



IBCCrim distribui aos associados o premiado CD-ROM *Valetes em Slow Motion*

Eleito o melhor CD-ROM do mundo no Grand Prix Möbius International em Paris/98, *Valetes em Slow Motion* é um trabalho pautado nas relações entre antropologia e arte. O CD-ROM propõe caminhos inusitados de navegação por experiências artísticas e intelectuais sobre a prisão. Busca a complementaridade entre textos, sons e imagens ao abordar as noções de tempo em um contexto de violência, religiosidade, conflito, promiscuidade e morte.

Ainda que não seja uma obra jurídica, o CD-ROM propõe uma reflexão a respeito de uma das questões fundamentais da criminologia atual, ao lidar com diversos parâmetros de entendimento e percepção da prisão no Brasil.

A partir da iniciativa inédita do IBCCrim de distribuição gratuita do CD-ROM para seus associados, fica o convite para a navegação pelos muitos ambientes que são oferecidos.

Um mergulho na complexa realidade carcerária a partir do instrumento mais moderno para a produção e expressão em áreas acadêmicas e artísticas. Uma imersão interdisciplinar pelos caminhos racionais de compreensão e pela subjetividade proporcionada pelo viés das sensações.

Conteúdo do CD-ROM

Vários ensaios imagéticos e textos estão presentes no CD-ROM que traz na íntegra o vídeo "Tereza" (premiado em festivais nacionais e internacionais), dirigido por Kiko Goifman e Caco P. de Souza.

O CD-ROM contém ainda trabalhos de outros artistas que tratam da prisão, como Lucas Bambozzi, Nuno Ramos, Rosângela Rennó, Maurício Dias e Walter Riedweg (vários destes já participaram de Bienais de Arte no Brasil e no exterior). Além disso, o CD-ROM contém trechos do videoclipe "Diário de um Detento", do grupo Racionais MC's, vencedor de melhor clipe do ano de 1998 na MTV.

A coordenação geral do CD-ROM é de Jurandir Müller e a direção de criação de Lucas Bambozzi.

Sobre o autor

Kiko Goifman é antropólogo, mestre em multimeios/Unicamp. Entre seus vídeos destaca-se "Tereza" que ganhou inúmeros prêmios, dentre eles, o de melhor vídeo júri popular e prêmio especial do júri - ForumBHVideo (1993) e melhor Documentário Experimental VideoBrasil - Festival Internacional (1994).

Kiko Goifman e Jurandir Müller foram artistas convidados da última Bienal de São Paulo com a obra de Web Art, "Jacks in Slow Motion: Experience 02".

Características técnicas

Valetes em Slow Motion - CD-ROM inglês/português PC-MAC

**Qualquer dúvida ou sugestões,
fale com o autor:
kikogoifman@hotmail.com**

CURSO

O IBCCrim promove:

Curso de Direito Penal Econômico

1º Módulo (16/8)

Direito Penal Financeiro

Roberto Podval (advogado, SP)
William Terra de Oliveira (promotor de justiça, SP)
Enrique Gimbernat Ordeig (professor *honoris causa* da Univ. de Munique, Alemanha e professor catedrático da Univ. Complutense de Madri, Espanha)

2º Módulo (17/8)

Direito Penal Tributário

Sérgio Rosenthal (advogado, SP)
Helios Nogués Moyano (advogado, SP)
Enrique Gimbernat Ordeig (professor *honoris causa* da Univ. de Munique, Alemanha e professor catedrático da Univ. Complutense de Madri, Espanha)

3º Módulo (18/8)

Direito Penal do Consumidor

Luiz Flávio Gomes (consultor jurídico, SP)
Vicente Grecco Filho (professor da USP)

LOCAL: São Paulo Othon Palace Hotel - Rua Líbero Badaró, 190 - Centro

HORÁRIO: das 19 às 21 horas

As inscrições já estão abertas no Depto. de Comunicação e Marketing do IBCCrim - Rua XI de Agosto, 52 - 5º andar Centro - SP - Tel.: (011) 3105-4607 - Fax: (011) 3105-0109

Valores:

R\$ 80,00 (profissional não-sócio)

R\$ 50,00 (profissional sócio)

R\$ 35,00 (estudante não-sócio)

R\$ 25,00 (estudante sócio)

A inscrição dá direito a material de apoio, *coffee-break* e certificado.

Só serão considerados estudantes os da graduação mediante comprovação desta situação.

Garanta logo sua vaga.



SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Encontram-se abertas as inscrições para o **V Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, que será realizado entre os dias 06 e 09 de outubro de 1999, no Maksoud Plaza Hotel.

A ficha de inscrição e demais informações podem ser obtidas no Departamento de Comunicação e Marketing do IBCCrim, ou pelos telefones (011) 3105-4607 ou 3105-0109.

Consulte também através da Internet:

<http://www.ibccrim.com.br>

ÍNDICE

Boletim IBCCrim - Julho/99 - nº 80

• "Doido para Fazer uma Ministra"	02
- Márcio Bártoli	
• A Doutrina do Mestre Goldschmidt	03
- Marcelo Batlouni Mendroni	
• Lei nº 9.714/98: Efeitos em Relação à Execução da Pena Privativa de Liberdade Aplicada aos Condenados por Crimes Hediondos e Assemelhados	04
- Alexandre Victor Carvalho e Antônio de Padova Marchi Jr.	
• O Positivismo Jurídico e o Sentido Ético do Direito	06
- José Paulo Dias	
• A Reincidência Específica na Lei nº 9.714/98 e os Princípios da Igualdade e da Proporcionalidade	07
- Alice Bianchini	
• Ciclomotores e o Código de Trânsito Brasileiro	09
- Marcelo José Araújo	
• Crimes de Trânsito - Aplicação da Lei nº 9.099/95 e Competência Recursal	10
- Bruno Amaral Machado e Márcia Rocha Cruz	
• Masmorras	11
- Sérgio Salomão Shecaira	
• O Advogado e a Ética	12
- Sérgio Rosenthal	
• As Vítimas da Violência e da Perseguição	13
- Guilherme A. de Almeida	
• Com a Palavra o Estudante: Incompetência Legislativa ou Extrema Habilidade?	15
- Carlos Guilherme Santos Machado	
• Legislação - Lei nº 9.800, de 26.05.1999	15

Caderno de Jurisprudência

• O Direito Por Quem o Faz: STF Concede Liminar em MS Suspensão Decisão da CPI de Indisponibilidade de Bens e Quebra de Sigilos Bancário, Fiscal e Telefônico	363
• Supremo Tribunal Federal	365
• Superior Tribunal de Justiça	366
• Tribunal Regional Federal	367
• Trib. Sup. Eleitoral/Trib. Reg. Eleitoral	368
• Tribunal de Justiça	369
• Tribunal de Alçada Criminal	370



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

(IBCCrim) FUNDADO EM 14-10-92

Diretoria da gestão 99/00

Presidente: Carlos Vico Mañas

Vice-presidente: Tatiana Viggiani Bicudo

2º Vice-presidente: Márcio Orlando Bártoli

1º Secretário: Geraldo de Faria Lemos Pinheiro

2º Secretário: Carlos Alberto Pires Mendes

3º Secretário: Sílvia Helena Furtado Martins

Tesoureiro: Adriano Salles Vanni

Tesoureiro-adjunto: Márcia Maria Silva Gomes

Diretor da Biblioteca: Alberto Silva Franco

Diretor de Cursos: Maurício Zanoide de Moraes

Dir. da Revista - RBCCrim: Ana Sofia Schmidt de Oliveira

Diretora do Boletim: Berenice Maria Giannella

Dir. de Relações Internacionais: Fauzi Hassan Choukr

Diretora do Núcleo de Pesquisas: Luci Gati Pietrocolla

BOLETIM IBCCrim

Editora do Boletim: Berenice Maria Giannella

Jornalista: Gisele Vieira (MTB. 25.414)

Diagramação, Composição, Montagem e Fotolito:

Ameruso Artes Gráficas - Tel. 215-3596

Impressão: Ativa/M - Editorial Gráfica - Tel. 277-9181

Tiragem: 18.000 exemplares

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

Correspondência: IBCCrim,
Rua XI de Agosto, 52, 2º andar,
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (011) 3105-4607 (tranco-chave)
<http://www.ibccrim.com.br>
e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

"Doido para fazer uma ministra"

MÁRCIO BÁRTOLI

A cobertura pela *Folha de S. Paulo*, nas edições de 6 e 9 de junho último, à indicação e aprovação de ministros do Superior Tribunal de Justiça, prestou um importante serviço à reforma do judiciário ao entrevistar uma desembargadora do Distrito Federal e também ao descrever o calvário que outros pretendentes ao mesmo cargo tiveram de percorrer, a partir da indicação de seus nomes pela própria Corte até a aprovação pelo Senado Federal. Nada contra os indicados, mas tudo contra a falta de transparência do processo de escolha e de aprovação, baseado mais em influência política do que na apuração do conhecimento jurídico dos candidatos, fato que indica haver profunda desigualdade de todos perante a lei. A desembargadora narrou o que todos já sabem: é necessário frequentar corredores palacianos influentes para conseguir o objetivo final, percurso que muitos dos que estão lá conhecem bem. Trata-se de uma verdadeira "maratona", pouco edificante para os profissionais do Direito que pretendem alcançar tão importante cargo. Mas percorre-se com muita independência!

Para figurar na lista do tribunal, a desembargadora deu a receita exata: "A pessoa manifesta extra-oficialmente a intenção de ser candidata indo aos gabinetes dos ministros do STJ e mostrando o currículo". Esclareceu, também, que de certa feita havia perdido uma indicação, mas, depois, "na segunda vez eu comecei a me mexer antes". Conclusão: para demonstrar os seus conhecimentos jurídicos e o seu bom comportamento público e privado, os candidatos devem frequentar os gabinetes dos ministros do tribunal periodicamente, entregando seus currículos, pedindo indicações aqui e ali, tornando-se visível, como um desempregado atrás de colocação.

As reportagens mostraram que conhecimento jurídico é o requisito menos importante. Vale mesmo é a apuração do prestígio dos candidatos junto a ministros da Corte e perante políticos. O título da matéria de 6 de junho é ilustrativo: "Juíza chega ao STJ com ajuda de senadores". O texto publicado no dia 9 registra a epopéia dos outros magistrados-candidatos. O jornal publicou até um quadro dos parentes e padrinhos de cada um deles, o respectivo grau de parentesco com pessoas influentes e o comprometimento com políticos encarregados de aprová-los. Nesse requisito, todos demonstraram muito poder de fogo, que vai do parentesco direto com ex-ministros, passando pelo Vice-Presidente da República, incluindo apadrinhamentos pelo governador de São Paulo, componentes da equipe econômica etc.

A audiência pública de aprovação no Senado Federal, quando o candidato deveria ser sabatinado rigorosamente sobre o seu notável saber jurídico, não passa, ao que consta, de cumprimento de formalidade legal. A respeito, a desembargadora informou que

conheceu "Edison Lobão, que a levou a Jader Barbalho, Hugo Napoleão e a Sérgio Machado. Mas quem mais a levou a sério foi o senador Barbalho, que lhe disse: Eu conheço a senhora e vou lutar pela senhora...". Acrescentou a juíza: "percebendo que outros candidatos também lutavam pela indicação e que Jader Barbalho tinha uma briga danada com o Presidente Fernando Henrique Cardoso, por causa da CPI dos Bancos, foi procurar o senador Antonio Carlos Magalhães". Mas deixou bem claro que, apesar de baiana, ela e sua família eram apolíticas e não conheciam o senador. Amigos telefonaram e marcaram uma audiência. "Quando me recebeu, ele disse: doutora Eliana, a senhora é uma mulher de muitos amigos e seus amigos já me deram muitas informações sobre a senhora. Sei que a senhora é muito trabalhadora e independente". E, então, os três senadores começaram a ajudá-la.

Situação insólita é a do magistrado que estaria envolvido num suposto caso de investigação de paternidade e, por isso, "temendo a rejeição de seu nome, procurou o senador Carlos Wilson (PSDB-PE), a quem entregou uma carta endereçada a ACM. Na carta, entre outras coisas, ele se compromete a fazer o exame de DNA, quando a justiça determinar". É caso de indagar se esse comportamento não revela submissão do candidato a condição inexistente.

O art. 104 da CF determina que os ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal. Os candidatos são escolhidos dentre juízes de Tribunais Regionais Federais e desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais, indicados em lista tripla elaborada pelo próprio STJ.

Bons tempos para os que querem reformar o judiciário, repensar a forma de preenchimento de cargos nos tribunais superiores. Na verdade, os que aprovam e patrocinam as nomeações agem exclusivamente com intuito de demonstrar o seu poderio pessoal de interferir, de influir, de nomear, pelo puro prazer de revelar o seu poderio político, em lugar de apurar a presença dos requisitos constitucionais. O empenho na nomeação não passa, enfim, de exercício de força. Mas tudo com muita independência.

Não há momento mais propício do que este, de planejamento da reforma, para se refletir sobre a necessidade ou não de mudança na forma de escolha dos ministros dos Tribunais Superiores, justamente pela importância dessas Cortes. É chegada a hora, após uma década de funcionamento do STJ e depois de sucessivas nomeações, de se perguntar se é conveniente manter a experiência





de composição da lista pelo próprio tribunal, poder que não é conferido nem ao Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, estará o Senado Federal cumprindo com exatidão a sua missão constitucional de fiscalizar a presença das condições de notável saber jurídico e de reputação ilibada na sabatina de aprovação?

Por fim, não é possível deixar de observar que a magistrada encerrou a sua entrevista

oferecendo uma verdadeira pérola, digna de poucos machistas radicais. Indagada sobre quando teremos uma ministra do Supremo Tribunal Federal, respondeu: *"O presidente está doído para fazer uma ministra. Mas é uma dificuldade encontrar uma mulher com perfil para ser ministra do Supremo, que tenha tempo de carreira, notável saber jurídico, com nome conhecido nacionalmente, reputação ilibada e disposta a uma atividade que é quase um sacerdócio"*.

A resposta é equivocada. Há, no mundo

jurídico nacional, mulheres com destacada atuação nas mais diversas áreas do Direito, nas diferentes carreiras, reconhecidamente aptas e que preenchem de sobejo os requisitos essenciais à investidura. Mas que podem não se interessar pela nomeação, por razões de sensibilidade estomacal.

O autor é juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo e 2º vice-presidente do IBCCrim.

A Doutrina do Mestre Goldschmidt

MARCELO BATLOUNI MENDRONI

Foi James Goldschmidt quem, em sua obra *"Der Prozess als Rechtslage"* (Berlín, 1925) (*"O Processo como Situação Jurídica"*), construiu a natureza jurídica do processo de uma nova perspectiva: o processo como conjunto de situações processuais pelas quais atravessam as partes até chegar a uma sentença definitiva. Fundou, por assim dizer, a *teoria da relação jurídica*.

Numa primeira parte de sua obra, realiza Goldschmidt uma detida e minuciosa crítica à tese que concebe o processo como uma relação jurídica processual, realizando-a em uma tríplice vertente: atacando os pressupostos da relação jurídica, negando o conteúdo da mesma (a existência de direitos e obrigações processuais) e reputando, definitivamente, como estática ou metafísica a então doutrina imperante. Diz Goldschmidt que os pressupostos processuais não condicionam o nascimento da relação jurídica processual, mas são pressupostos da sentença.

Em seguida volta a sua atenção para o conteúdo da relação jurídico-processual. Examina em primeiro lugar a obrigação do juiz de conhecer a demanda e chega à conclusão de que nem no Direito Romano, nem no Moderno, pode-se afirmar que tal obrigação derive ou se corresponda com uma pretensão do autor, com o que formaria a relação processual, mas que, ao contrário, provém da "obrigação estatal de administrar a justiça".

Depois revisa todas e cada uma das obrigações processuais (de contestar a ação, provas, etc.) e põe em evidência que estas obrigações na realidade não o são, já que as partes a elas se submetem para evitar um efeito desfavorável. Mais que obrigações, o que existe no processo são "ônus", mediante cuja realização se evitam prejuízos a uma sentença desfavorável.

Concepção empírico-dinâmica do processo

Entende Goldschmidt que a função do processo se constitui na obtenção de uma sentença com força de coisa julgada, concebida esta como *"validade judicial de uma pretensão, juridicamente fundada ou infundada"*.

Os sujeitos processuais, presididos por esse objetivo, encontram-se em uma situação essencialmente dinâmica. Atuam com o

esforço de obter uma sentença de determinado conteúdo que, mediante sua força de coisa julgada, resolva o conflito de maneira favorável às suas respectivas aspirações dentro do processo. Todos os atos processuais têm como objetivo alcançar uma sentença favorável, conforme as pretensões de cada uma das partes.

As normas jurídicas não podem, portanto, continuar sendo concebidas como meros imperativos para os sujeitos processuais, mas devem ser também consideradas como *"medidas jurídicas para a atividade sentenciadora do juiz"*. Dito em outras palavras: *"Medidas do juiz que têm o caráter de promessas ou ameaças de uma conduta determinada do juiz e em última análise de uma sentença de determinado conteúdo"*.

"Entende Goldschmidt que a função do processo se constitui na obtenção de uma sentença com força de coisa julgada, concebida esta como 'validade judicial de uma pretensão, juridicamente fundada ou infundada'."

O estado de expectativa de uma sentença favorável ou de perspectiva de uma sentença desfavorável, em que se encontram as partes, é que as induz a agir dentro do processo e que originam, em definitivo, os laços, liames ou vínculos entre os sujeitos processuais.

Para gerar esse estado de expectativa de uma sentença favorável, deve geralmente a parte interessada realizar com êxito um ato processual. Ao contrário, as perspectivas de uma sentença desfavorável dependem sempre da omissão de um ato processual da parte interessada.

Os atos processuais já não são concebidos como a expressão do exercício de um direito ou obrigação processual. As partes não ostentam direito, mas "chances", ou seja, "possibilidades" ou "ocasiões e oportunidades" processuais, com cujo aproveitamento, mediante a realização do ato processual correspondente, obtêm uma vantagem processual.

Tampouco às partes incumbem obrigações, mas "ônus processuais", entendidos

como cada ato processual que deve realizá-lo a parte interessada, a fim de que possa prevenir uma desvantagem processual, em última análise, uma sentença desfavorável.

Cada ato processual é realizado como expressão de uma "chance" ou de uma "carga processual", e cria uma "situação processual", da qual cada sujeito processual considera e examina as suas perspectivas sobre a sentença desejada. Por processo deve-se entender, portanto, o conjunto destas situações processuais, vistas do prisma da posterior sentença com força de coisa julgada.

O Direito material (Civil, Penal, Constitucional, etc.) trata de normas vigentes e feitos jurídicos existentes. As normas se aplicam aos feitos. A aplicação das normas aos feitos engendra configurações: a pessoa, a coisa, a relação jurídica, o direito subjetivo, a obrigação. Tais configurações podem ser submetidas a valorações contraditórias; uma conduta pode ser lícita ou ilícita; uma relação jurídica é válida ou nula; um direito pode ser satisfeito extrajudicialmente e, em caso contrário, a norma estabelece a imposição da sanção. Mas um mundo novo se abre ao se entrar em um processo: aqui existem petições, afirmações, provas...; as petições podem ser admissíveis ou inadmissíveis, fundadas ou infundadas, mas tudo isso envolto em uma nuvem de incerteza. Uma afirmação pode ser ou não verossímil, a decisão pode ser ou não acertada, uma testemunha pode ou não dizer a verdade. Neste mundo de instabilidade e de aparência não existem, em sentido próprio, direitos, porque nós nos movemos no mundo da realidade. Assim como o **Direito material é um mundo de entes irreais, constituído à semelhança da matemática pura, o mundo do processo é o das realidades, pelo qual a ordem judicial se enfrenta nesse sentido com a ordem legal**. O Direito material é como o norte para o qual o mundo do processo se dirige, mas sem poder coincidir jamais, já que as controvérsias se cortam no processo com atos de vontade. Daí o caráter fraccionado da atuação do direito no processo.

Deve-se a James Goldschmidt a definitiva formulação do caráter dinâmico do processo, com a conseqüente **transformação da certeza própria do Direito material na incerteza característica da atividade processual**.

Para J. Goldschmidt, as normas jurídicas têm uma dupla natureza, já que por um lado representam imperativos, e por outro são





medidas para o juízo do juiz. Esta dubiedade faz que a norma jurídica deva coincidir, mas não pode coincidir. Assim, segundo o Código Penal, o autor de um delito de homicídio *deve ser* punido com uma determinada pena. Entretanto, um autor de um delito, ao ser julgado, passa à situação incerta, segundo a qual *pode ser* condenado com determinada pena. Quando o ser e o dever ser coincidem, o processo verificou a norma contida no Código Penal. Mas ninguém pode desconsiderar o fato de que essa identidade nem sempre é possível, e muito menos sempre realizável na prática, que é um campo de atuação do processo. Por isso, **Goldschmidt** afirma que da natureza das normas legais como medidas para o juízo do juiz (o chamado "Direito justificável material") resulta que tais normas têm, face aos indivíduos, o caráter de promessas ou ameaças de determinada conduta do juiz; em último termo, de que pode recair uma sentença de um conteúdo determinado. Daí se deduz que os nexos

jurídicos entre os sujeitos do processo, que se constituem em função do indicado caráter das normas, somente são expectativas ou perspectivas de uma sentença favorável ou desfavorável. Por isso, há de criar-se uma série de categorias específicas do mundo do processo, como são as de carga, dispensa de carga, possibilidade etc.

Deve-se entender bem que esta especial natureza do Direito no processo não se aplica exclusivamente às normas processuais, mas também às normas materiais, quando se encontram submetidas à ação dinâmica do processo. Qualquer direito subjetivo, inclusive o próprio direito subjetivo de punir, se transforma em uma exigência — que no processo penal tem uma natureza distinta do processo civil — que determina a iniciação do processo; mas esta própria exigência sofre uma segunda transformação que a converte em uma nova expectativa ou possibilidade processual. Qualquer acusador faz esta metamorfose quando antes de formular a acusação se pergunta se poderá acusar com êxito. O próprio **Goldschmidt**, para esclarecer a

sua tese, dá um exemplo de política: durante a época de paz, a relação de um Estado com os seus súditos é estática, os cidadãos têm determinados direitos que o Estado respeita, mas quando a guerra estala, todos os direitos se encontram "na ponta da espada".

"Aber das Prozessrecht kann nur auf dem Boden des Liberalismus oder es kann gar nicht gedeihen." — Mas o Direito Processual existe somente no solo do liberalismo, ou não poderá absolutamente prosperar (*"Der Prozess als Rechtslage"*).

BIBLIOGRAFIA

- **James Goldschmidt**, *"Der Prozess als Rechtslage"*, Berlin, 1925
- **José Vicente Gimeno Sendra**, *"Fundamentos del Proceso Penal"*, 1981.
- **Niceto Alcalá-Zamora y Castillo**, *"Estudios de Teoría General e Historia del Proceso"*, Tomo II.

O autor é promotor de justiça na Capital.

Lei nº 9.714/98: Efeitos em Relação à Execução da Pena Privativa de Liberdade Aplicada aos Condenados por Crimes Hediondos e Assemelhados

ALEXANDRE VICTOR CARVALHO e ANTÔNIO DE PADOVA MARCHI JÚNIOR

1. Direito penal mínimo

A evolução histórica do estudo das Ciências Criminais tem levado a grande maioria dos doutrinadores a conceber o Direito Penal como um instrumento secundário na luta pela paz social, somente admitindo a intervenção penal quando não for possível debelar o conflito social mediante outras medidas menos drásticas.

Este caráter subsidiário do Direito Penal, todavia, não é visualizado tão-somente no confronto entre a proteção penal e a proteção genérica do ordenamento jurídico aos bens jurídicos dos cidadãos e da sociedade, mas também no cotejo entre as condutas penalmente relevantes, ofensivas a valores ético-sociais tutelados pelo Direito Penal, passíveis de sanção privativa de liberdade ou penas alternativas.

Neste último caso, a subsidiariedade vincula-se especificamente à premissa pela qual a aplicação da pena privativa de liberdade somente se justifica em situações extremas, nas quais os fins visados pela sanção criminal não podem ser alcançados com medidas alternativas ao cárcere.

A idéia da intervenção mínima do Direito Penal não se encontra apenas no aspecto de ser ele a última instância formal protetora de bens jurídicos, ocupando-se dos conflitos

mais graves, nos quais os interesses dos implicados no embate se encontram mais intensamente ameaçados, como igualmente na visão de que a punição estatal deve ser regida pelo princípio da proporcionalidade, pelo qual as penas privativas de liberdade somente serão aplicadas quando necessárias para a prevenção geral e especial positiva, prescindindo-se de tal rigor e cominando-se alternativas penais para os demais casos, em que a interferência penal se justifica com menos severidade.

Há que se lançar mão, para tanto, do princípio da preferência pelas reações não detentivas, que impõe, por um lado, *"a preterição da pena de prisão em favor de penas não detentivas, sempre que estas se revelem suficientes, in casu, para realização das finalidades da punição"* e exige, de outra banda, *"que o legislador enriqueça, até ao limite possível, a panóplia das alternativas à prisão posta à disposição do julgador"*.⁽¹⁾

Em definitivo, coerentemente com o princípio básico regulador do Direito Penal moderno, será sempre indispensável ter uma margem de penas e medidas alternativas ou substitutivas, que afastem a pena privativa de liberdade para fatos infracionais de pouca gravidade, atendendo à noção de que a pena somente é uma necessidade, não simplesmente um castigo, respeitando a dignidade

humana e afirmando as normas fundamentais possibilitadoras da convivência social.

2. A legislação brasileira e o princípio da intervenção mínima

A reforma da parte geral do Código Penal, havida em 1984, por meio da Lei nº 7.209, refletiu a escolha do legislador pátrio pelo caminho modernamente preconizado, através da inserção ao sistema de penas das denominadas restrições de direitos, alternativas à sanção de prisão, rompendo-se com a idéia de penas acessórias, que mantinha a privação da liberdade, ensejando dupla punição.

Na Constituição de 1988 podem ser extraídos, expressa ou implicitamente, princípios característicos do recitado abolicionismo moderado, tais como o da igualdade (art. 3º, inc. VI, e art. 5º, *caput*), o da dignidade (art. 1º, inc. III), o da proporcionalidade (arts. 1º, inc. III, 3º, I e 5º, *caput*, II, XXXV, LIV, etc.), o da humanidade (art. 5º, incs. III e XLVII), o do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), o do juiz natural (art. 5º, incs. XXXVII e LIII) e o da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI).

Apesar dos contornos minimalistas da lei suprema, em diversas oportunidades o legislador demonstrou haver se apartado da visão constitucional, cedendo à pressão dos adeptos do denominado movimento da lei e da ordem, endurecendo o tratamento penal.

Isto se deu em especial com a edição da Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos e assemelhados, nos termos do art. 5º, inc. XLIII, da Magna Carta, em cujo texto podem ser encontrados dispositivos absolutamente contraditórios à idéia do Direito Penal mínimo, a exemplo do previsto no art. 2º, § 1º, estipulador do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, com expressa vedação da progressão de regime.





Noutro giro, recentes leis revelam a observância da regra fundamental do minimalismo penal, com destaque para a Lei nº 9.099/95, que dispôs sobre os Juizados Especiais Criminais, e a Lei nº 9.714/98, modificadora do tratamento dispensado às penas restritivas de direitos.

A incoerência acima citada desvela que, ao revés de um sistema jurídico uniforme, construído sobre pilares orientados para o mesmo fim, está-se edificando um arcabouço legislativo ilógico, casuístico, irreflexivo, que, segundo **Américo A. Taipa de Carvalho**, "contraria a dignidade e correspondente responsabilidade do legislador enquanto órgão (função) nuclear do Estado de Direito".⁽²⁾

Operando com tal conjunto legislativo, cabe ao trabalhador do direito respeitar os princípios fundamentais da dogmática jurídico-penal e da política criminal traçada pelo constituinte, harmonizando os textos legais de modo que sejam aplicados congruentemente, evitando a desagregação do sistema e a corrosão da lógica jurídica, lesivas aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e provocadoras de insegurança social.

3. Interpretação sistemática acerca da aplicação da Lei nº 9.714/98 aos crimes hediondos e assemelhados

3.1 – Cabimento

Em novembro de 1998 entrou em vigor a Lei nº 9.714, que alterou profundamente o tratamento dispensado às penas restritivas de direitos. A par das diversas polêmicas geradas pela referida lei, interessa ao âmbito deste trabalho examinar a admissibilidade de incidência da mesma aos crimes hediondos e assemelhados, particularmente ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Consoante dispõe o inciso I do art. 44 do Estatuto Penal, modificado pela Lei nº 9.714/98, as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade quando estas forem fixadas em patamar não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, qualquer que seja a pena aplicada, se for o crime culposos.

Apreciando a Lei nº 8.072/90, com redação alterada pelas Leis nºs 8.930/94 e 9.695/98, constata-se que, em tese, apenas os delitos de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, na modalidade tentada, algumas hipóteses de genocídio e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, permitiriam a substituição, porquanto são infrações praticadas sem violência ou grave ameaça à pessoa, e a pena pode ser fixada até quatro anos.

Consoante o promotor de justiça de São Paulo, **Victor Eduardo Rios Gonçalves**, em artigo publicado sobre a incidência da lei ao crime de tráfico, "existe lei especial tratando do tema, qual seja, a Lei nº 8.072/90 que, em seu art. 2º, § 1º, estabelece o cumprimento

integral da pena em regime fechado para os crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e terrorismo. As novas regras são genéricas e, portanto, não podem se sobrepor à lei especial que é expressa a respeito do assunto. Como substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, se existe lei dispondo o cumprimento integral em regime fechado? Ademais, chega a ser extremamente estranho que o juiz imponha uma pena substitutiva ao traficante e, caso este descumpra a pena imposta, seja revogado o benefício e tenha ele de cumprir a pena privativa de liberdade no sistema integralmente fechado".⁽³⁾

Em sentido contrário, posiciona-se grande parte da doutrina pátria. Conforme o professor e advogado **Sérgio Salomão Shecaira**, em palestra promovida pelo IBCCrim e realizada no auditório da OAB-SP, em 17 de março do ano em curso, a substituição da pena privativa por restritiva de direitos é perfeitamente admissível nos crimes hediondos e assemelhados, em especial na hipótese do tráfico, com fulcro em interpretação histórica e teleológica dos termos da Lei nº 9.714/98.

"Como visto alhures, a multiplicação irracional das leis, que se atropelam e se contrapõem, em especial por possuírem direções inconciliáveis, impõe ao operador jurídico reflexão necessária para, descobrindo o espírito norteador do todo legislativo, trabalhar pela coerência do sistema jurídico, de modo a evitar sua corrosão através de contradições inaceitáveis."

Outrossim, o professor e juiz de direito aposentado **Luiz Flávio Gomes** afirma que "não resta a menor dúvida de que em tese, pela pena aplicada, cabe a substituição da pena de prisão nos denominados crimes hediondos, tal como é o caso, por exemplo, do delito de tráfico de drogas, falsificação de alimentos, tentativa de falsificação de remédios etc.". ⁽⁴⁾

A nosso ver, quatro são os argumentos básicos para a admissibilidade da substituição. Primeiramente, não é aceitável a tese do princípio da especialidade, pela qual a Lei nº 8.072/90 teria tratado do assunto de forma específica, afastando a incidência da regra presente no art. 44 do Código Penal, que possuiria natureza genérica.

Examinando o momento legislativo em que veio a lume a Lei dos Crimes Hediondos, verifica-se que a substituição aludida pelo recitado art. 44 somente era aceita, no que tange aos crimes dolosos, se a pena aplicada fosse menor que um ano. Dessarte, em função da pena mínima cominada ao delito de

tráfico, de três anos, impossível se tornava a substituição, pois mesmo que a sanção fosse arbitrada no mínimo legal e diminuída de 2/3, em face da tentativa, concretizar-se-ia em um ano, não dando ensejo à aplicação da pena alternativa.

Assim, no sistema de penas existente quando da edição da Lei nº 8.072/90, obrigatoria era a execução da pena de privação da liberdade, razão pela qual o legislador, em sua fúria punitiva, determinou que a sanção fosse cumprida integralmente em regime fechado, apesar dos princípios constitucionais em sentido contrário, mormente o da individualização da pena.

Com a edição da Lei nº 9.714/98, procedeu-se a uma alteração substancial no referido sistema de penas, com o acréscimo das hipóteses permitidoras da substituição. Evidente que a alteração não esbarra em lei anterior, no tocante à sua aplicabilidade. Antes, seria inadmissível a substituição da pena privativa por sanção restritiva, motivo porque a execução da principal se fazia obrigatória, nos termos da Lei dos Crimes Hediondos. Agora, a substituição é possível, razão pela qual a nova lei (*lex mitior*) transformou a forma de execução penal concernente ao crime de tráfico, possibilitando o afastamento da até então obrigatória pena privativa de liberdade.

Em segundo lugar, o novel ordenamento retratou a tendência moderna da política criminal, adequando-se aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, acolhido na Magna Carta, refletindo o Direito Penal mínimo.

A recente orientação, como se percebe, choca-se com o rigorismo de execução penal imposto na Lei nº 8.072/90, sendo caso de sucessão de leis penais no tempo, em que a lei posterior, tratando da matéria de forma benéfica, revoga neste particular a lei anterior, que não possui mais ambiente legislativo para ser aplicada em sua inteireza.

Como terceiro argumento, em não tendo havido restrição à imposição da Lei nº 9.714/98 aos crimes hediondos e assemelhados, equivocada seria a não aplicabilidade da substituição da pena de prisão, mormente porque a principal finalidade buscada na lei — diminuir a superlotação dos presídios favorecendo a ressocialização do autor do fato pelas vias alternativas — não seria alcançada, pois, como mencionado pelo procurador de justiça em São Paulo, **Mário de Magalhães Papaterra Limongi**, "quem se der o trabalho de manusear os processos que são instaurados, verificará com facilidade que a maioria esmagadora das pessoas presas são pequenos traficantes que, a toda evidência, não podem ser apontados como os que dominam o comércio e a distribuição de substâncias entorpecentes. Em verdade, com algumas exceções, a quantidade de drogas apreendidas não é significativa, o que permite concluir que as pessoas processadas como traficantes são, de fato, 'mulas', permanecendo ignorados os que vivem do odioso negócio... Ora, dizer que o pequeno traficante é necessariamente perigoso, é permi-





tir que se mantenha a atual realidade em que a polícia se contenta em prender quem traz menor risco à sociedade".⁽⁵⁾

Por derradeiro, como quarto reforço ao entendimento esboçado, a jurisprudência, através de julgados emanados do Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais de Justiça dos Estados, como o de Minas Gerais por exemplo, vem aceitando a suspensão condicional da execução da pena em sede de delitos hediondos e equiparados, situação jurídico-penal similar à substituição prevista na Lei nº 9.714/98, não obstante a gravidade dos crimes e a regra constante do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Sobre o cabimento do *sursis* nos crimes hediondos **Damásio de Jesus** escreve: "A execução da pena imposta em face de sua prática, presentes seus pressupostos objetivos e subjetivos, não é incompatível com o *sursis*. Ex.: tentativa de atentado violento ao pudor, imposta a pena mínima de dois anos de reclusão. Não impede o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que disciplinou os delitos hediondos e deu outras providências, segundo o qual a pena deve ser executada em regime integralmente fechado. Ocorre que o *sursis* constitui uma medida penal sancionatória de natureza alternativa, não se relacionando com os regimes de execução".⁽⁶⁾

Destarte, totalmente cabível, a nosso sentir, a aplicabilidade da substituição da pena de prisão aos condenados por infração ao art. 12 da Lei Antitóxicos.

3.2 – Consequências

Os efeitos da incidência da nova lei ampliam-se extraordinariamente, atingindo em cheio a estrutura do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos.

A questão muito bem formulada pelo promotor de justiça **Victor Eduardo Rios Gonçalves**, consistente em ser demasiado estranho que o juiz possa impor uma pena substitutiva ao traficante e, caso este a descumpra, revogue o benefício e tenha ele de cum-

prir a pena de prisão integralmente em regime fechado, deve ser resolvida de forma diversa daquela sugerida pelo distinto colega de *Parquet*.

Como visto alhures, a multiplicação irracional das leis, que se atropelam e se contrapõem, em especial por possuírem direções inconciliáveis, impõe ao operador jurídico reflexão necessária para, descobrindo o espírito norteador do todo legislativo, trabalhar pela coerência do sistema jurídico, de modo a evitar sua corrosão através de contradições inaceitáveis.

Observando o ordenamento positivo, extrai-se a noção de que o legislador penal brasileiro normalmente tem-se guiado, e deve fazê-lo por força constitucional, por uma "proposta desinstitucionalizadora tendente à despenalização, descriminalização (em suas diferentes formas) e diversificação da solução dos conflitos sociais",⁽⁷⁾ evidentemente com a criação de alternativas, através de penas e medidas, à privação da liberdade.

Assimilando a *mens legis* que ressaí da Lei Suprema e de grande parte da legislação infraconstitucional, há de se concluir que, cuidando-se de condenados por infração ao art. 12 da Lei nº 6.368/76, nos casos em que, em tese, for admissível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, revogada está a norma prevista no art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, porquanto se a pena de prisão, teoricamente, pode ser afastada, em caso de sua execução não se tolera o rigor do cumprimento em regime fechado, sequer como exigência inicial, pois o cumprimento da privação da liberdade em regime aberto, por exemplo, é mais grave que qualquer forma de restrição de direitos.

É absolutamente possível, neste passo, a utilização de velho, mas sempre importante, brocardo jurídico: quem pode o mais, pode o menos. Se ao juiz é permitido o afastamento da pena de prisão, com maior razão deve ser admitido o arbitramento do mais benéfico regime de cumprimento da referida pena, assim como a autorização de eventual progressão de regime.

4. Conclusões

De tudo o que foi exposto, podemos concluir o seguinte:

a) a regra da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, nos termos da Lei nº 9.714/98, aplica-se aos delitos hediondos e assemelhados, particularmente ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;

b) a aplicação da nova lei gera amplos efeitos sobre a regra inserta no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, revogando-a expressamente nos casos em tese subsumíveis ao art. 44 do Código Penal, inadmitindo-se a exigência do cumprimento da pena privativa de liberdade integral ou inicialmente em regime fechado;

c) o magistrado deve, no caso concreto, avaliar os critérios do inc. III do art. 44 do Estatuto Penal, visando a substituição da pena de prisão, que não é automática pela simples presença dos requisitos objetivo e subjetivo, fazendo-o com prudência, bom senso e discernimento, distinguindo situações materialmente diferentes e sempre com vistas à suficiência para a reprovação e prevenção do delito.

NOTAS

⁽¹⁾ **Dias, Jorge de Figueiredo**, "Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime", Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, p. 74.

⁽²⁾ **Taipa de Carvalho, Américo A.**, "Sucessão de Leis Penais", 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 28.

⁽³⁾ **Rios Gonçalves, Victor Eduardo**, "O Âmbito de Incidência da Lei nº 9.714/98", **Boletim IBCCrim** nº 75, ano 6, fev/99.

⁽⁴⁾ **Gomes, Luiz Flávio**, "Penas e Medidas Alternativas à Prisão", São Paulo, RT, 1999, pp. 111/2.

⁽⁵⁾ In **Boletim IBCCrim** nº 75, ano 6, fev/99.

⁽⁶⁾ **Jesus, Damásio E.**, apud **Gomes, Luiz Flávio**, Op. cit., p. 113.

⁽⁷⁾ **Cervini, Raúl**, "Os Processos de Descriminalização", São Paulo, RT, 1995, p. 195.

Os autores são procuradores de justiça em Belo Horizonte (MG).

O Positivismo Jurídico e o Sentido Ético do Direito

JOSÉ PAULO DIAS

Consideramos como "positivismo jurídico" o modelo de Direito com as seguintes características básicas: a) o Direito é visto como uma ordem normativa destinada a regular a conduta humana, mediante uma sanção coercitiva, posto por um ato de decisão humana; b) assim, a coação é o elemento central do Direito, e a função deste é a de organizar o uso da força na sociedade; c) a "lei", criada pelo Estado, é a única forma reconhecida como sendo "fonte" de Direito; d) toda e qualquer matéria pode servir como "conteúdo" da lei; e) o

"positivismo" é indiferente aos valores; f) o conjunto de normas que o caracteriza constitui um ordenamento, dotado de unicidade, completude e coerência; g) e, por fim, cumpre anotar que o "positivismo" é fruto do pensamento racionalista dos séculos XVIII e XIX⁽¹⁾.

Embora, atualmente, o "positivismo jurídico" apresente visíveis sinais de crise, ele é ainda o modelo predominante, de maneira especial no Brasil. Historicamente, a partir dos séculos XVIII e XIX, nasce e se desenvolve o "positivismo" em contra-

posição ao "Direito natural", dentre outras finalidades buscando afirmar socialmente os elementos de certeza e segurança, os quais, na sua ótica, não seriam possíveis de alcançar por esse último. Designamos, aqui, por Direito natural a concepção segundo a qual existem direitos pertencentes à pessoa humana, independentemente de alguma decisão estatal que os declare.

Das características básicas supra expostas, interessam para o presente artigo a noção de que toda e qualquer matéria pode se constituir em conteúdo de uma norma de direito, bem como a de que o "positivismo jurídico" é indiferente aos valores. A respeito, damos a palavra ao expoente teórico máximo dessa corrente de pensamento, **Hans Kelsen**: "As normas jurídicas podem ter qualquer tipo de conteúdo". E acrescen-





ta: "A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político. Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso."⁽²⁾

A concepção de que todo e qualquer conteúdo pode preencher o vazio da moldura da lei transformou-se, no Brasil, em poderosa ideologia. Essa ideologia colabora decisivamente para o conhecido fenômeno brasileiro da elephantíase legislativa. Nesse contexto, as mais diferentes relações sociais são minuciosamente regulamentadas por normas jurídicas, não havendo ramo do Direito que não receba os influxos de tal ideologia: o Direito Penal, Civil, Tributário, do Consumidor etc. E até a Constituição, que deve preservar certa estabilidade ao ordenamento, abre-se, indefesa, para conferir juridicidade à ideologia do Poder Executivo, com a prestativa homologação do Legislativo.

À evidência, há íntimo interrelacionamento entre a *indiferença* a respeito do conteúdo da norma e a *indiferença* com a dimensão ética do Direito: se toda e qualquer matéria pode se transformar em objeto de regulamentação jurídica, não há sentido averiguar se existe, ou não, cobertura a valores fundamentais concernentes à proteção da dignidade da pessoa humana. Este modo positivista de pensar acha-se profundamente enraizado na sociedade brasileira, da produção legislativa da lei à sua interpretação e aplicação judicial; das reflexões da doutrina jurídica ao ensino ministrado nas faculdades de Direito.

Da constatação desse íntimo intercâmbio entre a *indiferença* a respeito do conteúdo da norma e a *indiferença* com a ética no Direito, decorre a pergunta: a preocupação com o conteúdo da norma poderia instaurar, por si, um sentido ético ao Direito positivo contemporâneo? Se a preocupação com o conteúdo da norma é necessária para que se instaure, no Direito hoje vigente,

uma dimensão ética, isso, apenas, é insuficiente. É indispensável indagar que *ética* seria essa, e se ela estaria ou não presente no conteúdo mesmo da norma.

Não obstante as dificuldades para se conceituar o que é "ética", adotamos, para os efeitos deste artigo, a idéia de que "ao conjunto dos valores fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana" denomina-se *ética*. Daí a questão: quais são esses valores? Ou de modo mais específico: existiriam valores fundamentais para a proteção da dignidade da pessoa humana reconhecidos como válidos, também, pelo Direito positivo?

"Os estatutos positivos que reconhecem os valores fundamentais da pessoa humana, a par de relativizarem a dicotomia entre o "Direito natural" e o "Direito positivo", são exemplos de normas preocupadas com o próprio conteúdo".

O reconhecimento da existência de valores pertencentes à pessoa humana era da alçada específica do Direito natural, sendo o Direito positivo indiferente a eles. Historicamente, porém, ocorreu uma relativização da dicotomia entre "Direito positivo" e "Direito natural", como esclarece **Tercio Sampaio Ferraz Jr.:** "Uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Esta promulgação, o estabelecimento do Direito natural na forma de normas postas na Constituição, de algum modo 'positivou-o'".⁽³⁾ Em síntese, houve, no decorrer da história, uma inserção nas leis positivas de valores antes tratados especificamente pelo Direito natural.

Assim, em inúmeros estatutos positivos, tanto da ordem nacional quanto internacional, como nos exemplos da Constituição Brasileira, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, há o agasalho de valores fundamentais da pessoa humana, dentre outros: a proteção à vida e à integridade pessoal; a proibição à escravidão; o direito à liberdade pessoal; a proteção à família e à criança; o direito à saúde, à moradia, à educação e ao ambiente saudável.⁽⁴⁾

Nesses termos, os estatutos positivos que reconhecem os valores fundamentais da pessoa humana, a par de relativizarem a dicotomia entre o "Direito natural" e o "Direito positivo", são exemplos de normas preocupadas com o próprio conteúdo; e, além do mais, à medida que estabelecem proteção à pessoa humana, dotadas de sentido ético.

Portanto, com base no paradigma dos direitos humanos historicamente positivados, à guisa de conclusão, deduzimos: 1) a plena instauração do sentido ético do Direito requer a preocupação com o conteúdo das normas estipuladas pelas leis positivas; 2) e, acrescentamos, essa preocupação deve ser informada pelos valores de fundamental proteção à dignidade da pessoa humana, que, no contexto social e histórico de criação e aplicação das normas jurídicas, pode adquirir concreto sentido ético.

NOTAS

- (1) Sobre o assunto, remetemos o leitor à obra de **Norberto Bobbio**, "O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito", da Ícone Editora, que, amplamente, desenvolve o tema.
- (2) "Teoria Geral do Direito e do Estado", Martins Fontes, p. 166.
- (3) "Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação", Atlas, p. 161.
- (4) O Boletim nº 12, de abril de 1998, da Associação Juizes para a Democracia, p. 3, publicou um extenso e interessante quadro comparativo desses direitos humanos reconhecidos por normas positivas.

O autor é advogado e mestrando em Filosofia do Direito, na PUC/SP.

A Reincidência Específica na Lei nº 9.714/98 e os Princípios da Igualdade e da Proporcionalidade

ALICE BIANCHINI

A reincidência específica, embora tenha sido abolida no Direito Penal brasileiro por meio da reforma de 1984 (Lei nº 7.209), reaparece em leis elaboradas após a Constituição Federal de 1988. A Lei nº 8.072/90 (Crimes Hediondos) foi a que primeiro resgatou este instituto, acrescentando o inc. V ao art. 83 do Código Penal, o qual passa a negar o benefício de livramento condicional nos casos de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, quando o

apenado for reincidente específico em crimes desta natureza.

Esta espécie de reincidência também foi contemplada na recém-criada Lei nº 9.714/98, na qual a constatação de que o agente incidiu no mesmo crime serve de impedimento à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (§ 3º do art. 44 do Código Penal, acrescentado pela lei mencionada).

De acordo com **Basileu Garcia**, nem sempre se considerou a reincidência espe-

cífica mais grave que a genérica. Fazendo menção a **Carrara**, afirma que a genérica, "externando uma habilitação constante para malefícios em geral, era mais perturbadora da ordem jurídica e reclamava sanções mais drásticas. (Para **Garcia**, entretanto,) a repetição de infrações semelhantes parece indicar irresistível vocação temperamental para o crime" (s/d, p. 473), o que não significa que tal inclinação será observada em todos os casos. Tudo se traduziria, apenas, em uma conjectura.

Heleno Cláudio Fragoso entende que a reforma de 1984 andou bem ao suprimir a reincidência específica, por entender que ela "limitava indebitamente o poder discricionário do juiz na aplicação da pena e expressava crença demasiada nos efeitos da prisão, que os fatos por completo desmentem" (1991, p. 331).





A peremptoriedade com que a Lei nº 9.714/98 trata os efeitos da reincidência específica constitui-se em grave injustiça, visto que ofende o *princípio da igualdade*, por meio do qual se estabelece a garantia de tratamento paritário às pessoas, somente se justificando a quebra deste princípio quando diante de fatos que autorizem tratamento diverso, o que *nem sempre* ocorre por ocasião da reincidência, ainda que seja específica. É importante, nestes casos, que investigações acerca da personalidade do agente sejam realizadas, a fim de que, concluindo-se, justificadamente, pela inconveniência da substituição, em virtude de não ser, nas palavras da lei, "*socialmente recomendável*", pudesse, então, o benefício vir a ser negado.

O raciocínio aqui desenvolvido é análogo àquele utilizado quando se trata dos efeitos da reincidência como agravante genérica prevista no art. 61, I, do Código Penal. Encontra-se difundida, na doutrina, a idéia de que "*aquele que volta a delinquir, após ter sofrido uma condenação anterior, revela obstinado desprezo pela lei e pelo magistrado [o que autorizaria] a exacerbação da pena, pois no novo episódio delinqüencial vem a ser gravemente ofendida a autoridade da lei e o prestígio do Estado*" (Costa Júnior, 1999, p. 168). Também é neste sentido a lição de Aníbal Bruno, para quem a agravação da pena no segundo crime se justifica "*pela maior culpabilidade do agente, pela maior reprovabilidade que sobre ele recai em razão da sua vontade rebelde particularmente intensa e persistente*" (1967, p. 114). De acordo com o STJ, entretanto, a simples repetição do agente não é suficiente para imputar-lhe uma maior reprovação, devendo-se examinar se esta reiteração "*evidencia tendência genérica ou específica para a criminalidade, aferindo-se, assim, a personalidade do autor*" (RJTERGS 186/21 in Mirabete, 1999, p. 360). Isto porque "*nem sempre o delinqüente reincidente é mais 'perverso', nem mais 'culpável', nem mais 'perigoso' que o primário*" (Muñoz Conde apud Franco, 1997, p. 1.019).

Os efeitos da reincidência, portanto, sejam para agravar a pena, sejam para impedir benefícios, não podem ser peremptórios, visto que o cometimento de novo crime não significa, necessariamente, que o agente despreza a norma de conduta prevista na lei penal. Fatores outros podem levar à nova delinqüência. O próprio fato de ao agente ter sido impingida uma pena é, sabidamente, fator criminológico, desencadeando, na quase totalidade das vezes, o fenômeno estudado sob a denominação de delinqüência secundária. De acordo com Alberto Silva Franco, "*o próprio Estado, que pune, não deixa de ser um dos estímu-*

ladores da reincidência, na medida em que submete o condenado a um processo desocializador, destruindo sua personalidade por meio de um sistema penitenciário desumano e marginalizador" (1997, p. 1.018).

Pode ocorrer, inclusive, de a censura social ser mais intensa não em relação àquele que é considerado reincidente específico. Há, por exemplo, uma reprovação diferenciada a incidir sobre a conduta de quem pratique dois crimes de furto de pequeno valor, quando comparada à daquele que comete um furto e um estelionato, ambos envolvendo quantias volumosas. Pela lei, ao primeiro estaria vedado o benefício de conversão, o que não se poderia considerar a opção necessariamente mais recomendável, pois qualquer decisão sobre este assunto deve considerar, dentre outros, os fatores, as circunstâncias, os motivos, a personalidade do agente que poderiam, ou não, recomendar a conversão da pena. É o que determinam os arts. 44, III, e 59, IV, do Código Penal.

"Os efeitos da reincidência, portanto, sejam para agravar a pena, sejam para impedir benefícios, não podem ser peremptórios, visto que o cometimento de novo crime não significa, necessariamente, que o agente despreza a norma de conduta prevista na lei penal."

A reincidência específica também não resiste ao confronto com o *princípio da proporcionalidade em seu sentido estrito*, no qual se verifica a relação entre o custo da disposição penal e o proveito por ela instituído. Caso este supere aquele, a medida encontra-se autorizada. Portanto, neste caso, faz-se necessário que o custo individual ou social da proibição, ao reincidente específico, de conversão da sua pena privativa de liberdade em restritiva de direitos se justifique diante do benefício que esta medida traz à coletividade. Desenvolvendo:

Sobre a carga de onerosidade da proibição — Ela é bastante elevada, já que significa perda da liberdade do indivíduo, na medida em que lhe será imposta uma pena privativa de liberdade. Além disso, por ocorrer a violação do *princípio da dignidade humana*, outra das garantias do Direito Penal é afetada. Não é digno que haja qualquer restrição de um direito sem que subsista um justo motivo que a autorize.

Sobre o benefício advindo da proibição — De acordo com o já citado § 3º do art. 44 do Código Penal, "*se o condenado for considerado reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime*" (grifou-se). Pode-se inferir deste dispositivo legal que o suposto benefício da proibição relaciona-se à proteção da sociedade (o que é feito por meio da prevenção), cuja exposição a riscos seria menor, caso o agente que demonstrasse não estar adaptado às suas regras fosse dela afastado. No entanto, conforme alusão anterior, a reincidência específica não significa, necessariamente, que ao agente seja possível imputar uma maior reprovação. Portanto, haverá casos em que a proibição peremptória não trará nenhuma vantagem para a sociedade, sendo que, repete-se, estar-se-á onerando, injustificadamente, aquele considerado, pela lei, reincidente específico. Somente a análise concreta do caso, levando em consideração as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, é que permitirá, tal qual ocorre em relação à reincidência genérica, uma conclusão, num ou outro sentido. Insustentável é a presunção de que a medida necessariamente é benéfica à sociedade pelo tão simples fato de o agente ter incidido no cometimento do mesmo crime.

Se inexistisse presunção no Direito Penal, a proibição de conversão, nos casos de reincidente específico, jamais poderia ser absoluta, devendo o magistrado, na sentença que avalia a possibilidade de conversão, quando se tratar de apenado que anteriormente tenha praticado o mesmo crime, indicar e fundamentar os motivos desautorizadores da concessão do benefício, deixando de considerar, para suas conclusões, qualquer distinção de tratamento em razão da espécie de reincidência, porque, só assim, não estará decidindo contra a Carta Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bruno, Aníbal, "*Direito Penal*", Rio de Janeiro, Forense, 1967.
- Costa Júnior, Paulo José da, "*Direito Penal*", 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.
- Fragoso, Heleno Cláudio, "*Lições de Direito Penal*", 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- Franco, Alberto Silva et alii, "*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*", 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, t. 1, v. 1.
- Garcia, Basileu, "*Instituições de Direito Penal*", 4ª ed., São Paulo, Max Limonad, s/d, t. 2, v. 1.

A autora é professora de Direito Penal da USP e doutoranda em Direito Penal pela PUC/SP.

Caso os senhores associados não recebam o CD-ROM *Valetes em Slow Motion* até 30/07, queiram por gentileza entrar em contato com o Departamento Administrativo e Financeiro pelo telefone (011) 3105-4607 ou e-mail: ibccrim@mgnet.com.br

Ciclomotores e o Código de Trânsito Brasileiro

MARCELO JOSÉ ARAÚJO

Conceito do Veículo

I - Legislação Anterior

A legislação anterior ao Código de Trânsito Brasileiro definia **ciclomotor** como sendo uma bicicleta dotada de motor, conceito este que compunha o Anexo I do Regulamento do Código Nacional de Trânsito (Decreto nº 62.127/68). A Convenção de Viena permitiu aos países signatários promoverem a equiparação dos "ciclomotores" ou às bicicletas ou às motocicletas, para efeitos da legislação nacional.

Se o país equipara o veículo à bicicleta (bicicleta com motor), se está a dizer que se trata de um veículo de propulsão humana, mas com auxílio de motor. Se o país equipara-o à motocicleta (motocicleta com pedal), estar-se-ia dizendo que o veículo é um automotor com pedais auxiliares.

O Brasil, seguindo até mesmo o conceito constante no Anexo I de seu anterior RCNT de ser uma bicicleta com motor, equiparou o **ciclomotor** à bicicleta através da Resolução nº 657/85 do Conselho Nacional de Trânsito - Contran. Entre outros requisitos constava que o veículo deveria possuir cilindrada não superior a 50 cc (3,05 c.i.), velocidade não superior a 50 Km/h, potência não superior a 3HP, e principalmente **possuir pedais auxiliares semelhantes aos da bicicleta**.

II - Código de Trânsito Brasileiro

O novo código, ou Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23/09/97) trouxe uma nova definição para o veículo **ciclomotor** em seu Anexo I, qual seja, **veículo de duas ou três rodas, provido de um motor a combustão interna, cuja cilindrada não exceda a 50 centímetros cúbicos (3,05 polegadas cúbicas) e cuja velocidade de fabricação não exceda a cinquenta quilômetros por hora**.

Perceba-se que **não se fala** na presença de **pedais auxiliares**. Aliás, não se fala sequer que haja qualquer relação com bicicleta, que é um veículo de propulsão humana.

II.a) Ciclomotor / motoneta / motocicleta

A legislação anterior era clara ao definir a **motocicleta** como veículo de duas rodas no qual o condutor vai montado, enquanto na **motoneta** o condutor vai na posição sentado, e **ciclomotor**, fosse sentado ou montado, deveria possuir pedais.

Na nova legislação permanecem inalterados os conceitos de **motocicleta** e **motoneta**, porém o de **ciclomotor** mudou radicalmente. Devemos agora ter em mente que veículos de duas ou três rodas que não excedam a 50 cc e não ultrapassem a 50 Km/h são **ciclomotores**.

Assim temos que:

1.A) Veículos automotores (de combustão interna) com duas rodas, condutor montado, com cilindrada até 50 cc e velocidade máxima de 50 Km/h = **ciclomotor**;

1.B) Veículos automotores (combustão interna ou elétricos) com duas rodas, condutor montado, mais que 50 cc de cilindrada e

velocidade superior a 50 Km/h = **motocicleta**;

2.A) Veículos automotores (de combustão interna) com duas rodas, condutor sentado, com cilindrada até 50 cc e velocidade máxima de 50 Km/h = **ciclomotor**;

2.B) Veículos automotores (combustão interna e elétricos) com duas rodas, condutor sentado, com mais que 50 cc de cilindrada e velocidade superior a 50 Km/h = **motoneta**;

3.A) Veículos automotores (combustão interna) com três rodas, com cilindrada até 50 cc e velocidade máxima de 50 Km/h = **ciclomotor**;

3.B) Veículos automotores (combustão interna ou elétricos) de três rodas, com cilindrada superior a 50 cc e velocidade que supera 50 Km/h = **triciclo** (conceito não trazido no CTB).

"A Resolução nº 657/85 ficou revogada pela redação do CTB que é mais extensiva a outros veículos; portanto é conflitante com a redação da nova lei, não podendo conceitos futuros estabelecidos em resoluções estar aquém do conceito legal, nem inová-lo."

Vê-se claramente que seja sentado, montado, em pé ou deitado o condutor, independe para que se caracterize o **ciclomotor**. O conceito sequer está vinculado ao fato de ser de propulsão humana ou automotor, até porque no novo conceito passa a ser um automotor. Aliás, a idéia de ter que possuir pedal é mais cultural ou consuetudinária (costume), porque na verdade a expressão **ciclo** não está ligada a pedal, e sim ao rodado: bi-ciclo = dois ciclos. O legislador conceituou o veículo de forma idêntica ao Código de Trânsito Argentino de 1994.

Fizemos questão de destacar que somente será um **ciclomotor** o veículo que for automotor mas de combustão interna (e não elétrico com baterias), uma vez que, além de constar na própria definição do Anexo I, somente os de combustão interna possuem cilindrada.

Aproveitamos para fazer uma crítica à classificação constante no art. 96 do CTB, e que repete a do art. 77 do antigo RCNT, na qual classifica os veículos quanto à tração em: automotores, elétricos, propulsão humana, tração animal, reboque e semi-reboque. Entendo que mais feliz teria sido o legislador sub-classificando os automotores em elétricos e de combustão interna, uma vez que **automotor** é aquele que se move por seus próprios meios (além dos ônibus conectados à rede pública) conforme o Anexo I do mesmo Código.

III) Revogação da Resolução 657/85

Com o advento do novo conceito trazido pelo CTB sobre **ciclomotor** a Resolução nº 657/85 do Contran fica revogada, pois o parágrafo único do art. 314 do CTB estabelece que continuam em vigor as resoluções que não conflitam com o Código.

A resolução citada conflita, pois segundo ela somente os veículos com **pedais** (ex. *mobilette*, *garelli*, etc.) é que seriam ciclomotores, enquanto pelo novo Código vários outros veículos estarão incluídos na definição. Não que os veículos exemplificados deixem de ser ciclomotores (continuam sendo), só que outros que ainda não eram passam a ser.

Como foi explicado anteriormente, a Resolução nº 657/85 estava em consonância com o conceito do Anexo I do antigo RCNT, mas não está em consonância plena com o Anexo I do novo Código.

Não é necessário falar que o conceito trazido numa resolução não pode limitar o conceito trazido pela lei (CTB) ao ponto de desfigurá-lo ou amarrá-lo aquém do conceito legal, simplesmente porque a resolução está hierarquicamente abaixo da **lei**. Assim, mesmo que uma resolução futura dissesse que para ser ciclomotor é preciso ter pedais, não teria validade por ser **ilegal**, por contrariar o conceito do Código.

Isso não ocorria na legislação anterior porque lá o conceito era de "bicicleta com motor" e bicicleta tem pedais, sendo que na verdade a Resolução nº 657 apenas havia dito a capacidade e potência máxima de tal motor, além da velocidade, pois pedal já era implícito. Agora isso não está de forma alguma implícito, tanto que para o conceito em nada influencia ser automotor, ou automotor e de propulsão humana também.

IV - Conceitos do Novo Código

O CTB trouxe novos conceitos e definições que com certeza causarão uma certa confusão nas mentes menos preparadas a enfrentar inovações. O conceito diferenciado entre **caminhonete** e **camioneta** é típico. Na legislação anterior tais expressões eram sinônimas e agora o primeiro veículo é de transporte de carga, ou *pick up* (ex. Ranger, Saveiro, etc.) enquanto no segundo passageiros e carga ocupam o mesmo compartimento (ex. Explorer, Parati, etc.), que antes era considerado tão somente misto. A camioneta pode atingir até 110 km/h na rodovia não sinalizada, enquanto a caminhonete apenas 80 km/h (demais veículos), conforme o art. 61 do CTB.

No novo Código "**Foco de Pedestres**" não é um monte de pedestres reunidos em torno de si mesmos, e sim o sinal luminoso (foco = lâmpada) de sua travessia.

V - Conclusão

A Resolução nº 657/85 ficou revogada pela redação do CTB que é mais extensiva a outros veículos; portanto é conflitante com a redação da nova lei, não podendo conceitos futuros estabelecidos em resoluções estar aquém do conceito legal, nem inová-lo.

Para ser um **ciclomotor** o veículo deve atender ao conceito constante no Anexo I do CTB, independente de seu condutor ir sentado, montado, deitado ou em pé.

Os veículos fabricados anteriormente ao





CTB e que passem a atender o conceito constante no Anexo I poderão requerer a nova conceituação, assim como os mistos poderiam ser diferenciados em mistos caminhonete (ex. *pick-up* de quatro portas ou cabine estendida) e mistos camioneta, que é o veículo fechado.

Exigências para Condução e Trânsito

I - Legislação Anterior

I.a) Habilitação/Autorização

Na vigência do anterior Código Nacional de Trânsito o documento exigido para condução de ciclomotores era a **autorização**, a qual encontrava-se regulamentada através da Resolução nº 734/89 do Conselho Nacional de Trânsito, nos seus arts. 109 a 111. Dentre as exigências para sua obtenção constavam as seguintes:

- **Ser o ciclomotor licenciado no órgão de trânsito** — essa exigência entendendo ser absurda, uma vez que estando a pessoa **autorizada** a conduzir, o estará para qualquer ciclomotor, e não apenas para aquele licenciado. O Contran foi infeliz ao vincular uma exigência do veículo a uma do condutor, absolutamente independentes uma da outra. Além do mais sendo equiparado à bicicleta nessa legislação, seu registro seria tão-somente facultativo.

- **Ser proibido o trânsito em rodovias** — outra exigência absurda para fornecimento de um documento, não só porque quem determina restrições ou proibições sobre a via

é a autoridade com circunscrição sobre ela, mas também por não ter a mínima relação com requisito de obtenção documental.

- **Ser maior de 18 anos** — a única exigência relacionada com o condutor.

Note-se que a **autorização** diferenciava-se da **habilitação**, pois para obtenção da primeira não são exigidos exames ou testes, enquanto na segunda há uma bateria deles.

Apesar de tais exigências existirem, não havia consequência sancionatória prevista pela condução sem **autorização**, pois o art. 111 da Resolução nº 734/89 do Contran determinava que as penalidades pela sua falta seriam estabelecidas pelos Conselhos Estaduais de Trânsito, e homologadas pelo Conselho Nacional de Trânsito, o que nunca foram.

Havia, portanto, a previsão de uma infração administrativa constante no art. 89, inc. I, do Código Nacional de Trânsito, que seria conduzir veículo sem estar devidamente habilitado ou **autorizado**, mas não havia penalidade prevista ou determinada pela sua ocorrência.

Poder-se-ia argumentar que a penalidade seria aquela prevista no próprio art. 89, inc. I, do CNT, ou seja, multa do Grupo I, porém tal afirmativa esbarraria no fato de que a partir do momento que o ciclomotor era equiparado à bicicleta (veículo de propulsão humana) a penalidade não poderia ser a mesma do veículo automotor, e sim limitada ao teto de 3% do salário mínimo, conforme o art. 105 daquele CNT, quando se refere a penalidades a pedestres (1% do salário mínimo) ou veículos de propulsão humana e tração animal (3% do salário mínimo).

Quanto à contravenção penal do art. 32 da Lei das Contravenções não haveria sua caracterização, pois ela se refere à falta de **habilitação** e não à falta de **autorização**. Lembrar-se que a segunda não requer exames.

I-b) Novo código

No Código de Trânsito Brasileiro está estabelecido que para condução de ciclomotores é tão-somente necessária a **autorização**, a qual será regulamentada pelo Contran, conforme estabelecido no art. 141 do CTB. Sejam ou não as mesmas exigências da legislação anterior (Resolução nº 734/89 do Contran), caso entenda-se que não há conflito com o novo código, o fato é que não existe a previsão de qualquer infração administrativa pela falta de **autorização**, assim como não há a ocorrência de crime. Portanto, mesmo que haja exigências não há sanção nem penal nem administrativa prevista pela falta de **autorização**.

O registro e o licenciamento passam à competência dos municípios (art. 24, inc. XVII, e art. 129, ambos do CTB), os quais optarão pela exigência ou não desse requisito, podendo, logicamente, delegar tal competência ao órgão executivo estadual, Detran.

O CTB é o resultado da vontade da sociedade materializada pelas mãos do legislador, legitimamente eleito para tal.

O autor é advogado e assessor jurídico do Conselho Estadual de Trânsito do Paraná.

Crimes de Trânsito - Aplicação da Lei nº 9.099/95 e Competência Recursal

BRUNO AMARAL MACHADO e MÁRCIA ROCHA CRUZ

Apresente-se uma questão de suma importância no que tange à competência das Turmas Recursais, concernentes aos delitos indicados no parágrafo único do art. 291 do Código Brasileiro de Trânsito (lesão corporal culposa praticada na condução de veículo automotor, embriaguez ao volante e participação em competição não autorizada), que não foi ainda devidamente questionada. Considerando-se o preceito secundário, parece-nos que esses tipos penais não se enquadrariam na categoria dos crimes de menor potencial ofensivo. Poder-se-ia asseverar que se constituiriam em "terceiro gênero", "crimes assemelhados aos de menor potencial ofensivo", ou crimes de trânsito aos quais seriam aplicados **determinados** institutos concebidos originariamente para os delitos cujas penas privativas de liberdade não ultrapassam um ano. Desconsiderar essa constatação poderia implicar em subversão da *mens legis*, constituindo-se em falsa premissa.

A Turma Recursal, idealizada nos termos do art. 82 da Lei nº 9.099/95, podendo ser composta de três juízes em exercício no primeiro grau, foi criada precipuamente para os crimes de menor potencial ofensivo, conceituados no art. 61 do diploma legal supra-mencionado.

A partir de 22 de janeiro de 1998, em vigor o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), foram criadas onze figuras delituosas sendo que, consoante o comando do art. 61 da Lei nº 9.099/95, sete seriam consideradas de menor potencial ofensivo.

"Dessarte, com a aplicação do art. 76 — que faz a remessa expressa ao art. 82 — necessário se faz que os julgamentos de questões processuais que envolvam diretamente os dispositivos da Lei nº 9.099/95 sejam enviados às Turmas Recursais."

A questão se complica quando a análise se volta para os delitos que, técnica e conceitualmente, não seriam de menor potencial ofensivo, mas, por expressa determinação legal, para esses foram previstos institutos típicos da Lei nº 9.099/95.

Prescreve o art. 291 e parágrafo único da Lei nº 9.503/97, *verbis*:

"Art. 291. Aos crimes cometidos na dire-

ção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

Parágrafo único. Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995."

Consta que parte dos operadores do Direito estariam conferindo interpretação ampliada ao disposto no *caput* do artigo (particularmente quanto à Lei nº 9.099/95), abrangendo os crimes especificados no parágrafo único (todos com pena máxima superior a um ano) para que fossem outros institutos desta lei aplicados, mesmo sem sua direta menção pelo Código de Trânsito.

Parece-nos evidente que, para tais delitos (lesão corporal culposa, embriaguez ao volante e participação em competição não autorizada) apenas se aplicariam aqueles institutos expressamente mencionados⁽¹⁾. Assim, aplica-se o procedimento previsto no CPP (crimes apenados com detenção) com a ressalva de que, quando possível a audiência preliminar (art. 74 da Lei nº 9.099/95), essa deve preceder o oferecimento da denúncia.

Por certo, na lei não existem palavras supérfluas. O parágrafo único do art. 291, sublinhe-se, de manifesta natureza constitutiva, restringiu-se única e exclusivamente aos arts. 74, 76 e 88. Por um lado, se fosse intenção do legislador a aplicação do procedimento *in totum* da Lei nº 9.099/95 e, parti-





cularmente na questão referente à competência recursal, para julgamento das sentenças condenatórias de processos que julgaram estes crimes, teria mencionado, dentre outros dispositivos, o art. 82 da lei.

Por outro lado, o Código de Trânsito determina que os dispositivos do CPP, CP e Lei nº 9.099/95 são aplicáveis **no que couber**⁽²⁾. Ressalta-se que a interpretação sistemática dos diplomas legais sob análise impõe ainda outra consideração. O § 5º do art. 76 da Lei nº 9.099/95 remete expressamente ao 82, no que tange às decisões homologatórias das transações penais. De fato, retomando a informação inicial, não se pode negligenciar a natureza específica dos delitos em apreço, "*crimes assemelhados aos de menor potencial ofensivo*". Em verdade, trata-se de diplomas elaborados em períodos distintos (Leis nºs 9.099/95 e 9.503/97), cabendo ao intérprete buscar a solução mais equânime, resolvendo possíveis contradições no ordenamento jurídico.

Assim, razoável que o controle dos institutos típicos idealizados para os crimes de menor potencial ofensivo permaneça com

as Turmas Recursais, órgão especializado para o julgamento da matéria. Ora, se o diferencial dos crimes no parágrafo único do art. 291 do CTB constitui-se exatamente na aplicação de dispositivos peculiares à Lei nº 9.099/95, não havendo ainda decisão de mérito, eventuais questões preliminares referentes aos respectivos institutos (arts. 74, 76 e 88), deveriam ser encaminhados às Turmas Recursais, solução que privilegiaria o espírito da lei e se revela coerente com o sistema em que ambos os diplomas legais se encontram inseridos.

Este é ponto crucial da questão, devendo ser ressaltado que até o oferecimento da denúncia, o rito dos atos processuais praticados são os determinados pela Lei nº 9.099/95. Somente após o recebimento da exordial é que haverá o julgamento do feito conforme as normas do CPP.

Dessarte, com a aplicação do art. 76 — que faz a remessa expressa ao art. 82 — necessário se faz que os julgamentos de questões processuais que envolvam diretamente os dispositivos da Lei nº 9.099/95 sejam enviados às Turmas Recursais.

Por outro lado, eventuais recursos referentes a decisões de mérito ou incidentes durante

o processo de instrução nos crimes de embriaguez ao volante, lesão corporal culposa e participação em competição não autorizada, devem ser dirigidos aos Tribunais de Justiça ou Tribunais de Alçada. Tratando-se de competência fixada em razão da matéria (art. 98, I, da CF/88), conclui-se, feita a ressalva acima, que o julgamento por Turmas Recursais implicaria em nulidade absoluta.⁽³⁾

NOTAS

⁽¹⁾ Vale ressaltar que há divergência doutrinária quanto à aplicação desses institutos (conciliação e transação) e no que tange à condição de procedibilidade. Nesse sentido: **Boletim IBCRim**, jan/98 e jan/99.

⁽²⁾ Parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade da aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 para crimes que não seriam de menor potencial ofensivo. **Boletim IBCRim**, jan/98.

⁽³⁾ Para alguns, tratar-se-ia de "inexistência", vez que decisão proferida por órgão sem jurisdição.

Os autores são, respectivamente, promotor de justiça na 6ª Promotoria de Justiça Criminal e promotora de justiça na 1ª Promotoria de Delitos de Trânsito, em Brasília (DF).

Masmorras

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Substantivo feminino. Prisão subterrânea; lugar ou aposento sombrio e triste; lugar lúgubre. "*Infestado de sarna, muquirana e baratas que sobem pelo esgoto. Durante a noite, ratos cinzentos passeiam pela galeria deserta. A janela do xadrez é vedada por uma chapa e a fumaça de cigarro espalha uma bruma fantasmagórica no interior da cela*" ("*Estação Carandiru*", **Drauzio Varella**, p. 24).

Um dos principais objetivos do presente governo estadual foi o de "resolver definitivamente" a questão carcerária no Estado de São Paulo. A promessa era implodir a Casa de Detenção de São Paulo Prof. Flaminio Fávero. Na bagagem da Secretaria de Assuntos Penitenciários um defensor dos direitos humanos, dr. **João Benedicto de Azevedo Marques**, homem comprometido com o respeito e dignidade dos presos.

Quatro anos depois, tempo razoável para cumprir a promessa de governo, a situação, narrada no recente Relatório da Anistia Internacional, intitulado "*Aqui Ninguém Dorme Sossegado*", é a seguinte: "*Nas instituições penais muito grandes, como a Casa de Detenção do Carandiru, em São Paulo, onde vivem atualmente 7.200 internos, existem detentos poderosos que formam bandos. Em tais ambientes desenvolve-se um sistema econômico interno segundo o qual os presos podem comprar 'privilegios' que deveriam constituir direitos — como por exemplo uma cela decente. Aqueles que não têm condições de pagar, que fizeram inimigos na prisão ou que estão sendo punidos costumam ser colocados em condições piores. Em uma ala de celas de castigo da Casa de Detenção de São Paulo os delegados da Anistia Internacional viram até 10 homens*

confinados 24 horas por dia em celas para um só ocupante. Uma chapa de metal com respiradouros, fixa de forma a cobrir a janela, bloqueava a maior parte do ar e da luz natural. A atmosfera era fétida e úmida" (p. 26). Ratos, baratas e outros insetos convivem com os seres humanos amontoados na Masmorra, como o local é "carinhosamente" conhecido.

"O respeito à Lei de Execução Penal, concernente ao atendimento médico, jurídico ou de assecuração da dignidade do homem recolhido ao cárcere é um direito inalienável que qualquer governo democrático deve cumprir"

Cuidado médico é algo como uma contradição em termos, no sistema penitenciário paulista. Alguns presos referem-se aos médicos da seguinte forma: "*somos tratados por esses verdugos, como se fôssemos vermes... A responsabilidade pela assistência aos paraplégicos corria por conta de outros internos, sem qualquer treinamento e sem acesso a medicamentos*" ("*Aqui Ninguém Dorme Sossegado*", p. 17).

Segundo **Drauzio Varella**, na Casa de Detenção "*há muitos anos a direção da Casa perdeu o direito de posse nos pavilhões maiores, como o Cinco, o Sete, o Oito e o Nove. Nesses, cada xadrez tem dono e valor de mercado*". O próprio diretor afirma que

seria melhor "*fechar a cadeia e começar de novo*" ("*Estação Carandiru*", p. 36).

O atendimento jurídico no sistema penitenciário paulista continua deficiente, não obstante os esforços de advogados e procuradores que atuam com denodo enfrentando as dificuldades impostas — muitas vezes — pela própria direção do presídio. Na Penitenciária do Estado, por exemplo, a advogada **Alessandra Teixeira** colheu depoimentos do preso J.L.S. que relatou ter ficado 55 dias em cela disciplinar, quando o limite estatuído na LEP é de somente 30. Chamado a depor em juízo, "misteriosamente", retratou-se... Agressões são contínuas, segundo comenta-se, naquele estabelecimento penal e muitos são guardados em celas escuras.

Haveria possibilidade de, **eticamente**, sustentarmos um tratamento indigno aos presos no final deste milênio? Qualquer ser humano, tendo a **ética** por referência, pode ficar sem o devido atendimento médico quando necessário? Há que se admitir um desrespeito completo à legislação como o que vem ocorrendo na Penitenciária do Estado de São Paulo? Se é o preso quem manda na cadeia, o que faz a administração penitenciária do Estado de São Paulo?

Essas questões podem encontrar diferentes respostas, cada uma útil para o deslinde de nossa opinião.

Os pensadores clássicos afirmavam que a ética, cujo modo era a virtude e cujo fim era a felicidade, realizava-se pelo comportamento virtuoso entendido como a ação em conformidade com a natureza do agente e dos fins buscados por ele. Afirmavam também que o homem é, por natureza, um ser racional e que, portanto, a virtude ou o comportamento ético é aquele no qual a razão comanda as paixões, dando normas e regras à vontade para que esta possa deliberar corretamente. Ética e virtude, virtude e ética, palavras plurívocas empregadas ao longo do





tempo com uma mesma acepção. O adágio clássico — agir virtuosamente é agir em conformidade com a natureza —, o adágio cristão — agir virtuosamente é agir em conformidade com a vontade de Deus —, o adágio iluminista — agir virtuosamente é agir em conformidade com a razão —, o adágio marxista — agir virtuosamente é agir em conformidade com a maioria —, indicam diferentes caminhos para chegar-se à ética dos valores. Na realidade, pouco importam os caminhos que são palmilhados para se atingir o fim. Parece-nos mais importante circunscrever melhor o conceito de ética associando-o à virtude cosmopolita, pública, pluralista. **Habermas**, contemporaneamente, aposta numa "ética da ação comunicativa" que permitiria o surgimento de um espaço público de diálogo tecido numa intersubjetividade racional, cujo pressuposto seria o caráter incondicional e incondicionado da palavra ética.

H. G. Wells, em seu conto "A Terra dos Cegos", narra a odisséia de um homem de visão normal que tenta convencer uma população de cegos de que possui um sentido do qual ela é desprovida; ele fracassa e, por fim, decidem os cegos que se lhe deviam arrancar os olhos para curá-lo dessa ilusão. O mesmo se dá com a (coletiva) ética: se a maioria dos homens for cega para a ética, a sina dos que possuem visão ética tem probabilidade de ser semelhante à do homem que vê, do conto de **Wells**.

Os padrões de louvor e censura a um homem podem diferir em face de um indiví-

duo consciente e daquele que não o é. Quanto digno é um homem deve-se apurar por sua "retidão objetiva". Se tal conceito tem algum sentido, deve ele satisfazer a duas condições — uma, teórica, e outra, prática. A condição teórica é que deve haver algum meio de conhecer que espécies de atos são objetivamente certos; a prática é que, no mínimo para alguns, o fato de que uma opção reconhecida como objetivamente certa deve constituir um motivo que incite sua execução. Parecenos, no caso concreto, que os fatos são incontroversos. Nossos governos não cumprem o que prometem. E prometeram restituir a dignidade das pessoas que foram recolhidas ao cárcere. Há violações legais e seu reconhecimento abstrato incita à reflexão. Se a "ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade", como afirma **Adolfo Sánchez Vazques**, in "Ética", Rio, Civilização Brasileira, 1995, p. 12, e, mais do que isso, se ética é a moralidade positiva, isto é, o "conjunto de regras de comportamento e formas de vida através das quais tende o homem a realizar o valor do bem" (conforme **Eduardo García Máynez**, "Ética", México, Porrúa, 1970, p. 12), não há que se permitir a ocorrência de atos que permitam aflorar com o descumprimento ético. Não se poderia falar do bom e do mau, da virtude e do vício, não houvesse um critério de estimacão e uma instância — a consciência humana — capaz de intuir o que vale.

Não basta denunciar os fatos, pois a denúncia é condição necessária, mas não suficiente para a realização da ética. A discussão sobre a ética e o seu alcance deve ser levada

com cada cidadão, especialmente os operadores jurídicos, para que o paradigma ético seja praticado. Quaisquer que sejam as instâncias de regulação — a natureza, Deus, a razão ou a maioria — nenhuma delas justificaria a existência de bárbaras práticas como as descritas acima.

A política do atual governo na área penitenciária e a situação dos cárceres paulistas conflitam com a ética. As quatro perguntas iniciais feitas acima pode-se responder. Não. Não. Não. Nada.

A Administração Penitenciária do Estado deve assumir a sua condição de controladora dos presídios e não deixar que uma subcultura controle a execução da pena em São Paulo. Se a Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários é incapaz para assumir seu papel, cabe ao governador agir para regular o exercício da ética nos presídios paulistas. O respeito à Lei de Execução Penal, concernente ao atendimento médico, jurídico ou de assecuração da dignidade do homem recolhido ao cárcere é um direito inalienável que qualquer governo democrático deve cumprir.

Se na cadeia ninguém dorme sossegado, como afirma o Relatório da Anistia, é porque fora delas outros estão dormindo.

Nenhum homem pode ter mais do que a lei penal determina, pois todo condenado é maior que sua culpa.

O autor é membro do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária, ex-presidente do IBCrim e professor da USP.

O Advogado e a Ética

SÉRGIO ROSENTHAL

"J'aurais voulu être avocat:
c'est le plus bel état du monde."

Voltaire

O *Jornal da Tarde* publicou, na primeira semana de junho, uma série de reportagens retratando as mazelas da justiça penal e as falhas do sistema processual brasileiro. Foram apresentados casos de impunidade gerados pela burocracia, pela má redação das leis e, principalmente, pelos artifícios utilizados por advogados experientes.

Com a ignorância peculiar dos leigos procurou-se, no contexto, demonstrar a responsabilidade do advogado criminalista diante da absoluta falta de segurança pública que aflige o cidadão, da deplorável situação carcerária que enfrenta o Estado, e do sentimento de impunidade que paira sobre a sociedade paulista, elegendo-se como causas da atual conjuntura, a interpretação marota da lei penal e o uso de artifícios vis e ilegais, retratados na reportagem como "truques de seu ofício"⁽¹⁾.

Infelizmente, não é de hoje que os espíritos mais imediatistas e menos iluminados procuram inculpar o advogado pelos peca-

dos atribuídos a seus defendentes, imaginando esperteza onde deve haver cultura, imaginando astúcia e falsidade onde deve haver retidão e polidez, imaginando ganância onde deve haver, antes de mais nada, o desejo de servir à justiça.

O advogado criminalista jamais foi uma figura estimada no íntimo dos populares. E o motivo de sua impopularidade é, sem dúvida, a própria profissão que exerce. A ele só se recorre diante de um problema, na adversidade, quando se está envolto em preocupações, quando se está diante de grandes temores. Como escreveu **Henri Robert**: "Os advogados são as testemunhas profissionais dos maus dias, os confidentes obrigatórios a quem o cliente é forçado a confessar seus segredos de família, até mesmo pequenas baixezas de que não tem motivo para se orgulhar."

Assim, por ter-se visto diante deles em posição incômoda ou em situação crítica, é natural que o cliente lhes queira mal, talvez inconscientemente, que conserve deles uma péssima lembrança; ou mesmo (um sentimento bem humano, o que não quer dizer muito nobre) é natural que fique tentado a desforrar-se e a criticá-los o mais possi-

vel... tão logo não precise mais de sua assistência."⁽²⁾

Mas não é só, de outro lado a vítima também o censura, por "defender um culpado", como se o advogado fosse testemunha dos mesmos fatos, ou tivesse as mesmas convicções, as mesmas certezas daquele que se diz ofendido. As testemunhas o abominam pela maneira incisiva como desfere pergunta atrás de pergunta, em busca de um detalhe que lhe possa ser útil, ou de uma contradição que socorra a defesa.

O mestre **Francesco Carnelutti**, compartilhando dessa mesma visão, ponderou: "A essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: sentar-se sobre o último degrau da escada ao lado do acusado"⁽³⁾.

O advogado é o amigo e confidente que, junto com o problema de outrora, deve ser esquecido.

Mas a imprensa dos últimos dias persiste em indagar nas entrelinhas: Como pode alguém colocar o seu talento a serviço de miseráveis cujos crimes causam horror? Como pode alguém dedicar uma vida a arrebatrar criminosos do justo castigo que merecem?

Discorrendo sobre o papel do advogado disse **Henri Robert**: "Para raciocinar assim, é preciso nunca ter visto criminosos de perto! É preciso considerar a vida de uma forma puramente teórica e classificar a priori





os seres humanos em pessoas de bem, dignas de estima e de simpatia, e em canalhas desprezíveis e indignos de piedade. Mas a humanidade não é assim tão simples."⁽⁴⁾

Aliás, como escreveu Dostoievski: *"Aquele que tem consciência, sofre reconhecendo seu erro. É o castigo — independentemente das galés"*⁽⁵⁾.

O grande Evandro Lins e Silva, do alto de sua inabalável autoridade moral, e com a experiência do jurista que tudo viveu e muito ensinou, deixou também consignado: *"o crime não é julgado como uma entidade abstrata, mas como o episódio da vida de uma criatura humana, atendida sua motivação, em meio às fraquezas e às desgraças que a todos podem atingir"*⁽⁶⁾.

Some-se a isto a inabalável capacidade da imprensa de apresentar quase sempre como certo e provado, o que é hipotético e duvidoso, de descrever o caráter do acusado sem ao menos conhecê-lo, de historiar os fatos sem compreender a lei.

O advogado deve dedicar às suas causas o seu tempo, o seu esforço, a sua cultura e a sua arte, sem jamais temer os exageros da imprensa ou a incompreensão popular.

É evidente, entretanto, que não pode jamais abrir mão de seus valores e de sua consciência, pois tudo deve conspirar para fazer do advogado um profissional devotado, mas jamais complacente.

Aquele que junta aos autos documentos que sabe falsos, aquele que corrompe os funcionários da justiça, aquele que se utiliza em benefício de seus clientes de artifícios que a lei e a moral reprimem, e acima de

"Infelizmente, não é de hoje que os espíritos mais imediatistas e menos iluminados procuram inculpar o advogado pelos pecados atribuídos a seus defendentes, imaginando esperteza onde deve haver cultura, imaginando astúcia e falsidade onde deve haver retidão e polidez, imaginando ganância onde deve haver, antes de mais nada, o desejo de servir à justiça."

tudo, crê serem estes os *"truques de seu ofício"*, não desmerece a classe dos advogados criminalistas, pelo único motivo de que a esta nunca pertenceu.

Foi o chanceler de Aguesseau, em sua famosa mercurial sobre a independência do advogado que, ao referir-se sobre a Ordem

dos Advogados, deixou para sempre consignado: *"Uma ordem tão antiga quanto a magistratura, tão nobre quanto a virtude, tão necessária quanto a justiça"*⁽⁷⁾.

E é diante disso que desejamos verdadeiramente acreditar, tenha sido o teor das reportagens mencionadas (lastreadas nas declarações de um crápula, que equivocadamente se auto-denomina advogado) apenas um temporário eclipse da razão e da compaixão, e que a imprensa paulista continue a nortear-se pela busca de um sistema legal justo e coerente, que puna severamente o infrator, ao mesmo tempo que trate, com dignidade e respeito, um possível inocente e seu defensor.

NOTAS

⁽¹⁾ *Jornal da Tarde*, Terça-feira, 1º de junho de 1999, Geral, p. 11-A.

⁽²⁾ Robert, Henri. *"O Advogado"*, 1ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 6.

⁽³⁾ Carnelutti, Francesco. *"As Misérias do Processo Penal"*, Conan, 1995, p. 27.

⁽⁴⁾ Robert, Henri. *"O Advogado"*, 1ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 63.

⁽⁵⁾ *"Crime e Castigo"*, p. 168.

⁽⁶⁾ Silva, Evandro Lins e. *"A Defesa tem a Palavra"*, p. 67.

⁽⁷⁾ Robert, Henri. *"O Advogado"*, 1ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 39.

O autor é advogado em São Paulo.

As Vítimas da Violência e da Perseguição

GUILHERME A. DE ALMEIDA

No dia 20 de junho comemora-se, a nível mundial, o dia do refugiado africano. Trata-se do trigésimo aniversário de um importante acontecimento na evolução do direito de asilo. Em 20 de junho de 1974, entrou em vigor uma convenção assinada em 1969 por 34 países membros da Organização da Unidade Africana (OUA). Atualmente, é conhecida como a "Convenção da OUA sobre os Refugiados", o primeiro instrumento regional em matéria de refúgio, e o mais generoso.

A Convenção de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967 — carta magna dos direitos dos refugiados — definem o refugiado como uma pessoa que foge da perseguição por razões de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. No entanto, a Convenção da OUA ampliou esta definição para incluir pessoas que fogem por agressões externas, por ocupação estrangeira ou por acontecimentos que ameacem seriamente a ordem pública. Para nós, na América Latina, esta ampliação da definição clássica de refugiado tem tido um significado especial, por ter inspirado a Declaração de Cartagena de 1984, elaborada para fazer frente às necessidades dos refugiados que fugiam da violência generalizada e da violação maciça dos direitos humanos na América Central.

Entre outros elementos inéditos introduzidos pela Convenção da OUA, rezam o princípio da repatriação voluntária — a melhor solução para o problema dos refugiados — e o do compartilhamento da carga, o que significa que um Estado, perante um afluxo maciço de refugiados, pode solicitar apoio de outros Estados.

O espírito generoso da Convenção africana tem sido comprovado durante as três décadas seguintes à sua adoção. Tanto nas guerras, quanto nas situações de convulsão social, os países africanos têm assumido o desafio de proteger e ajudar grande número de refugiados, mesmo que, perante a magnitude das últimas crises humanitárias (Ruanda, ex-Zaire), alguns países tenham começado a adotar políticas mais restritivas em matéria de asilo.

Hoje em dia, enquanto nos encontramos profundamente comovidos pela tragédia de quase um milhão de refugiados kosovares, o drama similar de mais de 7 milhões de pessoas é desconhecido pela grande maioria. São refugiados, deslocados internos e repatriados africanos, que se encontram em Angola, na Libéria, na Guiné, em Serra Leoa, no Sudão, em Moçambique e na Eritreia, entre outros. Portanto, nesta comemoração do trigésimo aniversário da Conven-

ção da OUA e dos esforços e ganhos dos refugiados africanos, cabe recordar a gravidade das crises humanitárias que convulsionam atualmente os países africanos. Incumbe a todos nós, cidadãos e cidadãs, organizações não-governamentais, governos dos Estados membros da comunidade internacional, assim como à mídia, nos esforçarmos para que não sejam esquecidas as prementes necessidades de milhões de pessoas que perambulam entre a violência e a migração.

Por outro lado, reflitamos, nestes momentos tenebrosos de final de século, sobre os erros cometidos e as lições que temos aprendido das grandes crises humanitárias na África. No que concerne ao retorno para Kosovo de quase um milhão de refugiados e deslocados, o apoio direto por parte da comunidade internacional terá um papel central na fase de reconciliação e reconstrução desta região dos Bálcãs. Numerosas têm sido as vezes que, com a cessação do conflito gerador de refugiados, tem-se extinguido o interesse mundial pela sorte das vítimas. Nesta fase, as organizações humanitárias costumam encontrar-se isoladas ao enfrentar as enormes necessidades de reconstrução, tanto da confiança das pessoas afetadas quanto do país que tinham abandonado. O princípio do compartilhamento da carga, que fora aplicado com eficácia na crise de Kosovo mediante apoio político e financeiro às operações humanitárias e ao programa de evacuação de refugiados para terceiros países, para aliviar a carga imposta a Mace-





dônia, deve continuar orientando a comunidade internacional na solução dos problemas dos quase 23 milhões de refugiados no mundo inteiro.

A melhor comemoração da existência de um modelo exemplar para a proteção e assistência aos refugiados, seria uma renovação real e efetiva do compromisso dos governos com os valores essenciais da civilização: a paz, a democracia e o respeito pelos direitos humanos. Estaremos, assim, melhor preparados para construir um mundo onde o deslocamento e o sofrimento de milhões de seres humanos possam deixar de ser uma constante.

Guilherme da Cunha, representante regional da o sul da América Latina. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

África

Até janeiro de 1999, das 21,1 milhões de pessoas pelas quais o ACNUR é responsável, 6,5 milhões encontravam-se na África. Esta cifra inclui 3,3 milhões de refugiados, 2,1 milhões de deslocados internos e 1,1 milhões de refugiados que já regressaram aos seus lares. Em janeiro de 1998, o número mundial das pessoas que concernem ao ACNUR era de 22,3 milhões, dos quais 7,2 milhões se encontravam na África.

Dentre os 10 maiores movimentos de repatriação de 1998, 7 tiveram lugar nos seguintes países africanos:

Libéria	235.700
Serra Leoa	193.800
República Democrática do Congo ..	62.400
Somália	48.100
Mali	27.000
Burundi	23.600
Angola	21.800

Os 5 países africanos que geram o maior número de refugiados:

Serra Leoa	410.900
Somália	401.300
Sudão	372.900
Eritreia	342.300
Burundi	299.400 ⁽¹⁾

Os 4 países que recebem o maior número de refugiados na África:

Guiné	413.700
Sudão	391.500
Tanzânia	343.900 ⁽²⁾
Etiópia	262.000

Cronologia dos principais acontecimentos relativos aos refugiados africanos

1956 - A guerra pela independência da Argélia provocou a maior onda de refugiados na história moderna da África, ocasionando a fuga de dezenas de milhares de pessoas para a Tunísia e para o Marrocos. O ACNUR interveio em 1957 e, 5 anos mais tarde, ajudou a repatriar 260.000 argelinos.

1958 - Um milhão de habitantes da Guiné tiveram de se exilar depois que o país se independizou da França, mas logo as tensões se exacerbaram com as antigas leis coloniais.

1960 - O movimento anti-colonial espalhou-se pelo centro e sul da África, pro-

vocando a difusão de movimentos populares por toda a região.

1962 - O ACNUR abre o seu primeiro escritório em Burundi, em resposta à crise regional.

1966 - Um êxodo começa quando a colônia africana de Portugal, Moçambique, começa a pressionar para obter sua independência, atitude que logo seguiram outras colônias portuguesas: Angola e Guiné-Bissau.

1969 - Ao multiplicar-se o número de refugiados no continente, a Organização para Unidade Africana aprova a Convenção reguladora dos problemas dos refugiados africanos.

"Incumbe a todos nós, cidadãos e cidadãs, organizações não-governamentais, governos dos Estados membros da comunidade internacional, assim como a mídia, nos esforçarmos para que não sejam esquecidas as prementes necessidades de milhões de pessoas que perambulam entre a violência e a migração."

1972 - O ACNUR assiste na repatriação de 200.000 refugiados do sul do Sudão, mas Idi Amin expulsa 40.000 asiáticos de Uganda; 170.000 pessoas fugiram de Burundi em direção a Estados vizinhos quando uma terrível matança começa naquele país.

1975 - A ONU reivindica o direito de autodeterminação do Saara Ocidental, mas a guerra estoura entre Marrocos e a Frente Polisária; 150.000 refugiados da ex-co-

lônia britânica de Rodésia do Sul chegam a Moçambique.

1977 - A guerra origina o deslocamento de 3 milhões de somalis e etíopes. Um ano mais tarde, o ACNUR lança um programa para os refugiados etíopes residentes nos países vizinhos.

1984 - A fome etíope mata centenas de milhares de pessoas e muitas fogem para o Sudão.

1989 - Um acordo político gestionado pela ONU acaba com a ocupação da Namíbia por parte da África do Sul, o que permitiu que 45.000 pessoas regressassem ao país. A guerra civil começa na Libéria e o conflito que duraria 7 anos provoca o deslocamento de 700.000 pessoas.

1990 - A libertação de Nelson Mandela assinala o fim do sistema de segregação social *apartheid* e centenas de sul-africanos exilados começam a regressar aos seus lares.

1992 - É assinado um acordo de paz em Moçambique e 1,7 milhões de refugiados regressam aos seus lares, num dos mais exitosos retornos e programas de reintegração desde a Segunda Guerra Mundial.

1994 - Um milhão de pessoas morrem no genocídio de Ruanda e 1,7 milhões de pessoas fogem do país. Dois anos depois, centenas de milhares de refugiados regressam à Ruanda, mas outros milhares morrem nas florestas tropicais da África Central.

1997 - Um golpe militar em Serra Leoa provoca uma onda de crimes e mutilações, e mais de 400.000 de seus habitantes fogem.

1999 - Ao aproximar-se o novo milênio, mais de 7 milhões de refugiados e outras pessoas que concernem ao ACNUR permanecem deslocados em todas as regiões da África.

NOTAS

⁽¹⁾ Esta cifra não inclui os 200.000 burundinenses que estão na Tanzânia desde 1970 e que não recebem assistência do ACNUR.

⁽²⁾ Não inclui os 200.000 burundinenses que não receberam assistência em 1970.

O autor é consultor jurídico da ACNUR.

FALE CONOSCO

Tenha sempre a mão os e-mails do Instituto, um meio de comunicação rápido e eficiente.

ibccrim@mgnet.com.br

- Correspondências para o Departamento Administrativo e Financeiro
- Pagamentos, cadastros e alterações
- Sugestões e críticas
- Cadastro de e-mails
- Informações sobre serviços oferecidos pelo **IBCCrim**

ibccrim_comkt@mgnet.com.br

- Correspondências para o Departamento de Comunicação e Marketing
- Informações sobre cursos, palestras e Seminário Internacional
- Concurso de Monografias
- Assessoria de Imprensa

ibccrim_diret@mgnet.com.br

- Correspondências para a diretoria
- Relações internacionais

ibccrim_bibli@mgnet.com.br

- Consultas ao acervo da Biblioteca e Videoteca
- Sugestões

ibccrim_publi@mgnet.com.br

- Correspondências para os editores da RBCCrim e do Boletim
- Envio de artigos para análise e publicação tanto na Revista quanto no Boletim
- Esclarecimentos de edições anteriores do Boletim
- Envio de sugestões, críticas e esclarecimentos para a RBCCrim e para o Boletim
- Envio de monografias para análise e eventual publicação
- Informações sobre monografias já editadas
- Informações sobre convênios

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

Incompetência Legislativa
ou Extrema Habilidade?

CARLOS GUILHERME SANTOS MACHADO

Tornou-se comum, por parte de nossa doutrina, a crítica ao legislador penal. Em cada livro, estudo ou artigo publicado, há sempre um parágrafo destinado a tecer críticas à atividade legislativa, apontando a cada nova manifestação seus erros, incorreções, impropriedades técnicas e desrespeito aos princípios básicos consagrados constitucionalmente.

Obviamente, essa atividade tumultuada é extremamente prejudicial ao ordenamento jurídico, pois este requer, precipuamente, clareza e precisão, para que se traduza em segurança à sociedade e ao aplicador do Direito, requisitos indispensáveis à manutenção do equilíbrio e da paz social. Não se trata de acoimar a crítica tecida ao legislador de inoportuna, mas encarar o problema sobre outro enfoque, desvendar as várias faces do prisma.

É incontável o número de diplomas legais vigentes que consagram no seu corpo alguma inconstitucionalidade, seja na utilização de conceitos abstratos para tipificar a conduta, seja esquecendo dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, suprimindo garantias, atribuindo ao juiz atividade persecutória, enfim, uma série de vícios que maculam a lei e provocam sua ineficácia, *a priori* ou *a posteriori*.

A priori, quando pela própria falta de técnica a lei se torna inaplicável.

A posteriori, ocorre por causa das intermináveis discussões e divergências que a lei

provoca e, quando o STF ou STJ chegam a defini-la, já incidiu a prescrição.

Desse modo, quando nos deparamos com uma lei inaplicável por força de sua atecnia, não se deve atribuir a essa falta de rigor técnico o adjetivo "incompetência legislativa", pois dá a entender que o legislador é "extremamente hábil" ao editar uma lei penal simbólica que acalma os ânimos da mídia, traduz uma pseudotranquilidade social e permite ao infrator continuar impunemente praticando a conduta indesejada.

Recuso-me a acreditar na ingenuidade de nossos representantes que, tendo à sua disposição toda a máquina do Estado, podendo criar comissões jurídicas competentes para apreciar projeto de lei, solicitar pareceres dos eminentes juristas que engrandecem a nossa doutrina, promover debate sobre o tema em foco e muitas outras medidas que poderiam ser tomadas, nada fazem e deixam ingressar no ordenamento jurídico leis absolutamente incompatíveis com o sistema. Talvez os mesmos não se deram conta de que inovar o ordenamento jurídico penal é algo que exige a máxima responsabilidade, pois estão em jogo a liberdade e a dignidade de um povo.

O autor é estagiário do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e quartanista da FAA.

LEGISLAÇÃO

Lei nº 9.800, de 26.05.1999

Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º - É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.

Art. 2º - A utilização de sistemas de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.

Parágrafo único - Nos atos não sujeitos a prazo, os originais deverão ser entregues, necessariamente, até cinco dias da data da recepção do material.

Art. 3º - Os juízes poderão praticar atos de sua competência à vista de transmissões efetuadas na forma desta lei,

sem prejuízo do disposto no artigo anterior.

Art. 4º - Quem fizer uso de sistema de transmissão torna-se responsável pela qualidade e fidelidade do material transmitido, e por sua entrega ao órgão judiciário.

Parágrafo único - Sem prejuízo de outras sanções, o usuário do sistema será considerado litigante de má-fé se não houver perfeita concordância entre o original remetido pelo fac-símile e o original entregue em juízo.

Art. 5º - O disposto nesta lei não obriga a que os órgãos judiciários disponham de equipamentos para recepção.

Art. 6º - Esta lei entra em vigor trinta dias após a data de sua publicação.

Brasília, 26 de maio de 1999
178º da Independência
e 111º da República
Fernando Henrique Cardoso
Renan Calheiros

Entidades associadas
com o IBCCrim que
recebem mensalmente
o Boletim:

AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Amazonas

CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público
- Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Ceará

DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal

GOIÁS

- Associação Goiana do Ministério Público

MATO GROSSO

- Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso

MATO GROSSO DO SUL

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

MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Praetorium - Núcleo de Estudos e Atualização em Direito - Belo Horizonte

PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

RIO GRANDE DO SUL

- Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)

SANTA CATARINA

- Associação Catarinense do Ministério Público
- Fundação Universidade Regional de Blumenau - SC

SÃO PAULO

- Associação de Ensino Superior Paulista - UNICID
- Associação Paulista do Ministério Público
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Complexo Jurídico Damásio de Jesus
- Curso C.P.C.
- Curso Forense - Ribeirão Preto
- Curso Vocação Preparatório para as Carreiras - Presidente Prudente
- Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha - Marília
- Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
- Triunphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - Sorocaba
- Veredicto Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

PERU

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

APLICAR ANÚNCIO DA RT NA GRÁFICA