


**COLÓQUIO
INTERNACIONAL:
TRÁFICO DE
MULHERES E
CRIANÇAS**

A Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), promove mesa-redonda sobre **Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças**, de 3 a 5 de abril, no Hotel Caesar Park - Ipanema, Rio de Janeiro - RJ.

Dentre os conferencistas estão Evandro Lins e Silva (presidente do GBAIDP, advogado criminalista e ministro aposentado do STF), Cheriff Bassiouni (presidente da AIDP e professor da De Paul University, Chicago, EUA), Ela Wiecko Volkmer de Castilho (sub-procuradora-geral da República e professora da Universidade Federal de Santa Catarina) e o Damásio E. de Jesus (presidente do Complexo Jurídico Damásio de Jesus). Como debatedores convidados estão Gert Vermeulen (PhD, professor de Direito Penal da Ghent University, Bélgica e co-diretor do Research Group Drug Policy, Criminal Policy, International Crime e Andrew Michaels (diretor executivo, International Human Rights Institute, DePaul University College of Law, Chicago, EUA).

A coordenação científica é de Sergio Salomão Shecaira (professor da Faculdade de Direito da USP) Conselho de Direção da GBAIDP Min. Evandro Lins e Silva (presidente), René Ariel Dotti (vice-presidente), Sergio Salomão Shecaira (secretário-geral), Carlos Eduardo Adriano Japiassu (diretor secretário) e Luciana Boiteux (diretora tesoureira)

**Realização:
Grupo Brasileiro da AIDP**

Informações e Inscrições:
Sede do GBAIDP:
Av. Alm. Barroso, nº 6,
Grupo 2106, Centro,
Rio de Janeiro - RJ
CEP 20031-000 - tel/fax.
(21) 2215-3325 - E-mail:
info@aidpbrasil.org.br

Contato: sra. Ilma
Horário de atendimento:
2ªs e 4ªs, das 15 às
18h30 e 3ªs, 5ªs e 6ªs,
das 9 às 12hs

2º Fórum Social Mundial Participação do IBCCRIM na Oficina da Ajuris: "Justiça Para Todos? Democracia e Acesso ao Judiciário"

ENEIDA G. DE MACEDO HADDAD e LUCI GATI PIETROCOLLA

O IBCCRIM participou de diferentes eventos ocorridos no 2º Fórum Social Mundial, realizado em Porto Alegre, de 31 de janeiro a 5 de fevereiro. Um deles foi a oficina organizada pela Ajuris denominada: "Justiça para todos? Democracia e Acesso ao Judiciário" que contou com a colaboração de muitas entidades, para a abordagem da questão da democratização do acesso à justiça pública estatal, a partir de uma análise de conjuntura multi e interdisciplinar.

O texto abaixo foi proposto pelo Núcleo de Pesquisa do IBCCRIM.

I- Posição Oficial do IBCCRIM sobre o tema: "Justiça para todos? Democracia e Acesso ao Judiciário"

O IBCCRIM — Instituto Brasileiro de Ciências Criminais — é uma entidade não governamental, sem fins lucrativos, fundada em 14 de outubro de 1992 graças aos esforços de associados e colaboradores. É uma instituição de referência nacional para os operadores do direito, especialmente àqueles comprometidos com a defesa dos direitos humanos e do Estado Constitucional Democrático de Direito.

A fim de concretizar seus objetivos, o IBCCRIM, numa atuação multidisciplinar, busca conhecer a realidade brasileira através da produção científica desenvolvida por seu Núcleo de Estudos e Pesquisas.

O Núcleo tem se debruçado fundamentalmente sobre questões ligadas à distribuição da justiça aos segmentos mais desfavorecidos da sociedade brasileira: idosos, crianças e adolescentes em conflito com a lei, populações residentes na periferia dos centros urbanos, dentre outros.

O IBCCRIM entende que o Estado brasileiro, conivente com a ordem neoliberal, não apreende a dimensão mais ampla do conceito de justiça, isto é, sua visão fragmentada da realidade materializa-se nas políticas públicas implementadas. Dito de outra forma, o ideário que fundamenta os projetos de intervenção do Estado brasileiro desconsidera a forma como o capital vem se reproduzindo internacionalmente.

II- Diagnóstico de alguns problemas referentes à área temática, a partir de estudos realizados e experiências vividas

1 - Nem todos os operadores da Justiça são devidamente informados e comprometidos com os direitos das crianças e adolescentes, garantidos pelo Estatuto da Criança e Adolescente/ECA, do que resultam medidas arbitrárias e continuação dos ranços advindos da ditadura militar, como, por exemplo, a violência no interior da Febem. Ao invés de medidas sócio-educativas, repressão e privação de liberdade continuam sendo a marca do pretensão combate à denominada delinquência juvenil.

2 - Ainda no caso da justiça voltada aos adolescentes em conflito com a lei, a centralidade da figura do juiz favorece um exercício tradicional de justiça, contribuindo para perpetuar a ambigüidade entre duas visões de mundo presentes no âmbito da aplicação da justiça: aquela que compreende a infração como produção social, preconizando medidas sócio-educativas e a que aponta a punição como solução aos problemas decorrentes da transgressão das normas legais.

3 - A centralização das quatro varas da infância e da juventude no espaço do Fórum da Rua Piratininga, no Brás, na cidade de São Paulo, apesar de ter contribuído para o reconhecimento da existência de uma justiça específica para jovens em conflito com a lei e ter favorecido o debate, a reflexão e as trocas de opinião e leitura, dificultou o acesso à justiça para jovens residentes em localidades distantes do Fórum. Essa experiência também reforça a crítica elaborada por parte de alguns operadores da justiça no que tange ao profundo distanciamento dos juízes da realidade sócio-cultural.

4 - Mal aparelhadas, mal localizadas e insalubres, as instituições voltadas para o atendimento de crianças e adolescentes em conflito com a lei, idosos atingidos por abusos e maus-tratos, populações residentes na periferia dos grandes centros urbanos, carentes de justiça e segurança, não contam com pessoal especializado, são insuficientes numericamente, não atendendo a demanda.

5 - O excesso de burocracia, o abismo que separa todo o aparato judiciário das necessidades reais da população no que se refere

ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Março/2002 - nº 112

- 2º Fórum Social Mundial
- Participação do IBCCRIM na
Oficina da Ajuris: "Justiça Para Todos?
Democracia e Acesso ao Judiciário"
- Eneida G. de Macedo Haddad
e Luci Gati Pietrocolla 01
- Resistência Heróica
- René Ariel Dotti 02
- O Tráfico Internacional
de Mulheres e de Crianças
- Sérgio Salomão Shecaira
e Renato de Mello Jorge Silveira 03
- Movimentação de Presos: Uma Ação
Conjunta do Executivo e do Judiciário
- Rodrigo Gabriel Moisés 05
- A Visita Íntima às Presas:
Uma Primeira Vitória?
- Alessandra Teixeira
e Jacqueline Sinhoretto 06
- Tiro no Pé
- Adauto Suannes 07
- A Reincidência no Código
de Trânsito Brasileiro -
Breve Estudo Comparativo
- Geraldo de Faria Lemos Pinheiro 08
- A Tese Funcionalista e a Legitimação
do Discurso Demonstrativo do
Legislador Penal Econômico
- Edson Luís Baldan 09
- Encontro Internacional
de Ciências Criminais - Natal (RN)
- Programa 11
- 1º Foro Latino-Americano de Política
Criminal: As Várias Faces do Crime
- Programa 11
- Pode o Juiz Fixar Pena
Abaixo do Mínimo Legal?
- Paulo Queiroz 12
- Sobre a Necessidade do *Animus
Defendendi* na Legítima Defesa
- Christiano Fragoso 13

Caderno de Jurisprudência

- O Direito Por Quem o Faz:
A Lei dos Juizados Especiais
Federais Deve Ser Aplicada
na Esfera Estadual 589
- O Direito Por Quem o Faz:
É direito do Advogado Retirar
os Autos do Processo de Cartório
Para Alegações Finais 591
- Supremo Tribunal Federal 592
- Superior Tribunal de Justiça 593
- Tribunal Regional Federal 594
- Tribunal de Justiça 595
- Tribunal de Alçada Criminal 596

à resolução de conflitos vividos no cotidiano, a resistência à aplicação de penas alternativas são expressão da precariedade do acesso à Justiça na sociedade brasileira.

6 - Explorada com fins lucrativos e objetivos políticos, a violência é banalizada pelos meios de comunicação de massa, insensibilizando o espectador para o sofrimento alheio, criando um clima de insegurança coletiva, incentivando a criminalidade.

7 - Se a existência de projetos pioneiros (Juizados itinerantes, Juizados Especiais Estaduais e Federais, Justiça volante e Juizados fluviais, dentre outros) expressa, de um lado, o reconhecimento por parte do poder público da necessidade de garantir o acesso à Justiça a toda a população, revela também que o Estado, no feixe de contradições em que está mergulhado, conivente com a política neoliberal, só poderia propor mesmo uma Justiça para os pobres diferente da Justiça para os ricos. Esses projetos ratificam, assim, a ação do Estado como reprodutor da profunda desigualdade social existente na sociedade brasileira.

III - Algumas propostas para os problemas diagnosticados

1 - Lutar por uma nova utopia voltada para a constituição de uma sociedade comprometida com o humano.

2 - Desenvolver novas formas de sociabilidade, de sorte que o coletivo oriente as ações cotidianas, respeitando as diferenças e as individualidades.

3 - Criar, a curto prazo, formas alternativas de mediação de conflitos como prevenção da violência e criminalidade.

4 - Rever o conteúdo programático das disciplinas dos cursos de Direito, a fim de dotar os futuros operadores jurídicos de capacidade crítica e criativa e de conhecimento das particularidades sócio-culturais da sociedade brasileira.

5 - Inverter o conceito de acesso à Justiça, de sorte a levar a Justiça ao povo e não o povo à Justiça.

6 - Implantar imediatamente o ECA, criando e aparelhando as instituições que garantam seu funcionamento.

As autoras são diretoras do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/IBCCRIM.

Resistência Heróica

RENÉ ARIEL DOTTI

Evento de grande destaque nacional do mês de janeiro foi a decisão do presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro **Marco Aurélio**, concedendo liminarmente um pedido de *habeas corpus* impetrado pelos advogados **Nelio Machado**, **Sergio Bermudes** e **Mau-ro Coelho Tse**, em favor de ex-administradores do Banco Nacional S/A, condenados a longas penas de prisão por um juiz federal do Rio de Janeiro. Os acusados respondiam em liberdade há quatro anos o processo criminal que lhes imputa crimes contra o sistema financeiro. O magistrado, que não presidiu a instrução, recebeu os autos para sentença e designou dia e hora para a sua leitura. Essa diligência — inusual na prática forense — levantou fundadas suspeitas de uma *cerimônia degradante* com a qual se pretendia coroar o ato: a prisão *coram populo*. A televisão, o rádio e o jornal funcionariam como surrealistas *oficiais de justiça* para transmitir ao povo a imagem, a voz e a letra da condenação, em holocausto à garantia da presunção de inocência. Seria a ressurreição da odiosa pena acessória de publicação de sentença.

A dedicação profissional e o espírito de resistência dos defensores se mobilizaram através de *habeas corpus*. Ao prestar informações num deles, o juiz afirmou que o caso é histórico e que “a sentença será um marco no que toca ao Sistema Financeiro Nacional, o que faz especial a ocorrência

e permite tratamento diferenciado”. Uma certidão do cartório do Juízo atestou que somente parte do julgado seria exibida, possibilitando-se o conhecimento, apenas, do trecho que decretou a perda da liberdade. Assim foi executada a ordem de prisão que surgiu com a sentença à qual não tiveram acesso os réus e seus patronos. **Kafka** explica isso.

O sensacionalismo das capturas foi exibido pelos meios de comunicação. Porém, a mídia não enfatizou dois aspectos relevantes do episódio: a luta pelo Direito e o significado de um princípio.

Ao conceder a liberdade aos acusados, com base na Constituição e nas leis do País, o intemorato ministro **Marco Aurélio** provou que *ainda há juízes em Berlim* (lembrando a antológica máxima contra a opressão do nazismo).

O Supremo Tribunal Federal cumpriu, fielmente, o papel de guardião da Constituição ao efetivar o princípio de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Final, esse é um dos compromissos da alta jurisprudência num Estado Democrático de Direito: *fiat justitia pereat mundus* (faça-se justiça embora caia o mundo).

O autor é professor titular de Direito Penal, membro do Conselho Diretor da Associação Internacional de Direito Penal e advogado.

O Tráfico Internacional de Mulheres e de Crianças

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA e RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Ignorar a problemática do tráfico internacional de mulheres e de crianças é uma situação impossível, não só na esfera do Direito Internacional como também naquela do Direito Penal ordinário de cada país. Recentemente, assentou-se que deveria haver clara distinção entre contrabando e tráfico de pessoas, tal como pela primeira vez foi claramente reconhecido pela ONU, com a adoção, em dezembro de 2000, de dois protocolos separados à Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional.

a) Breve escorço histórico

A referência histórica mais longínqua do tráfico de mulheres e de crianças está, sem qualquer dúvida, no tráfico negreiro. O Brasil, enquanto colônia de Portugal, sempre manteve a escravidão, sendo o último país da América a aboli-la. No período colonial (e também no Império), toda a mão-de-obra envolvida com o trabalho ligado à terra era, salvo exceções, escrava. No início de século XIX, embora a escravidão fosse adotada pela metrópole brasileira, a existência da mão-de-obra escrava já não interessava aos ingleses, que tinham interesses muito grandes na criação de um mercado consumidor na América do Sul. Nessa época, o tráfico de escravos era liderado por Portugal, o que fez com que a Coroa Inglesa começasse a pressionar os portugueses para por um fim ao Tráfico negreiro. Em 25 de março de 1807, o tráfico foi considerado ilegal para os súditos ingleses e, a partir de 1º de março de 1808, crime contra a humanidade. O principal alvo dessas medidas era Portugal (e suas colônias) onde existia o trabalho escravo. Em 1810, os ingleses forçaram os portugueses a aceitar um “*Tratado de Cooperação e Amizade*”, assinado pelo conde de Linhares e por lord Strangford, em que esse ponto era tocado. Como o tráfico de escravos continuasse, surgiu nova pressão inglesa que culminou com a aprovação de uma primeira lei brasileira contra o tráfico, em 7 de novembro de 1831.⁽¹⁾ Esta lei, conhecida como Lei Diogo Feijó, ratificava a extinção do tráfico de escravos e afirmava, já em seu art. 1º, que “*todos os escravos, que entrarem no território ou nos portos do Brasil, vindos de fora, ficam livres*”. No entanto, apesar das normas proibitivas que chegavam a prever penas criminais aos infratores, não se logrou êxito com a disposição normativa. Sabe-se que, no mínimo, até 1855, continuaram a vir da África grandes levadas de escravos. Essa lei tinha por objetivo muito mais dar uma satisfação internacional e, em especial, à Inglaterra, do que propriamente ser

aplicada e por isso ficou conhecida como uma lei “*para inglês ver*”.⁽²⁾

Em 4 de setembro de 1850, é aprovada uma segunda norma brasileira contra o tráfico: Lei Eusébio de Queirós. Novamente decorrente da pressão inglesa, e em face do “*Bill Aberdeen*” — lei unilateral da Coroa Inglesa que autorizava qualquer nação reprimir o tráfico de escravos por ser entendido como um crime que fere o direito das gentes, equivalente à pirataria — o governo aprova lei dando poderes de apreender quaisquer embarcações brasileiras ou estrangeiras com escravos, ou mesmo com os sinais de terem se destinado ao tráfico de escravos (art. 1º). Como a repressão ao tráfico negreiro continuasse leniente, é aprovada uma terceira lei, em 5 de junho de 1854, dando ainda mais poderes contra os importadores de escravos da África. O último desembarque de escravos que se tem notícia no Brasil ocorreu em 13 de outubro de 1855.

b) Situação atual

O mundo enfrenta, hoje, dois tipos de tráfico de mulheres e crianças. Um deles tem atividade de precípuo interesse vinculado à mão-de-obra escrava, ainda que não se desvincule do interesse de comércio sexual. Ocorre principalmente na África. Outro, tem clara conotação sexual, espalhado por todos os continentes. Estima-se que haja no mundo cerca de 700.000 pessoas por ano que são retiradas de suas localidades natais para venda por traficantes. É um comércio que, em termos de lucros, só perde para o tráfico de drogas e de armas. Do total acima mencionado, cerca de 100.000 pessoas são vítimas de tráfico na América Latina. O Brasil, segundo o Departamento de Estado Americano, tem vítimas de tráfico doméstico e internacional. A maioria das vítimas, mulheres e adolescentes, têm sido usadas com propósitos sexuais com exportação para Europa, Japão, Israel e Estados Unidos. Mais ocasionalmente, algumas mulheres são utilizadas como empregadas domésticas, em condições próximas de servidão, em áreas rurais brasileiras e em alguns lugares do exterior.⁽³⁾

Várias causas são apontadas para a existência do problema e para seu recente crescimento. A globalização econômica, com suas perversas consequências sociais, acaba por produzir pobreza em larga escala, guerras localizadas, eclosão de crises em vários países periféricos e regiões do terceiro mundo. A busca por lucros fáceis e um hedonismo desenfreado das sociedades de consumo também contribuem para que surjam muitos interessados na manutenção das diferenças sociais, de cor e de

gênero, nos diversos continentes. Tais diferenças, muitas vezes, propiciam ocorrências tais como famílias venderem suas filhas por alguns trocados, quando não permutam crianças por comida. Não é por outra razão que, no Brasil, em vários bolsões de miséria, tais ocorrências são encontradas com razoável frequência.⁽⁴⁾

A solução do problema em termos globais passa por várias alternativas. Na área da prevenção há que se desenvolver programas para incremento de oportunidades econômicas nos países periféricos, com a minimização das desigualdades regionais e a disseminação da informação acerca do tráfico de mulheres e crianças junto aos países de terceiro mundo. Em termos de assistência às vítimas, há de se providenciar serviços de apoio sócio-psicológico às pessoas que estão em países estrangeiros, sem que, ao menos de imediato, sejam tomadas medidas como deportação para países de origem das vítimas. Isso pode ser feito através da concessão de vistos provisórios de trabalho e reclassificação de tais “imigrantes ilegais” para “residentes temporários”.⁽⁵⁾ No âmbito da repressão penal, necessária se faz a adoção de leis que criminalizem o turismo sexual, pois não havendo demanda nos países ricos, certamente não haverá o tráfico em que são vítimas as mulheres e crianças dos países pobres. Nesse sentido, é singular o avanço da legislação italiana que, com o advento da Lei nº 269 de 5 de maio de 1998, criminalizou a conduta “*daquele que organiza ou faz propaganda de viagem com o fim da fruição da atividade de prostituição, com danos para menores*”, com previsão de pena de 6 a 12 anos para o fato.⁽⁶⁾

c) Reprimenda penal

Medidas mais concretas contra o tráfico sexual, mormente de mulheres, tiveram desde logo lugar na antiga União Internacional de Direito Penal. Primeiramente em Budapeste e, logo depois, em 1902, na Conferência de Paris, o assunto era motivo de debate. No Brasil, medidas logo foram também adotadas, como as previstas no Decreto nº 5.591/1905, e na Lei nº 2.992/1915. O próprio Código Penal, anos mais tarde, veio a tipificar, como crime de tráfico de mulheres, a conduta de promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no exterior (art. 231).

O mundo, contudo, mudou. Se, há pouco mais de um século, a preocupação assumia alarmante relevo, hoje a situação é ainda pior.⁽⁶⁾ É bem verda-



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

DIRETORIA DA GESTÃO 2001/2002

PRESIDENTE: Roberto Podval

1º VICE-PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

2º VICE-PRESIDENTE: Adriano Salles Vanni

1º SECRETÁRIO: Geraldo Roberto de Souza

2º SECRETÁRIO: Cecília Souza Santos

3º SECRETÁRIO: Paola Zanelato

TESOUREIRO: Tatiana Viggiani Bicudo

TESOUREIRO-ADJUNTO: Mariângela Magalhães Gomes

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA: Sílvia Helena Furtado Martins, Adriana Haddad Uzum e Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho

DEPARTAMENTO DE BOLETIM: Janaina Conceição Paschoal, Celso Eduardo Faria Coracini e Fernanda Velloso Teixeira

DEPARTAMENTO DE CURSOS: Marco Antonio Rodrigues Nahum, Fábio Delmanto, Flávia D'Urso Rocha Soares, Antonio Sergio A. Moraes Pitombo, Ana Lúcia Menezes Vieira, Cecília Souza Santos e Heloisa Estellita Salomão

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Maurício Zanoide de Moraes, Adauto Suannes e Carlos Alberto Pires Mendes

DEPARTAMENTO DE INTERNET: Sergio Rosenthal, Rogério Marcolini e Renato de Mello Jorge Silveira

DEPARTAMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Ana Paula Zomer, Ana Lúcia Sabadell e Mariângela Magalhães Gomes

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Cleunice Valentim Bastos Pitombo e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner

NÚCLEO DE PESQUISAS: Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Luci Gati Pietrocolla e Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer

de que o conceito ligado à prostituição também muito se modificou. Desde o conhecido *Wolfenden Report* a sua repressão vem, gradativamente, diminuindo.⁽⁸⁾ A questão aqui presente é diversa. Versa, sim, sobre a redução de pessoa humana, eventualmente criança, à condição análoga a de escravo, podendo ser, mediante variada gama de ações (sedução, engodo ou fraude) abusando sexualmente, tudo em um mundo onde a imigração (legal ou não) é freqüente, e onde comunidades continentais estão a se formar e barreiras políticas, a se desmoronar.

Nesse aspecto, convém salientar que, mais do que uma questão de *delicta carnis*, ou de uma moral secularizada, há de se indagar quanto ao real bem jurídico protegido neste contexto.⁽⁹⁾ Não se trata mais, como estão a mostrar diversas reformas legislativas no Direito alienígena, de proteção de moral ou de bons costumes. O tema versa, sim, além da própria liberdade sexual ou, como preferem alguns, sobre a liberdade de autodeterminação sexual, quanto à própria liberdade pessoal.

Entendida a questão do tipo tradicional equiparado ao tráfico de mulheres, outra se coloca em pauta. Problema mais complexo é o relativo ao tráfico sexual de menores.⁽¹⁰⁾ É fato que, normalmente, entende-se que a capacidade volitiva reduzida é sempre motivo de incremento da reprovação criminal. Colocações positivistas desse porte, contudo, não raro, levam a situações de injustiça o que, muitas vezes, leva à repulsa da chamada violência presumida. Isso, contudo, no tocante ao entendimento quanto ao consentimento do agente. Não é este o presente caso. Além da liberdade individual de jovens ainda não completamente aptos para decisões relativas à prática da prostituição, deve-se resguardar, mesmo, a formação da juventude.⁽¹¹⁾

Tipificações quanto ao tema, ainda que convenientes, esbarram em situação conflituosa. Se unicamente se pretender, distintamente, criminalizar condutas, estar-se-á caminhando para a inoperabilidade de ação do Direito Penal. Os novos contornos desenhados pelo Direito Penal sexual devem acompanhar a criação legislativa, destacando-se da moral coletiva, buscando, sim, o objeto maior de proteção da liberdade, autodeterminação e formação daqueles sujeitos a um tráfico sexual internacional, bens jurídicos maiores que são.

Inevitável, por fim, é a constatação, já tida por **Bassiouni**, relativa à carência internacional quanto a instrumentos para regular o tráfico sexual infantil.⁽¹²⁾ Necessário é, assim, e como se viu, que o Brasil venha a adotar medidas urgentes para a contenção de situação pela qual tristemente está a ser reconhecido: ponto de turismo sexual infantil e bom exportador de mulheres. Tais pontos, entre outros, serão alvo e objeto de discussões e reflexões, no mês de abril na cidade do Rio de

Janeiro, durante a mesa-redonda promovida pelo Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal sobre Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças, como colóquio preparatório ao XVII Congresso Internacional da AIDP. Dela farão parte, entre outros, **M. Cherif Bassiouni**, presidente da AIDP, dra. **Ela Wieko de Castilho**, relatora geral, e dr. **Damásio de Jesus**, relator do grupo brasileiro.

NOTAS

- (1) É, desta feita, uma lei brasileira, uma vez que a independência junto a Portugal havia sido conquistada em 7 de setembro de 1822.
- (2) Ainda hoje tem-se como expressão corrente o ditado "para inglês ver".
- (3) Hyperlink <http://www.state.gov>, consultado em 05.02.2002, p. 2.
- (4) O Brasil é tido como sendo um dos países em que esse problema é mais grave, com altos índices de prostituição infantil. In **MIKO, Francis T.** "Trafficking in Women and Children: The U.S. and International Response". Hyperlink <http://www.usinfo.state.gov>, consultado em 05.02.2002, p. 7.
- (5) Idem, op. cit., p. 9.
- (6) **CADOPPI, Alberto et alii.** "Commentari delle Norme contro la Violenza Sessuale e della legge contro la Pedofilia". Milano: Cedam, 1999, p. 587.
- (7) "...a primeira lei incriminadora do tráfico de mulheres foi a Criminal Law Amendment Act, publicada na Inglaterra em 1885. Posteriormente, a infame atividade, difundindo-se pelas cinco partes do mundo, tornou-se um crime internacional e adquiriu tão alarmante relevo, que provocou uma série de Congressos internacionais para ajustes em torno de medidas repressivas". **HUNGRIA, Nelson.** "Comentários ao Código Penal". Rio de Janeiro: Forense, 1959, vol. VIII, p. 294.
- (8) Em 1954, na Inglaterra, foi nomeada uma comissão para a análise quanto a legislação que criminalizava a homossexualidade e a prostituição. Presidida por **John Wolfenden**, seu relatório final acabou por levar o nome deste último. Cf. **NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz.** "O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites". Coimbra: Coimbra Editora, 1985, pp. 22 e segs.
- (9) Desde o Projeto Alternativo alemão tem-se por claro que a missão do Direito Penal não é outra além da proteção de bens jurídicos, não se encarando a moral como tal. Cf. **ROXIN, Claus.** "Franz von Liszt e a concepção Político-criminal do Projecto Alternativo". *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. **Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz.** Lisboa: Vega, 1993, p. 61.
- (10) Cf., em particular, a nova legislação italiana a esse respeito, mencionada e comentada com propriedade por **ROMANO, Bartolomeo.** "La Tutela Penale della Sfera Sessuale". Milano: Giuffrè, 2000, pp. 174 e segs.
- (11) Semelhante idéia orienta o Código Penal alemão, segundo o qual, em seu §184b, pune-se o exercício de prostituição perigosa à juventude.
- (12) Cf. **BASSIOUNI, H. Cherif.** "La Portata Internazionale dello Sfruttamento Sessuale del Minore". *La Pedofilia. Aspetti Sociali, Psicogiuridici, Normativi e Vitimologici*. Padova: Cedam, 1999, pp. 349 e segs.

Os autores são advogados e doutores em Direito Penal pela USP e membros da AIDP. O primeiro é professor doutor da FDUSP e secretário geral do Grupo Brasileiro da AIDP.

Movimentação de Presos: Uma Ação Conjunta do Executivo e do Judiciário

RODRIGO GABRIEL MOISÉS

Entre as disposições sobre Direito Penitenciário contidas na Medida Provisória nº 28, de 4 de fevereiro de 2002, a mais polêmica e que vem sendo alvo de críticas, principalmente pelo judiciário, é a que transfere à autoridade administrativa a competência para definir o estabelecimento prisional para o cumprimento da pena pelo preso ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos na sentença, informando imediatamente ao juiz da execução, conforme estabelece o art. 3º desta MP.

Em nota criticando a MP nº 28, a Associação dos Magistrados Brasileiros afirma *“que medidas tomadas sem reflexão adequada, sem estudo profundo e sem a colaboração de todas as instituições e entidades que tratam do fenômeno da criminalidade, não serão eficientes. AAMB aponta à sociedade brasileira grave equívoco contido na medida provisória nº 28, de 04.02.2002, que transfere poder, para movimentação e aplicação de sanções disciplinares a presos, dos juízes para diretores de estabelecimentos prisionais. Tal medida, além de inconstitucional, aumentará a deterioração do sistema prisional na medida em que importantes decisões sobre a população carcerária no Brasil serão tomadas por profissionais sem o mesmo preparo técnico-científico, muito mais próximos das pressões do sistema carcerário e desprovidos do nível de independência para o exercício da função que é garantido aos juízes pelos predicamentos constitucionais da magistratura.”*

Pelo teor da nota que desaprova as medidas, a ocasião apresenta-se bastante própria para discutir o tema e buscar esclarecer melhor os objetivos, a extensão e as causas que originaram as medidas contidas na MP.

O sistema de execução penal pode ser administrativo (Inglaterra, Estados Unidos, França e a quase totalidade dos países da América Latina), jurisdicional (Espanha, Portugal e Brasil) ou eclético (Alemanha e Itália).

No Brasil, a louvável jurisdicionalização veio estabelecer um controle da execução das penas e medidas de segurança por uma entidade diferente da que tem a função de realizá-la materialmente, bem como garantir aos reclusos o direito de poderem recorrer aos órgãos jurisdicionais.

A Lei de Execuções Penais - Lei nº 7.210/84, optando pela jurisdicionalização da execução penal, conferiu competência ao juiz da execução para determinar o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca (art. 66, V, g, e h) e a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1.º do art. 86 (remoção para estabelecimento penal da União Federal).

A função jurisdicional traduz-se tipicamente na decisão de um conflito, relativa-

mente ao qual o julgador se encontra numa posição supra-partes, o que, no caso, vem fornecer garantias para o recluso e limites para a administração prisional.

Contudo há que se diferenciar a necessária função jurisdicional da excessiva e impraticável intervenção jurisdicional. O sistema jurisdicional, embora garanta a ampla defesa e o contraditório, por muitas vezes, acaba por ser distante e, conseqüentemente, insensível aos problemas do cárcere. A excessiva jurisdicionalização da execução da pena veio a formalizar demasiadamente o processo de cumprimento da pena e seus incidentes, em face dos ritos e das formalidades do ordenamento jurídico brasileiro onde prevalece o aforismo *“o que não está nos autos não está no mundo”*, sendo que é impossível passar para o papel as angústias do mundo carcerário, sofridas não só pelos internos, mas por todos que vivenciam sua realidade.

Assim deve-se ressaltar que além do desejado preparo técnico-científico, a autoridade competente para as decisões no âmbito do sistema prisional deve possuir um conhecimento íntimo da realidade carcerária, o que é adquirido na prática do dia a dia, e que nos leva a crer que o argumento exposto na nota da AMB de que as autoridades estão próximas das pressões do sistema carcerário, na verdade consiste em um fator determinante para a tomada de decisões corretas.

Sobre a crítica que menciona as autoridades administrativas estarem desprovidas do nível de independência para o exercício da função, devemos lembrar que nenhum órgão ou autoridade, infelizmente, está isento do cometimento de erro ou agir com desvio de finalidade.

É justamente por isso, para evitar o abuso de poder, que as instituições e autoridades devem se fiscalizar mutuamente e as decisões devem ser conjuntas. Neste sentido, a parte final do art. 3º da MP nº 28, determina à autoridade administrativa o dever de comunicar a transferência do preso de imediato ao juiz da execução, que, por sua vez, deverá fazer o controle de legalidade do ato, permanecendo assim a proteção jurisdicional para o recluso bem como a garantia de um controle da atividade da administração prisional.

Ademais, a MP menciona em seu art. 3º a “autoridade administrativa” como a competente para definir o estabelecimento prisional para o cumprimento da pena e não o “diretor de estabelecimento”, que foi citado explicitamente no art. 2º que trata das sanções disciplinares. Assim, entendemos que a “autoridade administrativa” referida corresponde à maior autoridade estadual responsável pela organização do sistema prisional (Secretário de Justiça, de Administra-

ção Penitenciária, Presidente de Agência etc.), conforme a estrutura administrativa de cada Estado.

Em alguns Estados, este entendimento já vinha sendo executado, como em São Paulo, onde cabe à Secretaria de Administração Penitenciária a movimentação de presos entre as unidades prisionais. Já em outros, o controle jurisdicional chega ao extremo, como no Distrito Federal, onde houve imposição de prazo ao Coordenador do Sistema Penitenciário do DF para cumprimento de portaria que determinava a transferência de presos, sob pena de prisão por desobediência, sem se atentar para a impossibilidade técnica e material da efetivação da medida no prazo exigido.

Foi justamente devido a esta falta de entendimento sobre a questão que vinha impondo dificuldades para os administradores do sistema prisional, que as autoridades de segurança pública, justiça e dirigentes prisionais, após várias discussões em encontros nacionais, apresentaram ao Ministério da Justiça as propostas que foram adotadas na MP nº 28.

As medidas da MP nº 28, originalmente estão contidas no Projeto de Lei nº 5.073/2001, que, por solicitação de todas as autoridades acima relacionadas, foi enviado em regime de urgência constitucional, mas infelizmente a solicitação foi retirada.

Assim como o Conselho Nacional de Secretários de Justiça e o Conselho Nacional de Secretários de Segurança Pública, que apóiam as medidas adotadas pela MP nº 28, o Fórum Nacional de Dirigentes Estaduais de Sistemas Prisionais, desde a sua criação em setembro de 2000, vem afirmando junto ao Departamento Penitenciário Nacional e ao Ministério da Justiça a necessidade destas medidas, sendo que, por ocasião de sua quarta reunião ordinária, realizada em Macaíó (AL), nos dias 25 e 26 de outubro de 2001, manifestou-se mais uma vez em apoiar as propostas que estimulam a realização dos interrogatórios nos estabelecimentos penais, fixação da competência ao Poder Executivo para remoção de presos e a criação do regime disciplinar diferenciado.

Por fim, deve-se ressaltar que é indispensável a colaboração de todas as instituições e entidades que tratam do fenômeno da criminalidade, como salienta a nota da AMB, e, pelo exposto, vê-se que a MP nº 28 vem justamente reforçar a necessidade desta ação conjunta.

O autor é presidente da Agência Goiana do Sistema Prisional, secretário do Fórum Nacional dos Dirigentes Estaduais de Sistemas Prisionais, advogado, mestre em ciências políticas e professor da UNIP-Goiânia.



A Visita Íntima às Presas: Uma Primeira Vitória?

ALESSANDRA TEIXEIRA e JACQUELINE SINHORETTO

“Entender as proibições é também compreender a força das resistências e a maneira de contorná-las ou subvertê-las”.
(Michelle Perrot)⁽¹⁾

deve ser acompanhada de programas de orientação e prevenção à gravidez, às doenças sexualmente transmissíveis, incluindo a aids, às doenças da mulher — e isso não apenas no caso das presas, mas dos presos também.

As vésperas da virada do ano, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, veio, finalmente, a partir da Resolução SAP 96 de 27.12.2001, regulamentar o exercício da visita íntima às mulheres presas. Para tanto, o texto legal reconheceu, primordialmente, a visita íntima como um direito e não uma regalia, regulamentando seu exercício às mulheres presas, com quase vinte anos de atraso em relação aos homens presos.

Parabenizamos por isso a Secretaria de Administração Penitenciária, que derradeiramente está pondo fim à continuada violação deste direito humano das mulheres e à uma conduta claramente discriminatória incorrida pelo governo do Estado de São Paulo, que, mesmo diante da inquestionável isonomia constitucional, omitia-se quanto à implantação da medida.

Em face do dia Internacional da Mulher, é boa a oportunidade para comemorarmos essa medida e para nos lembrarmos da mulher encarcerada, tantas vezes esquecida, até mesmo pelos movimentos feministas, que se habituaram a não enxergar nelas o papel de vítimas, relegando-as a uma posição desafortunada de *não passíveis de proteção*. Vale a pena não esquecer, nesta data de luta, que as presidiárias refletem, em seu perfil, o lado mais nefasto da exclusão social: o baixo grau de instrução, a discriminação racial, a maternidade precoce, a violência doméstica, a chefia de família, o afastamento dos filhos, a falta de atenção à saúde, a infecção pelo HIV...

A implantação da visita íntima em presídios femininos parece significar um efetivo avanço no atendimento aos seus direitos sexuais e reprodutivos. Mas, mais do que isso, pode denotar uma mudança de compreensão e tratamento da sociedade, não apenas para com as questões que compõem o universo da subjetividade feminina, como também no que se refere a humanização no cumprimento da pena de prisão.

Reconhece-se hoje o valor da manutenção de laços afetivos e de ligações com o mundo exterior na difícil passagem dos muros de concreto aos muros de preconceito em que vivem segregados os egressos da prisão. Todo o esforço que se faça para minimizar os efeitos nefastos do encarceramento é bem empregado e custa barato ao Estado em vista do que custa a probabilidade da reincidência, a corrupção de agentes, o tratamento de epidemias. Por isso, para ser um sucesso da administração penitenciária, a visita íntima

A preocupação com o desencarceramento fortaleceu-se. Falta, porém, preocupar-se seriamente com a manutenção dos laços entre as mulheres presas e seus filhos, não apenas porque é um direito e uma necessidade das mulheres, mas sobretudo porque é um direito das crianças e dos adolescentes o de não ser privado da convivência familiar, já que a eles a Constituição garante atendimento prioritário de necessidades.

Não obstante, teme-se que nem bem implantada, a nova medida de humanização do tratamento carcerário venha a sucumbir ao atual momento de retrocesso do discurso e das medidas legais, que são fruto de uma equivocada e desastrosa política de “guerra ao crime”. Essas medidas, além de irracionais, porque nascem sob o efeito da emoção, do susto e do medo, ainda ferem sistematicamente textos legais e constitucionais, aniquilando direitos e garantias individuais, especialmente de pessoas condenadas e presas. É paradoxal um Poder Público que expede uma Resolução como a que aqui festejamos, no mesmo momento em que busca endurecer o tratamento dado aos presos, quem sabe se atribuindo a eles o evidente esgotamento do modelo de segurança pública. Tão paradoxal quanto quem almeja construir a paz e a justiça a partir de uma guerra...

No que se refere ao efetivo cumprimento da Resolução da SAP, é importante registrar ainda que, dos três presídios femininos localizados na Capital, um já implantou com sucesso a medida (a Penitenciária do Tatuapé), outro está construindo um “pavilhão” especialmente para esta finalidade (Penitenciária Feminina da Capital), e apenas um deles, e não surpreendentemente aquele que é objeto constante de denúncias de tortura e abuso de autoridade — a Penitenciária do Butantã —, silencia-se quanto ao seu cumprimento.

Vale lembrar, ainda, que a resolução foi expedida, depois de anos de luta de segmentos da sociedade civil e de especialistas das diversas áreas que atuam no tema. Em 1996, quando o então secretário da administração penitenciária de São Paulo era dr. **João Benedito de Azevedo Marques**, organizou-se um grupo de estudos sobre a visita íntima e a saúde da mulher presa, de composição multidisciplinar, do qual faziam parte, entre outros, o dr. **Pedro Armando Egydio de Carvalho** e a dra. **Maria Emília Guerra Ferreira**, grupo este que produziu um documento em favor da implantação da visita, que culminou na Resolução nº 14 SAP de 01.03.1996, que declarava ser a visita



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

BOLETIM IBCCRIM

— ISSN 1676-3661 —

EDITORA DO BOLETIM: Janaina C. Paschoal

JORNALISTA: Gisele Vieira (MTb. 25.414)

CONSELHO EDITORIAL: Carlos Alberto Pires Mendes, Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes, Celso Eduardo Faria Coracini, Cesar Matta Ide, Daniela Carvalho Almeida Costa, Eder Clai Ghizzi, Fábio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Velloso Teixeira, Helena Regina Lobo da Costa, Humberto Monteiro da Costa, Janaina C. Paschoal, Ludmila Vasconcelos Leite, Luiz Felipe Azevedo Fagundes, Maria Emília Nobre Bretan, Maria Fernanda Baptista Cepellos Daruiz, Mariângela Lopes Nestein, Mariângela Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho, Paula Kahan Mandel, Renato de Mello Jorge Silveira, Renato Spaggiari, Rogério Marcolini e Vinícius Toledo Piza Peluso.

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO,
MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas -
Tel. (11) 215-3596 - Fax (11) 6591-3999
E-mail: ameruso@mgnet.com.br

IMPRESSÃO: Marprint

TIRAGEM: 21.000 exemplares

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

Correspondência: IBCCRIM
Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)
http://www.ibccrim.org.br
e-mail: ibccrim@ibccrim.org.br

▶ íntima um direito das mulheres presas, mas nada dispunha em termos da sua implantação.

Cinco anos depois, em setembro último, a Associação Juízes para a Democracia, o Colibri, o ITTC e a OAB/SP promoveram um encontro de trabalho para discutir a situação da mulher no sistema carcerário, produzindo um documento propositivo, em que se apontou a

urgência da implantação da visita íntima, diante da flagrante ilegalidade que a vedação importava. Três meses e meio depois, a publicação da resolução que regulamenta a visita consagra uma primeira vitória sobre a discriminação de gênero contra às encarceradas, e nos dá a certeza de que a mobilização é uma importante arma que possuímos e talvez precisemos aprender a melhor utilizar.

NOTA

(1) **PERROT, Michelle** "Mulheres Públicas", São Paulo: Editora Unesp, 1998.

Alessandra Teixeira é advogada, integrante do Colibri, e colaboradora do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM. **Jacqueline Sinhoretto** é socióloga e coordenadora de Pesquisas do IBCCRIM.

Tiro no Pé

ADAUTOSUANNES

Está em cartaz nesta capital a peça "O Avarento", com o ator **Jorge Dória**, no que se poderia chamar de "desmontagem" do clássico de **Molière**, tantos são os "cacos" introduzidos no texto primitivo. A horas tantas, o personagem (que tem o pitoresco nome de Harpagão, cujo som parece um deboche ao governo federal) desentende-se com um serviçal, que ameaça: "Pois fique sabendo que vou procurar o Poder Judiciário" (se a frase não é bem essa o sentido é seguramente esse). Ao que o personagem principal retruca: "Se puder encontrar um só juiz que mereça confiança, sorte sua" (se a frase não é bem essa, o sentido é seguramente esse, repito). A platéia prorrompe em aplausos e ele aguarda. Vindo o silêncio, ele adverte: "Lembre-mo-nos que estamos na França". Novos aplausos.

Pouco importa indagar o que levou a população a ter em tão baixa conta o Judiciário nos dias de hoje. As ciências existem para dar explicações para tudo. Principalmente quando a explicação nos convém. E para que as coisas mudem para ficar exatamente como são. *Plus ça change plus c'est la même chose*, para homenagearmos o mencionado Molière. O fato de os processos judiciais, no ano recém findo, terem ficado parados praticamente um semestre (greve, suspensão de prazo, recesso de fim de ano, férias de verão), levando advogados mais modestos a terem de fechar seus escritórios, por incapacidade econômica de enfrentar as despesas sem entradas econômicas correspondentes, é apenas um dos dados do problema, que, aliás, não fosse a imprensa, nem teria sido percebido pelo grosso da população. Antes disso a demora já era inaceitável e nem por isso alguma providência concreta foi tomada para encurtá-la, demora que só faz crescer. O que admira é que jamais alguém tenha feito um estudo sério a respeito da produtividade de um juiz médio (essa figura estatística que as empresas gostam de invocar quando avaliam seus empregados reais mas que, na prática, implica em melhora na produtividade). Há varas na mesma comarca que têm pauta de menos de um mês, enquanto outras têm pauta para mais de cinco meses. Qual a explicação para isso? Juízes do mesmo tribunal devolvem os autos que recebem por força da distribuição praticamente na semana seguinte; outros, demoram meses. Qual a

explicação para isso? Estou falando em "explicação", não em desculpa.

Dito de outro modo: alguém já fez um estudo sério, com base na ciência da administração, sobre quanto ganha um juiz por hora de trabalho efetivo? Sem um estudo desses, dizer que os juízes ganham muito ou ganham pouco é apenas palpite, tentativa de explicar o inexplicável, ou acusação leviana. Aliás, quantas horas deve um juiz dedicar-se ao seu mister efetivo? Dito de outro modo: as horas gastas em atividade docente, ou em cuidados com a saúde do corpo ("mens sana in corpore sano"), são compatíveis com as horas necessariamente gastas na atividade judicante? Dito de outro modo ainda: alguém fiscaliza a que horas chega o juiz ao fórum e a que horas dali sai? Alguém fiscaliza se a pauta dele prevê audiências em todas as segundas e todas as sextas feiras? Se reside na comarca, como é exigência mínima para que bem possa desempenhar sua atividade judicante? Se a obrigatória correição geral de fim de ano é mesmo uma correição ou mera aposição de carimbos nos autos de processos que o cartório apresenta para tanto?

Sendo indagações, não podem ser consideradas acusações a quem quer que seja. Cômodo seria dizer, como o Harpagão de **Jorge Dória**, que estou falando da França. Mas sem um enfoque profissional de uma atividade tão desmoralizada, como acima se ilustrou, algo que deve ser feito com toda urgência, com vistas a dotar o Judiciário de uma eficiência tal que justifique sua existência, que nos aguarda?

Ou, como disse recentemente o presidente de um tribunal federal: "pra que juiz?"

Realmente, qual, por exemplo, a função do juiz criminal? Supomos todos os que temos estudado o assunto que ela seja essencialmente garantística (garantista, segundo mestre Silva Franco). É só ler a Constituição, que os juízes juraram cumprir e fazer cumprir. Quando, então, um juiz invoca a situação da Argentina para decretar a prisão de um homem público brasileiro, pelo simples fato de haver um clamor público de indignação ante as falcaturas que teria ele cometido, alguém se abalará a processá-lo pelo evidente abuso de autoridade cometido, "condenando" *in limine* o futuro acusado, a quem deveria assegurar um processo justo? Ou quando os presos são ex-banqueiros, pelo só fato de sê-lo, mesmo

tendo eles o escancarado direito de apelar em liberdade, pois são constitucionalmente presumidos inocentes? Ou quando decreta a prisão de um médico acusado da prática de crime meramente culposos, por mais repugnante que seja ele? Se os tempos atuais exigem que se volte ao fascismo e sua adoção da teoria da "presunção de culpa" é uma questão a discutir. Enquanto, porém, tivermos um Constituição como a de 1988, por menos que dela gostem, devem os juízes a ela se afeiçoar. Ou deixar a Magistratura e sair às ruas para mudá-la, por bem ou por mal, se disso for o caso.

As tentativas de responsabilizar-se o Estado pelos desmandos de seus agentes juízes têm encontrado ouvidos moucos nos tribunais, que repetem lições bolorentas que todos já supúnhamos sepultas. Assim, ao mesmo tempo em que invocam argumentos respeitáveis para lutar contra uma fiscalização da sociedade à sua atuação, os juízes se recusam a fazer o que fizeram nossos congressistas recentemente, ao reverem as regras que disciplinavam a imunidade parlamentar, criando os juízes, na prática, uma imunidade judicial, incompatível com uma sociedade que se pretende democrática, mesmo quando se cuidam de atos destituídos de qualquer embasamento jurídico e que redundam em sério prejuízo a jurisdicionados.

Fala-se muito em "campanha de descrédito", que estaria sendo encetada contra o Judiciário por aqueles que temem os juízes. Ora, em primeiro lugar, juiz não é para ser temido. Basta que cumpra a lei, como lhe compete, e será ele respeitado. Há que se temer o juiz arbitrário, aquele de cuja caneta não se pode imaginar o que poderá vir. Nem quando. Deixando ele de cumprir a lei, ou dando a ela entendimento personalíssimo, divorciado da reflexão de todos os que sobre o tema se haviam debruçado antes dele, põe em dúvida se é a pessoa certa para o desempenho de função pública, quanto mais sendo ela uma função vitalícia. Se o Judiciário deixa de agir com seus membros com pelo menos uma parcela do rigor de que se utiliza quando julga os jurisdicionados e se isso acaba por generalizar a idéia de que nenhum juiz merece confiança, como se diz na galhofeira peça, *sibi imputet*.

O autor é desembargador aposentado.

A Reincidência no Código de Trânsito Brasileiro - Breve Estudo Comparativo

GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO

CURSO

Direito Penal Empresarial
(Programa GVpec/GVlaw)

Coordenadores: Celso Vilardi,
Flávia Rahal e
Theodomiro
Dias Neto.

Orientador: Arnaldo Malheiros
Filho

Conteúdo: *Estudo da Legislação Penal Econômica e Disciplinas afins (Direito Bancário; Direito Econômico; Direito Tributário; Contabilidade; Macroeconomia).*

Número de aulas: 70 horas
(início: 19.04.02; término: 08.06.02)

Local: Fund. Getúlio Vargas (EAESP)

Informações: tel: 3281-7777
www.fgvsp.br/gvpec

SEMINÁRIO

Será realizado nos dias 25 e 26 de março, Seminário intitulado "A Reforma do Processo Penal Brasileiro", no Auditório da EMERJ - Rio de Janeiro/RJ.

O evento contará com a presença de renomados juristas, da América Latina: Juan Enrique Vargas, Cristián Riego, Alberto Binder, Andrés Baytelman, Patrícia Coppola, e também do Brasil: Afrânio Silva Jardim, André de Felice, Aury Lopes Jr., Cláudio Brandão, Fauzi Hassan Choukr, Geraldo Prado, Humberto Dalla, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Lênio Luiz Streck, Luiz Gustavo Grandinetti, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Zanoide de Moraes, Paulo Rangel e Salo de Carvalho.

Mais informações através do tel.: (21) 2588-2925.

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503 de 23-9-1997) foi inovador ao configurar no seu texto os crimes de trânsito (Capítulo XIX).

Com tal decisão ficou estabelecido o instituto da reincidência, previsto no art. 63 do Código Penal, ou seja, "quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior". Recorde-se que consigna o art. 64, I, do Código Penal: "não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos".

O art. 296 do CTB faculta ao juiz a aplicação da penalidade de suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais cominações penais cabíveis, se o réu for reincidente na prática de crime previsto "neste Código", ou seja, aqueles estipulados no Capítulo XIX.

O acréscimo desta faculdade tem razão de ser porque em alguns crimes do CTB não está prevista, especificamente, a pena de suspensão da permissão ou da habilitação.

Vale, portanto, considerar que nos crimes dos arts. 304, 305, 309, 310 e 312 o juiz pode acrescentar a pena de suspensão.

Aliás, o art. 292 parece repetir o art. 296, que se refere à aplicação da suspensão como pena principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades.

A penalidade de suspensão ou de proibição pode ter a duração de dois meses a cinco anos (art. 293).

Não esclareceu o legislador se o prazo do art. 293 deve ser igual ao prazo da pena corporal (detenção), aplicada na sentença condenatória.

Destarte, parece-nos que fica ao prudente critério do juiz fixar o período de suspensão ou de proibição. "Neste caso", — afirma **Guilherme de Souza Nucci** — "é indispensável que o juiz atue com o máximo equilíbrio possível, pois sua faixa discricionária é muito grande" ("Crimes de Trânsito", ed. Juarez de Oliveira, 1999, p. 14).

Devemos acrescentar, entretanto, que as penas de suspensão ou de proibição são os mais eficazes freios para conter as calamidades praticadas pelos maus motoristas ou pelos pretendentes à habilitação.

A Resolução nº 54/98 do Conselho Nacional de Trânsito — Contran — tratou dos períodos de suspensão, mas evidentemente no plano administrativo, já que se reporta ao art. 261 do CTB.

A sentença condenatória, portanto, se-

gundo entendemos, deve ter em conta a gravidade do comportamento do infrator e seus antecedentes (art. 59 do Código Penal), aplicando a suspensão ou a proibição de modo adequado, já que o Código permite uma pena com a duração de até cinco anos.

Segundo o art. 293, parágrafo único, "transitada em julgado a sentença condenatória, o réu será intimado a entregar à autoridade judiciária, em quarenta e oito horas, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação", sob pena de ser aplicado o art. 307, parágrafo único, ou seja, pena de detenção de seis meses a um ano e multa.

Tratando-se de suspensão do direito de dirigir ou de proibição de habilitação, deve ser feita comunicação ao Conselho Nacional de Trânsito - Contran, e ao órgão executivo de trânsito do Estado em que o indivíduo ou réu for domiciliado ou residente (art. 295); isto para que as autoridades competentes providenciem as anotações no prontuário do condutor ou registrem a medida em seus arquivos.

Se houver aplicação de medida cautelar (art. 294), idênticas providências devem ser tomadas pela autoridade judiciária.

Quanto ao recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação, previsto no art. 293, § 1º, melhor será que o documento seja remetido ao órgão de trânsito expedidor, mesmo porque a condenação judicial por delito de trânsito dá margem à cassação do documento, conforme art. 263, III, do CTB, permitida a reabilitação decorridos dois anos da cassação (art. 263, § 2º do CTB e art. 33 da Resolução nº 50/98 do Contran).

Observe-se que se a pena de suspensão ou de proibição for maior que dois anos, evidentemente ficará sem efeito o período de dois anos para que aconteça a reabilitação.

Em alguns crimes poderá o juiz deixar de aplicar suspensão ou a proibição, como já foi dito, mas cabe ao magistrado comunicar a condenação à autoridade de trânsito, para que ela determine a cassação, nos termos obrigatórios do art. 263, III do CTB.

Ao tempo do Código Nacional de Trânsito (Lei nº 5.108 de 21 de setembro de 1966) discutiu-se sobre a necessidade de constar da sentença condenatória a exigência de novos exames para o réu, por força do art. 77 daquele estatuto. Com a nova Lei nº 9.503/97 as conseqüências da condenação serão aquelas acima referidas.

Segundo **Arnaldo Rizzardo** "é de meridiana clareza o inc. III do art. 263, não precisando de maiores esclarecimentos. Vê-se, daí, uma abissal diferen-

➔ *ça nas penalidades relativamente ao Código de 1966* ("Comentários ao Código Nacional de Trânsito", 2ª ed., RT, p. 686).

Para **Waldyr de Abreu** o item III impõe a cassação da Carteira Nacional de Habilitação ou da Permissão para Dirigir, como conseqüência de condenação judicial por delito de trânsito, seja crime ou contravenção, observado o disposto no art. 160 do CTB. Isto é, qualquer ilícito penal lesivo à segurança de trânsito (crime ou contravenção), praticado por usuário da via pública ("Código de Trânsito Brasileiro", Saraiva, 1988, p. 113).

Deve-se anotar, ainda, que o condenado judicialmente por delito de trânsito será submetido a curso de reciclagem (art. 268, IV, do CTB combinado com a Resolução nº 58/98 do Contran).

No que se refere à parte administrativa do Código de Trânsito Brasileiro, a reincidência do infrator não tem a peculiaridade do art. 63 do Código Penal, ou seja, prática de novo crime após o trânsito em julgado da sentença condenatória, observado o prazo de cinco anos.

O legislador, neste caso, usou o termo reincidência conforme ensinam os dicionários, isto é, "repetir certo ato, tornar a fazer uma mesma coisa" (**Houaiss e Aurélio**).

E para que a repetição seja considerada, o Código estabelece o prazo de doze meses, isto é, será consignada a reincidência sempre que o novo ato tenha sido praticado no período de doze meses da primeira infração.

O estatuto administrativo ao mencio-

nar a reincidência sempre explicitou o prazo de doze meses. Assim está nos arts. 261, 263 e 267, bem como nos arts. 143, § 1º, 145, III, e 148, § 3º do CTB.

Além disso, o Conselho Nacional de Trânsito - Contran, dispondo sobre a penalidade de suspensão do direito de dirigir, fixou o período de doze meses para caracterização da reincidência. Ainda que em redação bastante confusa de um parágrafo, o órgão normativo máximo consignou que "o cômputo da pontuação referente às infrações de trânsito, para fins de aplicabilidade da penalidade de suspensão do direito de dirigir, terá a validade do período de 12 (doze) meses (...) A contagem do período expresso no caput deste artigo será computada sempre que o infrator for penalizado, retroativo aos últimos 12 (doze) meses" (arts. 2º e 3º § 1º da Resolução nº 54/98 do Contran).

Como complemento deste breve estudo cabe analisar a prescrição no trânsito, para que o tema seja discutido e objetado pelos doutos, naquilo que se relaciona com o sistema de pontuação atribuída aos infratores.

A penalidade de suspensão do direito de dirigir, quando o condutor atingir a soma de vinte pontos (art. 261, § 1º) deve ser examinada com a solução dada pelo Contran para a contagem dessa pontuação.

Segundo o órgão normativo, a cada período de doze meses deixam de prevalecer as infrações.

É possível entender-se que vencidos doze meses deixam de ser contabilizados os pontos anteriores (Resolução nº 54/98 do Contran).

Devemos atentar, no entanto, para o fato de que algumas infrações, sozinhas, já atribuem a pena de suspensão do direito de dirigir.

Por outro lado, a Resolução nº 812, de 3 de setembro de 1996, do Contran, não foi até hoje expressamente revogada, não obstante um malfadado e ilegal parecer do Denatran, aprovado pelo Diretor Geral (Parecer nº 5/2000 CGIJF/Denatran), e que não tem competência para tanto.

Destarte, é de se concluir (nos termos do art. 314 do CTB) que a Resolução nº 812/96 está parcialmente em vigor, desprezado o conflito com as datas da prescrição nele enumeradas.

Se o órgão executivo não cumprir o art. 257, § 7º do CTB, para que seja impulsionado o sistema de penalização (art. 281), é evidente que não pode ser julgada a consistência do auto de infração, sendo portanto nulos os pontos dela decorrentes (art. 281, I, e II).

Alguns órgãos executivos de trânsito, desprezando a exigência legal, e não respeitando o princípio da moralidade (CF art. 37), aceleram o procedimento executório, notificando os infratores sem o prévio conhecimento da autuação, a pretexto de que respeitam o prazo de 30 dias para defesa.

Caberia, portanto, mandado de segurança, ou ação própria, para desconstituição das multas incorretamente aplicadas. É discutível, pois, o cômputo das penas irregularmente aplicadas.

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

A Tese Funcionalista e a Legitimação do Discurso Demonstrativo do Legislador Penal Econômico

ÉDSON LUÍS BALDAN

O aperfeiçoamento científico da teoria geral do delito econômico deve, modernamente, ser enxergada como séria tentativa jurídico-criminológica de equilibrar o Direito Penal e a política criminal, modificando o círculo de pessoas afetadas tradicionalmente pelo delito.

De fato, uma ligeira investigação sobre a atividade econômica nacional revelará, sem dificuldades, que a obtenção do benefício e a conseqüente acumulação de capital, em nosso (neo)liberalismo, só vir acompanhada de transgressões à ordem legal — por vezes traduzidas em condutas de caráter criminal —, acarretando que a legitimação do sistema penal perca consistência ao se constatar que (1) a classe econômico-financeira dominante vulnera, sistematicamente, a legalidade no exercício da atividade econômica, de sólio empresarial, (2) mas

não suporta, em contrapartida, os rigores das sanções previstas em lei.

Os efeitos são conhecidos. No entanto, as causas subjazem inexploradas nos desvãos dos estudos criminais, ardeias aos holofotes zetéticos e à sinergia Direito-Economia. O impulso ao deslinde epistemológico, pensamos, reside na incondicional adoção do princípio penal garantista delimitador da exclusiva proteção de bens jurídicos.

Antes de tudo, registramos nosso entendimento no sentido de que, sob a ótica semântica, não soa correto o emprego indiscriminado da locução "bem jurídico" para designação de todos os bens/interesses relevantes da vida social e, também, merecedores da tutela do Direito. Pensamos que o adjetivo "jurídico", posposto ao substantivo "bem", confere a este uma qualidade

essencial de Direito. Prestar-se-ia a designar, unicamente, aqueles bens/interesses que, ontologicamente, integram o Direito, ou, dito por outro modo, consubstanciam, além do "dever-ser", também o "ser" jurídico. Ao revés, os "bens jurisdicizados" não são, na sua essência, "Direito", embora deste recebam a consectária guarida. A vida, e.g., sob tal concepção, não seria, ontologicamente, um bem "jurídico", mas sim um bem "natural-biológico" fincado, na sua origem, exclusivamente no mundo do "ser", eis que sua deflagração independe de incidência normativa (só ocorrente em momento posterior ao fenômeno vital). Por óbvio que, ao receber a tutela jurídica, esse bem torna-se jurisdicizado (mas não jurídico) pois tal qualificativo, veiculado por um verbo situado no participípio, expressa com maior propriedade uma entelê-

HOME PAGE: CORRUPÇÃO NO BRASIL

Foi criada uma página na Internet, que tem por objetivo divulgar, trabalhar e educar o assunto Corrupção, através de debates, doutrinas, peças processuais, artigos, colonistas, espaço para denúncias de casos de corrupção no Brasil e no Mundo.

O endereço provisório do site que ainda está em construção é:
www.corrupcaoBrasil.com.br

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Os associados do Instituto, que são também assinantes da RBCCRIM, já podem renovar a assinatura 2002, com 30% de desconto.

Para efetuar a renovação ou ainda novas assinaturas, basta entrar em contato com a Editora Revista dos Tribunais.

Os valores podem também ser consultados através do nosso site: www.ibccrim.org.br

Informações: Editora Revista dos Tribunais - Tel: (11) 3613-8400

quía, concebida como fastígio do dinâmico processo axiológico-normativo.

Feito o reparo tem-se a ordem econômica como sendo, efetivamente, um "bem jurídico", eis que somente entendida como produto de um sistema autopoietico, onde Direito e Economia, mediante relação reiterativa entre si, propiciam a gênese de um *bem jurídico-econômico*, de cuja essência não pode ser subtraído, sob pena de desnaturação da substância, nem o componente jurídico e tampouco o econômico.

A ordem econômica constitucional é a que se apresenta como bem jurídico (mediato ou imediato) digno de guarida no âmbito do Direito Penal Econômico e consubstancia o interesse estatal na integridade e manutenção da organização econômica do País, como fundamento do sistema político e da paz social do Estado democrático de Direito: cumpre a função de garantir a política econômica do Estado e de assegurar um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais.

Portanto, as normas penais econômicas devem prestar-se, em síntese, como hábil instrumento repressivo do abuso do poder econômico que, em regra, se manifesta pelo domínio dos mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário de lucros.

No trato das figuras típicas do Direito Penal Econômico é imprescindível a análise do bem jurídico sob duas concepções que, integradas, fornecem a completude conceitual defendida: a de bem jurídico imediato, que reflete a instituição do bem jurídico protegido em sentido técnico, como elemento básico de todo delito; a noção de bem jurídico mediato que, numa significação diversa, está vinculado à chamada *ratio legis* ou finalidade objetiva da norma (*i.e.*, expressa as razões ou motivos que conduzem o legislador penal a criminalizar determinado comportamento). Modernamente, fala-se, ainda, em bem jurídico representante ou espiritualizado, identificando aquele bem que há de resultar imediatamente lesionado (ou exposto a perigo) pelo comportamento típico individual, sem que seja necessário creditar essa efetiva lesividade ao bem imaterial mediamente protegido, constatável pela reiteração e generalização das condutas defraudatórias individuais.

Mundialmente, a cadência cansada do finalismo penal vai, com certa relutância, cedendo passagem à era funcionalista-utilitarista ou teleológico-racional da teoria do delito para, em refutação ao ideário formal-positivista lisztiano, inadmitir a cisão entre política criminal (com sua permanente mutação axiológica espaço-temporal) e Direito Penal (e suas assentadas abstrações dogmáticas).

E pelo fato de o cabimento da intervenção penal somente ser admissível, numa concepção funcionalista e utilitarista rawlsiana, se ocorrer o desempenho de uma específica função político-criminal, ao lançar uma norma penal econômica, devem as

agências legislativas acautelarem-se em fazê-lo com estrita obediência ao princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, sob pena de não angariar à sua tese (necessidade de repressão estatal-penal à conduta violadora daquele bem) o assentimento de seu auditório (jurisdicionados em sentido amplo) fazendo fenecer os sentimentos de obediência e acatamento à lei como instrumento da ordem pública econômica e, coetaneamente, fragilizando o discurso legitimador do Direito Penal.

Convimos, todavia, que essa análise retórica do discurso legislativo penal econômico justifica-se unicamente sob o prisma da argumentação e não da demonstração. A retórica, entendida por **Platão** como arte de enganar os próprios deuses e definida por **Aristóteles** como a arte de procurar, em qualquer situação, os meios de persuasão disponíveis, teve, modernamente, seu conceito ampliado por **Chaim Perelman** que via como seu objeto o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas e seu assentimento. Em termos mais simples, a essência da Retórica é o argumentar quando o demonstrar antolha-se inviável: procura-se persuadir por meio do discurso, busca-se a adesão a uma afirmação.

A demonstração, ao contrário da argumentação, pode ser submetida a uma análise lógico-formal, pois representa um processo dedutivo. A argumentação pode convencer ou não; a demonstração é um cálculo em que, dadas certas premissas, exsurge inexorável determinada conclusão.

Por esse motivo é que, tomado o sistema positivo como informador da demonstração, exige-se que venha ele calcado sobre bens jurídicos identificados ou facilmente identificáveis, pois a prova demonstrativa, aquela passível de análise à luz da lógica formal, deve ser mais que persuasiva, deve ser convincente.

A norma penal econômica deve incidir, necessariamente, sobre fatos (hipóteses) valoradas. A desconsideração ao aspecto axiológico conduz à ineficácia social da norma jurídica legal. Não se intenta, por óbvio, retrogradar à tradicional pretensão da Filosofia em elaborar uma moral e uma política racionais, pois tal implicaria na construção cartesiana de uma moral como disciplina científica (tarefa impossível, a partir da oposição estabelecida entre juízos de realidade e juízos de valor).

Dito por outro modo, não se contesta que o processo de jurisdicização de determinados bens e interesses seja irredutível a sistemas lógicos, o que se defende é que os critérios de eleição, pelo legislador, desses elementos valorados possam ser facilmente aferidos pela análise do bem jurídico que efetiva ou supostamente se buscou tutelar.

O autor é mestre em Direito Penal pela PUC/SP, pós-graduado em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e delegado de Polícia.

Encontro Internacional de Ciências Criminais - Natal/RN

4 DE ABRIL DE 2002

ABERTURA

17:00h - Entrega de Credenciais e Pastas
19:00h - Abertura Solene do Evento
20:00h - Conferência: "Imputação Objetiva"
Conferencista: Damásio Evangelista de Jesus (SP)
21:00h - Conferência: "Uma Visão Crítica do Direito Penal Econômico"
Conferencista: Francisco Muñoz Conde (Espanha)

5 DE ABRIL DE 2002

TEMÁTICA I ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

8:30h - Conferência: "A Abordagem Interdisciplinar em Ciências Criminais"
Conferencista: Ruth Chittó Gauer (RS)
09:30h - Conferência: "Sociedade Complexa e a Crise de Paradigma do Direito Penal"
Conferencista: Lenio Luiz Streck (RS)
10:30h - Intervalo
Auditório 1
10:45h - Paineis: "Mídia e Violência"
Painelistas: Alberto Zacharias Toron (SP) e Paulo Roberto Dantas de Souza Leão (RN)
Coordenador: Herbert Pereira Bezerra (RN)
11:45h - Debates
Auditório 2
10:45h - Paineis: "Polícia e Segurança Pública - Aspectos Jurídicos e Sociais"
Painelistas: Anísio Marinho Neto (RN) e Antonio Cláudio Mariz de Oliveira (SP)
Coordenador: José Augusto de S. Peres Filho (RN)
11:45h - Debates

TEMÁTICA II
QUESTÕES ATUAIS DA DOGMÁTICA PENAL
14:00h - Conferência: "Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica"
Conferencista: Cezar Roberto Bitencourt (RS)
15:00h - Conferência: "Análise Político-Criminal da Lavagem de Dinheiro"
Conferencista: Andréa Castaldo (Itália)
16:00h - Intervalo
Auditório 1
16:15h - Paineis: "Crimes de Responsabilidade Fiscal (Comentários à Lei 10.028/00)"

Painelistas: Alice Bianchini (SP) e Rui Stoco (SP)
Coordenador: Paulo Gomes Pimentel (RN)
17:15h - Debates
17:30h - Paineis: "Crimes do Meio-Ambiente"
Painelistas: Miguel Reale Júnior (SP) e Eduardo Cavalcanti (RN)
Coordenador: Gilka da Mata Dias (RN)
18:30h - Debates
Auditório 2
16:15h - Paineis: "Legitimação e Deslegitimação da Ciência Penal: Direito Penal e Execução Penal"
Painelistas: César Barros Leal (CE) e Paulo de Souza Queiroz (BA)
Coordenadora: Carla Campos Amico (RN)
17:15h - Debates
17:30h - Paineis: "Direito Penal Tributário"
Painelistas: Heloísa Estellita Salomão (SP) e Luís Lopes (RN)
Coordenador: Afonso de Ligório Bezerra Júnior (RN)
18:30h - Debates
18:45h - Conferência: "As Estruturas dos Tipos Penais nos Crimes Organizados"
Conferencista: Guillermo Jorge Yacobucci (Argentina)

6 DE ABRIL DE 2002

TEMÁTICA III
QUESTÕES ATUAIS DA DOGMÁTICA PROCESSUAL PENAL
8:30h - Conferência: "Interceptação Telefônica"
Conferencista: Vicente Greco Filho (SP)
09:30h - Conferência: "Uma Visão Crítica do Sigilo Bancário"
Conferencista: Gabriel Adriasola (Uruguai)
10:30 - Intervalo
Auditório 1
10:45h - Paineis: "Investigação Criminal e Direitos Fundamentais"
Painelistas: Maurício Zanoide de Moraes (SP) e Ricardo Wagner de Souza Alcântara (RN)
Coordenador: Pedro de Souto (RN)
Auditório 2
10:45h - Paineis: "O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira"
Painelistas: Márcio Garcia (DF) e Antenor Pereira Madruga Filho (RN)
Coordenador: Ronaldo Sérgio Chaves Fernandes (RN)
11:45 - Debates

TEMÁTICA IV A REFORMA DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

14:00h - Conferência: "A Reforma do Código de Processo Penal"
Conferencista: Luiz Flávio Gomes (SP)
15:00h - Conferência: "A Reforma do Código Penal"
Conferencista: Fernando Capez (SP)
16:00h - Intervalo
Auditório 1
16:15h - Paineis: "O Sistema Penitenciário e Novas Formas de Penalização"
Painelistas: Pedro Armando Egydio de Carvalho (SP) e Salo de Carvalho (RS)
Coordenador: Manoel Onofre de Souza Neto (RN)
Auditório 2
16:15h - Paineis: "Ministério Público e os Grupos de Combate ao Crime Organizado"
Painelistas: José Carlos Blat (SP) e Edevaldo Barbosa (RN)
Coordenador: Wendel B. Ribeiro Agra (RN)
17:15h - Debates

ENCERRAMENTO

17:30h - Conferência: "A Teoria do Bem Jurídico"
Conferencista: Juarez Tavares (RJ)
18:30h - Conferência: "Globalização e Nova Criminalidade"
Conferencista: Alberto Silva Franco (SP)

VALOR DA INSCRIÇÃO

Participantes	Até 15/03/02	A partir de 16/03/02
Profissionais	R\$ 145,00	... R\$ 175,00
Estudantes Graduação	R\$ 135,00	... R\$ 165,00
Membros do MP	R\$ 135,00	... R\$ 165,00
Alunos e Ex-alunos da FESMP/RN	R\$ 125,00	... R\$ 155,00
Membros do MP/RN	Isentos R\$ 100,00

Inscrições de 15/02 a 04/04

diretamente na sede da FESMP/RN, na Rua Ângelo Varela, 1.030, CEP:59015-010, Tirol, Natal/RN; ou através do site: www.fesmprn.org.br/encontrointernacional.htm

Informações pelos telefones:

(84) 211-3038/611-1171/611-1172

1º FORO LATINO-AMERICANO DE POLÍTICA CRIMINAL: AS VÁRIAS FACES DO CRIME

14 A 17 DE MAIO DE 2002 – RIBEIRÃO PRETO - SP

PALESTRAS: "Controle Social na América Latina", "A Globalização e sua Influência nos Sistemas Penais Latino-Americanos", "Proteção dos Direitos Humanos na Administração da Justiça", "A Administração da Justiça no 3º Milênio", "Abordagem Criminológica do Conceito de Crime Organizado", "As Prisões na América Latina e as Disposições Internacionais sobre a Pena Privativa de Liberdade", "Espetáculo Penal: Mídia e Controle Social", "Segurança Pública e Segurança Privada: A Função da Polícia em uma Sociedade Democrática", "Novas Fronteiras do Controle Social: A Participação da Sociedade Civil na Criação e Expansão de Espaços Jurídicos Transnacionais" e "Formação da Rede de Justiça".

PARTICIPANTES: Alberto Binder (Argentina), Álvaro Perez Pinzón (Colômbia), Ana Messuti de Zabala, Augusto Sánchez Sandoval (Colômbia), Eugenio

Raúl Zaffaroni (Argentina), Fernando Acosta (Brasil), Fernando Tenorio Tagle (México), Francisco Eguiguren (Peru), Gonzalo Fernández (Uruguai), José Luis Gusmán Dalbora (Chile), Jose Ugaz (Peru), Juan Pegoraro (Argentina), Juarez Cirino dos Santos (Brasil), Juarez Tavares (Brasil), Lolita Aniyar de Castro (Venezuela), Luis Fernando Niño (Argentina), Maria Victoria Rivas (Paraguai) e Nilo Batista (Brasil).

TEMAS DOS GRUPOS DE ESTUDO E DEBATE: "Controle Social", "Globalização", "Direitos Humanos", "A Administração da Justiça", "Crime Organizado", "Prisões", "Mídia", "Segurança" e "A Participação da Sociedade Civil".

INSCRIÇÕES E INFORMAÇÕES: Depto. de Comunicação e Marketing Tel.: (011) 3105-4607 ou 3105-0109 E-mail: comkt@ibccrim.org.br

Pode o Juiz Fixar Pena Abaixo do Mínimo Legal?

PAULO QUEIROZ

VIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

O programa do VIII Seminário Internacional do IBCCRIM está sendo elaborado. O evento acontecerá entre os dias 8 e 11 de outubro próximo, em São Paulo - SP.

Já confirmaram presença os seguintes palestrantes: Enrico Pagliero (Itália), Maria João (Portugal), Sergio Moccia (Itália) e Vincenzo Ruggiero (Inglaterra).

Leia no próximo Boletim a programação completa.

Informações no Depto. de Comunicação e Marketing do IBCCRIM, pelo telefone: (11) 3105-4607 ou através do e-mail: comkt@ibccrim.org.br

IBCCRIM MUDA SEU DOMÍNIO NA INTERNET

Com a finalidade de harmonizar as diretrizes do site do Instituto com os objetivos e fundamentos constantes de seu Estatuto, alteramos o endereço www.ibccrim.com.br, que possui conotação comercial, para www.ibccrim.org.br, identificação de institutos sem finalidade lucrativa.

A pergunta a formular e responder é a seguinte: pode o juiz aplicar pena abaixo do mínimo legal ainda quando não concorram causas de diminuição de pena ou circunstâncias atenuantes?

A resposta, decididamente, é sim!

Primeiro, porque, ao fazê-lo, não se dá, em tal caso, qualquer violação ao princípio da legalidade.⁽¹⁾ Segundo, porque aplicar a pena justa, não importando se no mínimo legal, aquém ou além dele, é uma exigência de proporcionalidade.⁽²⁾

Justifico. O princípio da legalidade, como de resto todos os princípios, constitui autêntica garantia, que, como tal, existe (historicamente) para proteger o cidadão contra os excessos do Estado, e não o contrário, para prejudicá-lo. Representa, portanto, constitucionalmente, uma poderosa garantia política para o cidadão, expressivo do *imperium* da lei, da supremacia do Poder Legislativo — e da soberania popular — sobre os poderes do Estado, de legalidade da atuação administrativa e da escrupulosa salvaguarda dos direitos e liberdades individuais.⁽³⁾ Por isso é que não há cogitar de afronta ao princípio sempre que a lei tiver de retroagir para beneficiar o réu, por exemplo, pois, em tal caso, não há ofensa ao caráter garantidor que o informa e justifica.

Aliás, é justamente em razão deste caráter garantístico do princípio que o contrário não pode acontecer, vale dizer, fixar o juiz a pena acima do máximo legal.

Já o princípio da proporcionalidade,⁽⁴⁾ que compreende os subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (sentido tradicional), exige que a pena seja, a um tempo, necessária, adequada e compatível com o grau de ofensividade do delito cometido. Por isso que é dado ao juiz, por exemplo, socorrer-se do princípio da insignificância para decretar a absolvição, sempre que se achar diante de uma lesão ínfima ao bem jurídico que a norma quer tutelar.

Nem poderia ser diferente, uma vez que a missão do juiz já não é, como no velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sujeição à lei enquanto válida, isto é, coerente com a Constituição.⁽⁵⁾

Pois bem, se o juiz pode mais — absolver, dada a irrelevância — pode menos, evidentemente: aplicar pena aquém do mínimo legal. Assim, se, não obstante a pouca quantidade de droga, entender, na hipótese de tráfico (Lei nº 6.368/76, art. 12), inaplicável o princípio da insignificância, poderá aplicar a pena em 1 ano de reclusão, por exemplo, abaixo do mínimo legal, que é de 3 anos de reclusão.

Fundamental é fixar, sempre, uma pena justa para o caso, proporcional ao delito, conforme as múltiplas variáveis que o envolve (CP, art. 59), ainda que, para tanto, tenha o juiz de fixá-la aquém do mínimo legal. É legítima, pois, a aplicação de pena abaixo do mínimo. Entender o contrário é adotar uma postura anti-garantista.

Obviamente que, com maior força de razões, legítima será a aplicação da pena abaixo do mínimo legal se concorrerem circunstâncias atenuantes, como já reconheceu o (então) ministro **Cernicchiaro**,⁽⁶⁾ contrariamente à Súmula 231 do STJ.

NOTAS

- (1) Este é o argumento principal, aliás, daqueles que, como **Damásio** ("*O Juiz pode, em Face das Circunstâncias Atenuantes Genéricas, Fixar a Pena Aquém do Mínimo Legal Abstrato?*", **Boletim do IBCCRIM**, 73/03), são contrários à possibilidade de as circunstâncias atenuantes poderem reduzir a pena abaixo do mínimo legal.
- (2) Não sem razão, tem-se proposto a abolição da pena mínima, à semelhança do que fez o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65)). Nesse sentido, **Ferrajoli** ("*Derecho y Razón*", Madrid: Ed. Trotta, 1995, p. 400) e **Edson O'Dwyer** ("*Se Eu Fosse Juiz Criminal*", **Boletim do IBCCRIM**, S. Paulo, nº 86, jan. 2000).
- (3) **García-Pablos**, "*Derecho Penal*", Madrid, 1995, p. 234.
- (4) Sobre o assunto, **Paulo Queiroz**, "*Direito Penal – Introdução Crítica*", Saraiva, 2001.
- (5) **Ferrajoli**, "*Derechos y Garantías*", Madrid: Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 26.
- (6) STJ, Resp. nº 151.837/MG, 6ª T., STJ, rel. ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, j. 28.05.98. No mesmo sentido, **Carmen Silva de Moraes Barros**: "*Assim, adotados os princípios de individualização da pena e da culpabilidade, não se pode mais falar em impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal — qualquer vedação nesse sentido é inconstitucional. Assim não fosse, e a aplicação de pena poderia seguir critérios exclusivamente matemáticos. No entanto, a análise do caso individual, em razão de sua complexidade e diversidade, obsta a culpabilidade vinculada a limites mínimos. Portanto, cabe ao juiz, relevando as circunstâncias do caso concreto: grau de exposição do agente à criminalidade, suas condições pessoais, a situação particular em que levou a cabo a prática delitativa, forma de execução e conseqüências do crime, comportamento da vítima, estabelecer a medida da pena compatível com a culpabilidade vista sob a ótica do direito penal mínimo*", ("*A Fixação da Pena Abaixo do Mínimo Legal: Corolário do Princípio da Individualização da Pena e do Princípio da Culpabilidade*", **Revista do IBCCRIM**, ano 7, nº 26, abril-junho, 1999).

O autor é professor da Universidade Católica de Salvador - UCSal.

Sobre a Necessidade do *Animus Defendendi* na Legítima Defesa

CHRISTIANO FRAGOSO

a) Um homem, imaginando tratar-se de um oficial de justiça, alveja um matador profissional que, com a intenção de tirar-lhe a vida, acabara de invadir a sua residência.

b) Uma mulher pensa atirar no marido de retorno da orgia noturna, mas atinge o ladrão armado tentando entrar em sua casa.

c) Um ciclista se aproxima, por trás, de uma senhora idosa, com a intenção de furtar-lhe a bolsa. Encolerizado por motivo fútil, um passante, embora ignorando o intento do ciclista, empurra-o. Este se lesiona na perna, vê danificada sua bicicleta e não consegue realizar seu plano.

Alitura ainda que superficial das hipóteses mencionadas, nota-se claramente que, entre elas, há um dado comum: em todas, o agente atua nas circunstâncias objetivas da legítima defesa (própria ou, no último caso, de terceiro), ignorando, no entanto, encontrar-se nessa condição. Seria possível, nessas hipóteses, o reconhecimento da dita discriminante, com a consequente exclusão da antijuridicidade? Ou, ao contrário, faltaria algum requisito subjetivo para a caracterização dessa excludente? Nessa última hipótese, qual seria esse requisito faltante?

À primeira vista, a discussão acerca da (eventual) existência e do conteúdo dos elementos subjetivos das causas de exclusão da antijuridicidade parece ser um tema antiquado e esgotado, sobre o qual, portanto, não valeria a pena se debruçar. No entanto, a verdade é que, muito embora a dogmática jurídico-penal, no limiar deste século XXI, tenha alcançado excelentes níveis de desenvolvimento, incrivelmente, ainda não há consenso doutrinário, nem definição legislativa, acerca da solução jurídica mais adequada. Somente para citar lições de alguns renomados penalistas, pode-se verificar que as posições de **Eugênio Raul Zaffaroni**, **Juarez X. E. Tavares**, **Claus Roxin** e **Hans-Heinrich Jescheck** apresentam várias e relevantes diferenças. Em síntese, **Zaffaroni** entende que a discriminante é puramente objetiva ("Derecho Penal - Parte General", ed. Ediar, 2000, p. 573); para **Juarez Tavares**, basta que o agente tenha tomado como possível a ocorrência da situação justificante ("Teoria do Injusto Penal", ed. Del Rey, 2000, p. 255); **Roxin** contenta-se com que o agente tenha conhecimento da situação justificante ("Strafrecht - Allgemeiner Teil I", 3ª ed., ed. C.H. Beck, 1997, § 14, n° 94, pp. 539-40); e, por fim, **Jescheck**, exige que o agente se conduza com vontade de defesa ("Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil", 5ª ed., Duncker & Humblot, 1996, pp. 328-9).

Não se trata de questão meramente aca-

dêmica, possuindo consideráveis conseqüências práticas. Há outras questões (com soluções ainda igualmente controvertidas) que dependem diretamente da tese adotada: (a) caso seja necessário o elemento subjetivo, seria punido o agente na eventualidade de sua ausência? Em caso positivo, a que título?; (b) como se daria a caracterização da discriminante no crime culposos?; (c) no caso de causas supralais de exclusão da antijuridicidade, como seria regulada a questão?

A controvérsia acerca da exigência de elementos subjetivos da justificação repete-se relativamente a todas as causas de exclusão da ilicitude, havendo, inclusive, autores que exigem tais elementos somente com relação a algumas excludentes (neste ponto, **Baumann**, "Strafrecht AT", 4ª ed., 1966, ed. Gieseking; **Gallas**, "Bockelmann-FS 172"; **Herzberg**, JA 1986, 190). Para que se possa melhor examinar a questão, este estudo estará restrito à legítima defesa, uma vez que como afirmava **Aníbal Bruno**: "Um dos domínios em que mais se discute a influência do subjetivo do agente é o da legítima defesa" ("Direito Penal", vol. I, p. 381, nota 25).

Até meados da década de 1970, predominava entre os autores nacionais o entendimento de que a legítima defesa teria natureza meramente objetiva. Veja-se, por todos, o douto **Magalhães Noronha**: "A legítima defesa é causa objetiva excludente da antijuridicidade. Situa-se no terreno físico ou material do fato, prescindindo de elementos subjetivos. O que conta é o fim objetivo da ação, e não o fim subjetivo do autor. (...) O que se passa na mente da pessoa não pode ter o dom de alterar o que se acha na realidade do fato externo" ("Direito Penal", v. I, 8ª ed., 1972, SP, Saraiva, p. 191). Era absolutamente compreensível, uma vez que o CP 1940 descendia diretamente do *Codice Rocco*, da Itália, onde há clara disposição no art. 59 ("Le circostanze che attenuano (62, 62 bis, 114) o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti"). Há lição antiga de **Antolisei** ("Manuale di Diritto Penale, Parte Generale", p. 208) em favor do objetivismo, sempre invocada pelos autores italianos.

Também nos países de língua germânica havia forte corrente doutrina nesse sentido (**von Hippel**, "Deutsches Strafrecht", II, Berlin, 1930, p. 210; **von Weber**, "Grundriss des Deutschen Strafrechts", 2ª ed., Bonn, 1948, p. 91; **Rittler**, "Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts", 2ª ed., Viena, 1954, p. 140; **Wegner**, "Strafrecht", Goettingen, 1951, p. 121; **von Liszt**, "Tratado de Direito Penal Alemão", trad. J. Hygino, Rio, 1899). No Brasil, a exceção era justamente **Aníbal Bruno**, que, extremamente

influenciado por outros autores alemães (**Edmund Mezger** — que mudara de posição — e **Reinhart Maurach**, principalmente), aderira à subjetivação da discriminante. Ouçamos **Aníbal Bruno**: "Apesar do caráter objetivo da legítima defesa, é necessário que exista, em quem reage, a vontade de defender-se. O ato do agente deve ser gesto de defesa, uma reação contra ato agressivo de outrem, e esse caráter de reação deve existir nos dois momentos da sua atuação, o subjetivo e o objetivo. O gesto de quem defende precisa ser determinado pela consciência e vontade de defender-se. Mas não exclui a legítima defesa o fato de o agente juntar ao fim de defender-se outro fim, como, por exemplo, o de vingar-se, desde que objetivamente não exceda os requisitos da necessidade e da moderação" (ob. cit., pp. 380-381).

Com a introdução e a sólida implantação da teoria finalista da ação no Brasil (o que ocorreu a partir das obras de **João Mestieri** e **Helena Fragoso**), passou a preponderar, ao contrário, a tese de que, para a configuração da legítima defesa, é necessário o *animus defendendi*, quase sempre a mesma observação de tal ânimo poderia concorrer com motivos menos nobres (ódio, vontade de vingança, maldade etc.), sem desnaturação da discriminante.

Veja-se a lição de **Mestieri**, em obra recente: "Os tipos permissivos são de congruência plena, ou seja, demandam a existência dos elementos essenciais subjetivos e objetivos. Essa exigência varia, obviamente, de acordo com a figura de permissão de que se trate. Assim, na legítima defesa, além da situação objetiva de reação há de se exigir, no aspecto subjetivo, o conhecimento dessa realidade e a finalidade de defender-se; o atuar para se defender (reação) integra o tipo subjetivo. Pouco importa, contudo, que essa finalidade, se genuína, venha acompanhada de uma motivação ou de emoções negativas, como o ódio, o sentimento de vingança etc. Assim, o gerente que licitamente prende em flagrante delito de apropriação um seu subordinado, embora com isso liberando expressiva carga de ódio malcontido, por questões passadas". No mesmo sentido, **Heitor Costa Jr.**, "Acerca dos elementos subjetivos das causas de justificação", Anais do V Congresso Nacional do Ministério Público, 1977.

Ou seja, os autores imaginavam, àquela época, que, uma vez que o tipo objetivo e subjetivo eram congruentes, também isto deveria ocorrer nas discriminantes (ou tipos permissivos). Hoje **Zaffaroni** (ob. cit., p. 573) não vê relação entre a passagem do dolo para o tipo e a subjetivação da discriminante: havia autores que ad-

Entidades conveniadas ao IBCCRIM que recebem mensalmente o Boletim:

— AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Estado do Amazonas

— CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

— DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE
- Associação dos Magistrados do Distrito Federal
- Associação do Ministério Público do Distrito Federal

— GOIÁS

- Associação Goiana do Ministério Público
- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - (Asmego)

— MARANHÃO

- Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão

— MATO GROSSO

- Associação Matogrossense do Ministério Público

— MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
- Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
- Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

— MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte

— PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

— PARANÁ

- Ministério Público do Estado do Paraná

— RIO DE JANEIRO

- Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ

— RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS
- Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais-ITEC

— SANTA CATARINA

- Associação Catarinense do Ministério Público
- Associação dos Magistrados Catarinenses

— SÃO PAULO

- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação Paulista do Ministério Público
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Curso C.P.C.
- Curso Forense - Ribeirão Preto
- Ordem dos Advogados do Brasil
- Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - SINDPESP
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

— PERU

- Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social - CEA'S

▶ mitiam o dolo no tipo e repudiavam a necessidade dos elementos subjetivos de justificação (cf. **A. Hegler**, um dos pioneiros do reconhecimento de elementos subjetivos do injusto, in "Subjektive Rechtswidrigkeits-momente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs", na "Festgabe für Reinhard von Frank", em 1930); e vice-versa (cf. **Mezger**).

Delmanto manteve uma posição diversa. Embora dissesse que, em teoria, seria necessária a vontade de defesa, sustentava que a lei brasileira não a exigira expressamente, o que impedia o intérprete de fazê-lo: "Para a doutrina finalista, inspiradora da reforma de 84, a legítima defesa não prescinde da vontade de defender-se. Todavia, ao contrário do que se dá no art. 24, esse requisito subjetivo não vem expresso nas demais descritivas (vide nota ao art. 23, III, do CP, sob igual título). Assim, parece-nos que o princípio da legalidade impede a rejeição da discriminante, a pretexto da falta de um elemento subjetivo não pedido, expressamente, pela lei. (...) Embora se possa declarar atípica uma conduta ou mesmo discriminá-la por falta de um requisito subjetivo 'implícito' na lei, parece-nos problemático negar a ocorrência de uma causa excludente da ilicitude, a pretexto de que lhe faltaria um requisito subjetivo não expresso na lei, mas reclamado agora por uma doutrina moderna" ("Código Penal Comentado", 5ª ed., pp. 47 e 43).

Recentemente, **Juarez Tavares** apresentou uma nova concepção, no trabalho em que conquistou a cátedra de Direito Penal da UERJ (a já citada "Teoria do Injusto Penal"), reformulando a posição anteriormente adotada em "Teorias do Delito", 1980, pp. 69-70. Ele vislumbra o tipo como um conjunto de elementos delimitadores da conduta incriminada, tornando-se irrelevante para configurar determinado ato como típico exigir-se que se efetue sobre esse ato uma projeção de circunstâncias objetivas e subjetivas, de forma a que as objetivas eliminariam o desvalor do resultado e as subjetivas o desvalor do ato. Deve-se excluir do desvalor do ato toda a avaliação da conduta centrada na decisão do agente, mas tomando-a apenas como um processo de imputação. Assim, não há qualquer necessidade apriorística de haver elemento subjetivo na discriminante. Isto deve ser aferido por outra via.

Para **Tavares**, tal discussão somente seria possível, mesmo em tese, nos crimes dolosos (ob. cit., p. 252), nem mesmo na culpa consciente seria possível (pois não há componente volitivo). De outro lado, **Tavares** sustenta, com propriedade, que: "esses elementos subjetivos de justificação só podem se estender àqueles elementos que, por sua natureza, possa ser objeto de uma apreensão subjetiva correspondentemente aos elementos do dolo e que retratem a situação fática, que é exigida como pressuposto da ação justificada. (...) Assim, por exemplo, na legítima defesa, só importam os elementos que se refiram à agressão, como sua

existência, atualidade ou iminência, mas não propriamente os que fundamentam a reação justificada, como a qualidade dos meios empregados e modo de seu emprego" (ob. cit., pp. 252-253).

Nega **Juarez Tavares** a necessidade de finalidade defensiva, por dois motivos: (a) a correspondência entre os elementos do tipo e elementos das causas de justificação jamais pode ser absoluta; (b) tal exigência não se fixaria nos mesmos parâmetros daqueles estabelecidos para o dolo (problemas com relação, por exemplo, às causas de justificação supra legais). Quanto à teoria preponderante na doutrina alemã (de que bastaria o conhecimento da situação justificante), **Tavares** também vê problemas: por exemplo, sobre que elementos deve recair o conhecimento.

Assim, **Tavares** entende que a melhor solução seria entender que a conduta estaria justificada pela "circunstância de que o agente tenha tomado como possível a ocorrência da situação justificante" (ob. cit., p. 255), que é a posição de **Hans-Ludwig Günther**, citada pelo professor brasileiro. Sustenta, inclusive, que esta é a única solução que permite compatibilizar a teoria do erro de proibição indireto, quando incidente sobre os pressupostos típicos de uma causa de justificação reconhecida. "Exigindo-se apenas que o sujeito tenha tomado como possível a situação justificante, já se está criando uma base para a solução culposa, porque a questão relativa à própria ação justificante não depende de qualquer elemento subjetivo de justificação, mas apenas de uma ponderação objetiva advinda da ordem jurídica" (p. 256).

No plano internacional atual, as opiniões se acham igualmente divididas. Os italianos seguem sustentando, sempre com base no já citado art. 59 do CP italiano, que a legítima defesa é discriminante objetiva (vide, neste ponto, **Mantovani**, "Diritto Penale, Parte Generale", Padova, 1988, p. 137; **Fiandaca/Musco**, "Diritto Penale, Parte Generale", 2ª ed., Bologna, 1997, p. 195, **Pagliari**, "Principi di Diritto Penale", p. 208).

As maiores controvérsias podem ser verificadas na doutrina alemã. Uma pequena parcela sustenta a objetividade da legítima defesa (neste sentido, pronunciam-se **Spendel**, "Leipziger Kommentar", 11ª ed., § 32, nº de margem 138; **Rohrer**, "Juristische Arbeitsblätter", 1986, 363).

Dentre os subjetivistas, há controvérsia quanto ao conteúdo do elemento subjetivo. Alguns exigem que o agente atue com vontade de defesa (neste caso, **Welzel**, "Das Deutsche Strafrecht", 11ª ed., 1969; **Jeschek/Weigend**, "Lehrbuch des Strafrechts", 5ª ed., 1996, e **Maurach/Zipf**). Veja-se a lição de **Eser/Burkhardt**, "Derecho Penal", p. 236: "É necessário para a existência deste elemento subjetivo da justificação, que o autor conheça a agressão antijurídica e pretenda repeli-la. Isto significa que a legítima defesa deve estar dirigida à defesa de uma agressão ou, ao menos, estar motivada pela vontade de defesa". Pare-

ce-nos que a redação de discriminante da legítima defesa no CP alemão (§ 32, II, CP alemão) facilita a interpretação da necessidade de vontade defensiva, principalmente pelo uso da expressão "um... zu" ("*Legítima defesa é a defesa que é necessária para afastar de si ou de outrem uma agressão injusta e atual*" — "*Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden*").

A jurisprudência alemã mantém-se firme à opinião de que é necessária a vontade de defesa. Veja-se, nesse sentido, três decisões do "*Bundesgerichtshof*", transcritas por **Roxin**, § 14 VIII, nº de margem 95, p. 540: "(1) o agente pode alegar legítima defesa, ainda quando sua conduta é co-determinada por raiva contra o agressor, desde que a concorrente vontade de defesa não desapareça inteiramente (BGHSt 3, 194); (2) o agredido deve agir com a vontade de contrapor-se à violação do direito. É irrelevante se ele é impelido ainda por outras intenções (BGHSt 5, 245 (247)); (3) a vontade de defesa não está excluída só porque, ao lado da finalidade de contrapor-se à violação do direito, existam motivações de outro tipo (como ódio, raiva, ira ou finalidade de vingança), desde que estas não afastem totalmente a finalidade de repulsa da agressão" ("*BGHSt Goldammers Archiv für Strafrecht*", 1980, p. 67).

Os autores que exigem a vontade de defesa da discriminante fundam-se, principalmente, na circunstância de que o CP alemão, no § 23, III, pune como tentativa (*untauglicher Versuch* — a chamada tentativa inidônea), a situação de inidoneidade do meio ou do objeto da ação, o que, no nosso regime legal, seria *crime impossível*. Assim, pune-se pelo mero desvalor da ação, embora não haja desvalor do resultado. **Jescheck/Weigend** chegam a citar dois exemplos que, para nós brasileiros, parecem aberrantes: haveria tentativa de homicídio se se tentasse matar um cadáver (que é objeto inidôneo), bem como haveria tentativa de aborto se se tentasse abortar com pílulas para dor de cabeça (que é meio inidôneo), desde que o agente não conheça tais inidoneidades (*ob. cit.*, p. 529). A tentativa inidônea é punível, desde que ela não seja totalmente inepta para violar o sentimento de segurança da coletividade, cf. **Jescheck/Weigend**, *ob. cit.*, *loc. cit.*

No entanto, na doutrina predomina o entendimento de que, exigindo-se um componente subjetivo, não é necessária a finalidade defensiva. Basta o conhecimento da existência da situação justificante (*Notwehrlage*) (nesse sentido: **Roxin**, "*Strafrecht - Allgemeiner Teil I*", 3ª ed., § 14, nº de margem 91 e segs, pp. 538 e segs; **Bockelmann/Volk**, "*Strafrecht - Allg. teil*", 1987, § 15 B I 2; **Hruschka**, "*Strafrecht Nachlogisch-Analytischer Methode*", 2ª ed., 1988, 437; **S/S/Lenckner**, "*Strafgesetzbuch*", 25ª ed., § 32, nº marg. 63). Como ressalta **Roxin**, o desvalor da ação já está

excluído pelo conhecimento da situação justificante: "*Já a consciência de realizar algo de acordo com o direito afasta o desvalor da ação e, com isso, o ilícito*" (*ob. cit.*, § 14, VIII, nº marg. 94, p. 540). Ademais, também jamais se poderá demonstrar que o agente agiu *absolutamente* sem finalidade defensiva. Sempre se dirá que remanesce alguma intenção de defesa.

Notícia **Samson** que alguns autores exigem que o agente tenha se certificado, com toda a certeza, de que a situação justificante está presente. Se ele apenas levemente confia (*leichtsinnig*) em que estejam presentes, pune-se (mesmo que eles realmente estejam presentes) (**Henkel**, "*Mezger-FS*", 274; **Blei**, *AT*, 150). Por exemplo, num caso de estado de necessidade, um médico que vê apenas superficialmente (embora esta constatação dependesse de exame mais profundo) que uma mulher deve abortar e o realiza, seria punível (ainda que a situação justificante realmente existisse).

Eugenio Raul Zaffaroni, em seu recente tratado (o mencionado "*Derecho Penal - Parte General*", rechaça totalmente a necessidade de subjetivação das discriminantes, por vários motivos. Alega ele que ninguém é obrigado a conhecer em que circunstâncias atua quando está exercendo um direito, pois o exercício de direitos não depende de que o titular saiba, ou não, o que está fazendo. Ele diz que quem imagina estar cometendo um crime e na verdade exerce um direito, só comete crime em sua imaginação (p. 573). E mais: sustenta que a única possibilidade de se requerer os elementos subjetivos da justificação é fazer recair o desvalor da antijuridicidade sobre o ânimo desobediente à vontade do Estado.

Para **Zaffaroni**, a exigência dos elementos subjetivos está na concepção (por ele refutada) da justificação como uma derrogação de uma proibição, e não como uma confirmação da regra do permitido ou de liberdade geral do cidadão (p. 574). Se se elabora a permissão a partir de uma proibição, que é um estamento complexo, é natural que aquela também o seja. Ele sustenta que o justificado não diferiria, em sua natureza, com o não proibido. **Zaffaroni** vê, ainda, problemas para a determinação do conteúdo do elemento subjetivo, caso se o exigisse. Ele diz que exigir somente o conhecimento da situação justificante não seria muito explicável (embora ele mesmo não explique bem porque não seria muito explicável tal exigência). **Zaffaroni** vê ainda problemas para a solução da questão de casos de participação, em virtude de sua acessoriedade. Também no caso dos delitos culposos seria difícil (quicá impossível) a exigência do subjetivismo nas discriminantes (por isso, alguns penalistas, como **Jakobs** e **Bacigalupo**, a ela renunciam no crime culposo); ou reduzem o ânimo à busca do resultado valioso nos delitos imprudentes de atividade (**Jescheck/Weigend**, *ob. cit.*, p. 589).

Outra questão que suscita acirrada controvérsia, principalmente na doutrina es-

trangeira, relaciona-se com a conseqüências jurídicas eventualmente cabíveis em face do agente que, encontrando-se nas circunstâncias objetivas da legítima defesa, atua em ignorância dessa situação. Para os objetivistas, o fato é, obviamente, justificado, não sendo possível qualquer punição.

Verifica-se a existência de algumas correntes entre os subjetivistas. Entre estes, há alguns autores que, empregando, como diz **Triffterer**, uma analogia *in bonam partem* (imprópria, porém), sustentam punição a título de tentativa (**Rudolphi**, "*Maurach-Festschrift*", p. 51; **Stratenwerth**, nº marg. 484; além de **Jescheck/Weigend**; e **S/S/Lenckner**). Como diz **Kristian Kühn**, objetivamente, o agente atuou de acordo com o direito. O resultado de sua ação corresponde à ordem jurídica ("*Strafrecht - Allg. Teil*", 1ª ed, Vahlen, p. 115). Por isso, a situação seria comparável àquela da tentativa. No mesmo sentido, **Eser/Burkhardt**, *ob. cit.*, p. 237: "*O único que permanece é sua vontade antijurídica. Essa oposição contra o mandato jurídico é justamente o que caracteriza a tentativa inidônea (como a situação paralela de subtração de uma coisa crendo-a alheia, quando, em realidade, é própria). Uma opinião que está avançando (com razão) sustenta, devido a que o ilícito se encontra atenuado objetivamente, que somente estamos na presença de uma tentativa*".

Outros autores pugnam punição por delito consumado (**Maurach/Zipf**, 304; **Welzel**, 83f; **Schmidhäuser**, 9/17; **Hirsch**, *LK*, nº marg. 42 antes do § 51 (antiga parte geral alemã), **Dreher/Tröndle**, § 32, 14. Esta solução prepondera na doutrina brasileira. Por último, há quem advogue a atenuação de pena do crime consumado (**Hirsch**, *LK* 61 antes do § 32, com a atenuação de pena do § 49, I, CP alemão).

Em suma, o tema relativo à subjetivação das discriminantes suscita inúmeras controvérsias importantes, que, nos limites deste estudo, somente puderam ser mencionadas ou levemente, e que possuem inegáveis implicações práticas, exigindo maior atenção por parte da doutrina penal e, também, definição no plano legislativo, ainda completamente omissa. Para aprofundamento na matéria, impossível nos limites deste pequeno trabalho, são importantes os trabalhos monográficos de **María A. Trapero Barreales**, "*Los Elementos Subjetivos en las Causas de Justificación y de Atipicidad Penal*", ed. Comares, Granada, 2000 (excelente e substancial monografia); **Angel Sanz Morab**, "*Los Elementos Subjetivos de Justificación*", Bosch, Barcelona, 1993; e **José Manuel Valle Muñiz**, "*El Elemento Subjetivo de Justificación y la Graduación del Injusto Penal*", PPU, Barcelona, 1994.

O autor é advogado criminal no Rio de Janeiro, professor de Direito Processual Penal e mestrando em Criminologia e Direito Penal na Universidade Cândido Mendes.

Comece com o PÉ DIREITO e DISPARE na frente

Atualizados até 31 de dezembro de 2001 – incluindo a recente reforma do CPC –, todos os volumes contam com a Constituição Federal na íntegra, até a Emenda Constitucional 35. Dotados de farta legislação complementar, possuem tarjas laterais identificativas que facilitam a consulta e notas remissivas extremamente úteis e precisas. Sem anotações ou comentários, são perfeitos para provas e concursos, além de contarem com garantia de atualização gratuita até 30.09.2002, exclusivamente na RT Home Page, em www.rt.com.br

RT Códigos 2002

A primorosa encadernação garante maior durabilidade aos volumes, que possuem índices geral, sistemático, temático, cronológico e alfabético-remissivo.

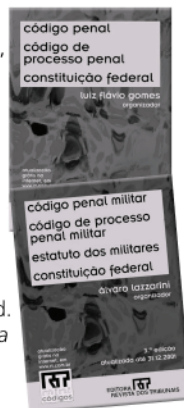


- Constituição Federal
- Código Civil
Grátis brochura com o Novo Código Civil
- Código de Processo Civil
- Código Penal
- Código de Processo Penal
- Código Comercial
Grátis brochura com excertos do Novo Código Civil
- Código Tributário Nacional

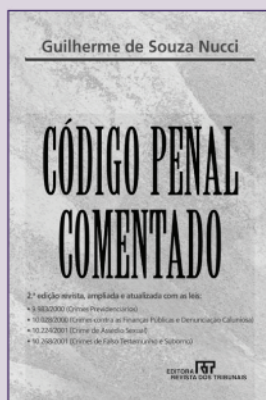
RT Mini Códigos 2002

Os originais 3 em 1 do mercado apresentam índices sistemático, cronológico e alfabético-remissivo. Com legislação complementar selecionada por juristas de renome, são os compactos mais completos do País.

- Código Civil, Código de Processo Civil e CF, 4.ª ed.
Org.: *Yussef Said Cahali*
Grátis brochura com o Novo Código Civil
- Código Penal, Código de Processo Penal e CF, 4.ª ed.
Org.: *Luiz Flávio Gomes*
- Código Comercial, Código Tributário Nacional e CF, 4.ª ed.
Orgs.: *Vera Helena de Mello Franco e Roque Antonio Carrazza*
Grátis brochura com excertos do Novo Código Civil
- CLT, Legislação Previdenciária e CF, 3.ª ed.
Org.: *Nelson Mannrich*
- Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar, Estatuto dos Militares e CF, 3.ª ed.
Org.: *Álvaro Lazzarini*
- Código de Defesa do Consumidor, Legislação de Defesa Comercial e da Concorrência, Legislação das Agências Reguladoras e CF, 3.ª ed.
Org.: *Fernando de Oliveira Marques*
- Coletânea de Legislação Administrativa e CF, 2.ª ed.
Org.: *Odete Medauar*
- Coletânea de Legislação de Comunicação Social e CF, 2.ª ed.
Org.: *Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli*
- Coletânea de Legislação de Direito Ambiental e CF
Org.: *Odete Medauar*

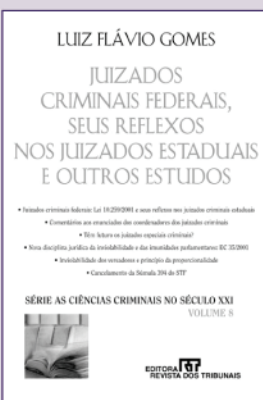


novidade!



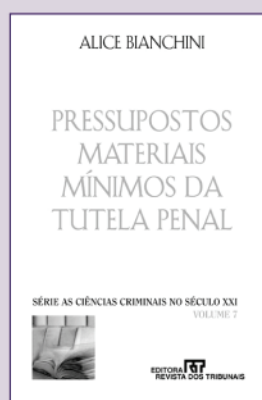
cód. 002171
1.072 páginas
R\$ 98,00
encadernado

O objetivo desta obra é unir doutrina e jurisprudência, sempre contando com a visão crítica do autor, além de sugestões para o aprimoramento legislativo do Direito Penal. Tem-se por finalidade, ainda, despertar no estudante o pensamento crítico renovador, contribuindo para a proliferação de idéias e novas teses jurídicas, além de contribuir para a atuação prática do profissional. Os dispositivos legais são impressos em cor diferenciada, destacando-se dos comentários. Estes são feitos de maneira pormenorizada esmiuçando os elementos dos tipos penais. A obra contém todo o material indispensável para o estudante do curso de graduação, bem como – e especialmente – ao candidato aos concursos públicos das carreiras jurídicas.



cód. 002187
166 páginas
R\$ 25,00

Esta obra é um conjunto de estudos sobre assuntos de atualidade incontestável, a começar pelos juizados criminais instituídos também no âmbito federal em virtude da Lei 10.259/2001. Foram inseridos, também, comentários e notas sobre todos os Enunciados dos juizes coordenadores dos juizados criminais do País, um minucioso estudo sobre a nova disciplina jurídica das imunidades parlamentares (dada pela EC n. 35/2001) e, na esteira das mudanças provocadas por essa emenda constitucional, acham-se também estudos sobre inviolabilidade do vereador e o cancelamento da Súmula 394 do STF.



cód. 002137
164 páginas
R\$ 27,00

A autora defende a idéia de que o Direito Penal deve ter um caráter mínimo e garantidor. Mínimo porque seu agir somente é exigido em casos muito graves, e garantidor porque este agir, ainda que justificado, não pode ultrapassar os limites instituídos pela ordem constitucional. O legislador deve recolher junto à sociedade as condutas a serem criminalizadas, submetê-las aos princípios e valores constitucionais e analisá-las sob as luzes de estudos teóricos sobre formas de prevenção elaboradas pela política penal, fundadas, por sua vez, principalmente, em investigações criminológicas.

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 80
São Paulo • SP • CEP 01501-060
• Telefax: (11) 3107-2433
• rtsp@livrariart.com.br

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

Av. Tiradentes, 1.817
Itu • SP • CEP 13300-000
• Telefax: (11) 4024-2388
• rtitu@livrariart.com.br

Rua da Assembléia, 83
Rio de Janeiro • RJ • CEP 20011-001
• Tel.: (21) 2533-7037/7038
• Fax: (21) 2533-4660
• rtrio@livrariart.com.br

Rua Vicente Machado, 84 • Loja 1
Curitiba • SP • CEP 80420-000
• Telefax: (11) 323-2711
• rtcuritiba@livrariart.com.br

Visite a nova Livraria RT Virtual: www.livrariart.com.br
A mais completa livraria jurídica do País, agora também na web.

livraria
RT