sua legislação processual penal, e, de forma ampla, a estrutura judiciária. Em face do profundo impacto da alteração, sobretudo em razão da cultura inquisitiva que orientou o sistema penal chileno, foi estruturada reforma em distintas dimensões. A estratégia de instrumentalizar e de dar efetividade ao câmbio estrutural foi a de implementação gradual do Código com apoio na observação empírica por especialistas. Assim, a reforma inaugurada no final de 2001 iniciou-se em dois setores específicos do país, locais de menor densidade populacional. Após 14 meses foi implementada nas regiões intermediárias, atingindo apenas neste momento a região metropolitana e a capital Santiago. Ao longo do período de incorporação da reforma pelo sistema jurídico-político, projeto envolvendo as Universidades e o Centro de Estudos da Justiça das Américas designou observadores para analisar os pontos problemáticos e sugerir adequações ao longo do processo, de forma a causar os menores danos possíveis quando as modificações atingissem as áreas com maiores conflitos.

Conforme indicam **Baytelman & Duce**, ao expor as técnicas de análise dos observadores, a *“metodología radica en la observación en terreno y descripción de las prácticas cotidianas de los operadores del nuevo sistema de justicia criminal (...)”* que permitiu *“tener una imagen general del funcionamiento de la reforma, y que se basan también, en grand medida, en entrevistas en profundidad realizadas a más de 90 actores del sistema, la recopilación y análisis de diversos documentos y estudios empíricos acerca de la reforma, y la revisión de la prensa nacional y regional”* (**BAYTELMAN, Andrés & DUCE, Mauricio. Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha.** Santiago: Universidad Diego Portales, 2003, p. 7).

O modelo de reforma gradual, com constante e ininterrupta (auto)crítica sobre o impacto das novas estruturas na vida real das pessoas as quais o sistema é dirigido (atores processuais, réus, vítimas e colaboradores), permite desenvolver práticas facilitadoras, além de envolver, através do diálogo e da escuta, os diretamente implicados, diminuindo a resistência ao novo. Outrossim, facilita detectar problemas e efeitos perversos típicos das políticas institucionais e fomenta a profissionalização dos serviços a partir de *boas práticas* administrativas.

No caso chileno, segundo os observadores, a reforma permitiu a instalação de sistema acusatório, efetivamente oral e contraditório, com gradual assunção dos novos papéis pelas instituições e com intensa capacidade de resolução dos casos.

O caso apresentado serve apenas como referência, visto a necessidade, sempre relevante, de que as leis estejam adequadas à realidade do país. Mas o modelo é paradigmático e pode trazer importantes contribuições à construção de sistema de responsabilidade político-criminal.

Paralelo à avaliação prévia à implementação geral, fundamental seja definida, na própria lei, cláusula de revisão necessária, de modo que as adaptações ocorram sem que se tenha que renovar o procedimento legislativo.

Vedação Expressa de Encarceramento

4. O art. 5º, XLVI da Constituição, determina que a lei regulará a individualização da pena e aplicará, entre outras, (a) privação ou restrição da liberdade; (b) perda de bens; (c) multa; (d) prestação social alternativa; e (e) suspensão ou interdição

de direitos. Do rol constitucional referente às espécies de penas podemos extrair duas conclusões: (1ª) há previsão meramente exemplificativa, sendo, portanto, abertas possibilidades de outras sanções desde que respeitadas os limites do art. 5º, XLVII; (2ª) há obrigatoriedade de resposta penal aos delitos. Sua confluência permite concluir que embora exista expressa obstrução do sistema constitucional atual ao abolicionismo, nada obsta o gradual processo de descarcerização. As penas previstas no ordenamento não apenas deslocam a centralidade da privativa de liberdade, como disciplinam que a própria privação de liberdade não implica em reclusão carcerária, apesar da histórica associação. Não por outro motivo a Lei 9.714/98, ao alterar o Código Penal, regulamentou as penas restritivas de direito e criou modalidades sancionatórias distintas da prisão (v.g. prestação de serviço à comunidade, prestação pecuniária, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana).

Caso exemplar é o da nova Lei de Drogas. Ao seguir o processo de diversificação e de descentralização da prisão como norte sancionatório, no momento de regulamentar a sanção ao delito de porte (e demais modalidades de condutas) de drogas para uso pessoal (art. 28, Lei 11.343/06) inovou em algumas importantes questões, possibilitando novas compreensões sobre o binômio crime-pena.

Em primeiro lugar rompeu com o histórico vínculo entre crime e pena privativa de liberdade, fato que levou, inclusive, alguns doutrinadores mais apressados a sugerir a descriminalização da conduta. A Lei 11.343/06 inovou ao fixar diretamente no preceito secundário penas não-privativas de liberdade. A segunda alteração diz respeito à incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da pena de *admoestação* (art. 28, I), na modalidade *advertência* sobre os efeitos das drogas. Em terceiro, passo decisivo em direção à negação da centralidade do carcerário diz respeito à vedação expressa de qualquer tipo de encarceramento (cautelar ou definitivo) ao usuário de drogas (v.g. art. 28, §§ 2º, 3º, 4º e 6º e art. 48, § 1º).

A técnica utilizada parece ser absolutamente adequada e dimensiona estilo legislativo orientado à redução dos danos produzidos pela prisionalização e, sobretudo, ciente do alto poder de atração que exerce a prisão. Pelos resultados produzidos ao longo dos séculos passados, parece notório que as cláusulas abertas e genéricas que facultam ao Judiciário o aprisionamento são, invariavelmente, mandatos em branco que geram como resultado concreto ampliação do encarceramento.

Em decorrência deste alto poder de atração exercido pela instituição carcerária, leis que vedam expressamente sua aplicação são as ferramentas mais adequadas para sua contenção.

Considerações Extemporâneas

5. A insuficiência dos atores do direito penal e da criminologia em superar a obsessão do sistema punitivo pela pena carcerária traduz inúmeras faces dos seus discursos e de suas práticas: do gozo com os suplícios e da vontade de punição à incapacidade de propor rupturas radicais; do temor pelo novo à resignação com as lógicas punitivas. E o discurso jurídico, em particular jurídico-penal, em razão de sua tradição metafísica, acaba neutralizando as formas de enfrentamento da situação, pois, invariavelmente, remete a discussão de problemas reais ao plano dos fundamentos da punição, dos critérios de definição das penas, do grau de lesão da conduta ao bem jurídico entre outros temas extremamente caros aos teóricos da pena e do delito.

No entanto, parece fundamental repetir, as formas de resposta jurídica ao delito punível, no Brasil, na atualidade, estão distantes dos modelos idealizados e propugnados no sonho dogmático (mesmo de certa área da dogmática crítica). De maneira similar, o quadro punitivo nacional não encontra correspondência com as motivações freqüentemente expostas nas decisões que enviam e submetem as pessoas aos cárceres — discursos de prevenção geral ou especial, perspectivas disciplinadoras ou neutralizadoras.

Ao contrário, o sistema punitivo-carcerário brasileiro contemporâneo é o exposto cotidianamente pelos meios de comunicação e pelos movimentos de defesa dos direitos humanos. A realidade da punição na estrutura jurídica brasileira constitui-se por assumir, sem pudores, a posição de que determinadas pessoas simplesmente não servem, são descartáveis, não merecem qualquer dignidade, são desprezíveis e por isso serão oficialmente abandonadas.

A inversão que se pode projetar nas práticas punitivas é a da substituição do modelo centrado no monólogo judiciário, no qual o inquisidor toma para si a capacidade de fala de todos os atores e, manipulando-os como fantoches, impõem-lhes o seu discurso. A radicalidade da cisão pressupõe sistema no qual os atores processuais tenham alta capacidade de escuta do discurso do outro, do sujeito que não perderá sua condição de cidadania em decorrência do processo de criminalização.

6. Outrossim, imprescindível que se tenha presente que as prisões que constituem o arquipélago punitivo brasileiro são efetivamente as **nossas** prisões — e não outras, idealizadas, como se percebe nos discursos punitivistas e nas construções da dogmática ascética. E esta realidade prisional da vida crua é o reflexo desta assustadora competência dos atores da política e da jurídica-criminal em sempre (e cada vez mais) ofender a dignidade das pessoas e de reduzir ao máximo sua condição humana.

O estado atual dos cárceres diz da forma como a sociedade brasileira resolveu historicamente suas questões sociais, étnicas, culturais, ou seja, pela via da exclusão, da neutralização, da anulação, da alteridade. Diz da violência hiperbólica das instituições, criadas no projeto moderno para trazer felicidade às pessoas (discurso oficial), mas que reproduzem — artificialmente, embora com inserção no real — a barbárie que a civilização tentou anular. Diz da falácia dos discursos políticos, dos operadores do Direito e da Ciência (criminológica), sempre perplexos com a realidade e ao mesmo tempo receosos, temerosos, contidos, parcimoniosos frente às soluções radicais (anticarcerárias), pois protegidos pela repetição da máxima da prisão como solução necessária.

Se a opção político-criminal produz como único resultado a ampliação do encarceramento, o ciclo de violência inerente às estratégias de legitimação do arquipélago carcerário dificilmente será minimizado com o acréscimo de redes alternativas. Neste quadro, a imposição de critérios de responsabilidade e de responsabilização do legislador quando de sua adesão ao projeto punitivista pode minimizar os impactos do embevecimento com a cultura do encarceramento em massa.

Em conclusão, o esclarecimento de **Rauter** é definitivo: “(...) *considero que estar preso — seja num hospital psiquiátrico ou numa prisão — é algo inaceitável para um ser humano, e um discurso que sustente a desarticulação destes espaços me soa como algo que deve ser valorizado*” (**RAUTER, Cristina**. “Manicômios, Prisões, Reformas e Neoliberalismo”, *Discursos Sediciosos*, vol. 03, Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 1997, p. 73).

Nota

* O artigo apresenta conclusões parciais de pesquisa realizada na linha de pesquisa *Criminologia e Controle Social*, Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado), Faculdade de Direito da PUCRS, instituição financiadora. Integra *paper* apresentado no Seminário “*Depois do Grande Encarceramento*”, organizado pelo Instituto Carioca de Criminologia e pela Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ministério da Justiça, realizado no Rio de Janeiro em agosto de 2008.

Salo de Carvalho

Advogado, mestre (UFSC) e doutor (UFPR) em Direito e professor titular do Departamento de Ciências Criminais (PUCRS)

Quem Somos

Conselho Consultivo
Convênios
Coord. Regionais e Estaduais
Documentos Institucionais
Gestão Diretoria
Grupo de Trabalho / Comissões
Bolsas de Estudo
Relações Internacionais

Atendimento

Central de relacionamento

Cursos e Eventos

Laboratório
Mesas e Debates
Pós-Graduação
Seminário
Diversos
Divulgação Outras Entidades
Eventos Realizados

Publicações

Artigos Antigos
Boletim
Notícias
RBCCrim
Revista Liberdades
Monografias
TV IBCCRIM

Biblioteca

Apresentação
Livro do Dia
Pesquisa on-line
Regulamento
Auxílio a Pesquisa
Intercâmbios

