

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

O EXCESSO DE LEIS PENAIS

Desde **Montesquieu**, tem-se que o poder político nas democracias deve ser repartido, de tal sorte que aqueles que o exercem fiscalizem-se mutuamente. Essa ideia, concebida no Estado Liberal, tinha por finalidade primaz limitar a atuação dos agentes públicos, estabelecendo uma espécie de *autocontrole* do poder. Paralelamente, permitiria aos cidadãos questionar abusos lesivos a direitos individuais. Assim, entendida essa relação, parecia estar ao alcance de todos, no contexto democrático liberal, insurgir-se contra os excessos do exercício do poder. Todavia, essa fórmula originária não levou em consideração – e, a bem da verdade, nem poderia tê-lo feito – que o poder político viria a manifestar-se, tempos depois, com a roupagem do que **Bourdieu** chamou de *poder simbólico*: o discurso dissimulado que submete sem precisar da força, que obtém a cumplicidade de quem a ele se sujeita, que esconde sua arbitrariedade para conseguir manipular pela ignorância. E a intervenção penal, ponto de tensão da ação política estatal, parece ter se tornado a representação por excelência desse poder simbólico.

No Brasil, nunca se legislou tanto em matéria criminal quanto no período posterior à Constituição Federal de 1988. Há um verdadeiro agigantamento da criminalização primária, que – para aqueles que querem ver – revela a fragilidade e a ineficácia das instâncias formais de criminalização secundária (Polícia, Ministério Público, Judiciário, Sistema Penal etc.). Para isso, faz-se tábua rasa de conquistas históricas orientadas à limitação do poder punitivo, volatizando-se a ideia de bem jurídico penal e convertendo-se a resposta criminal na *prima ratio* para a solução dos problemas sociais. Meio ambiente, relações de consumo, trânsito, condições etárias e de gênero (idoso e violência doméstica), relações tributárias etc., são exaustivamente usados como objeto da tutela penal, sempre recrudescida, num movimento de expansão que parece não encontrar fim. Agora se pretende submeter a essa disciplina também as relações familiares. A Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou, recentemente, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) n. 20/2010, o qual, se valendo do conceito de *síndrome da alienação parental* – a interferência promovida por um dos

genitores na formação psicológica da criança para que repudie o outro, bem como atos que causem prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este –, promove alteração no art. 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de modo a punir criminalmente o responsável que apresentar relato falso à autoridade policial, ao

juiz, a representante do Ministério Público ou a membro do Conselho Tutelar, cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor. Não será de espantar se, quando da publicação deste Editorial, a lei já estiver em vigor.

Dos diversos efeitos nocivos provocados pelo excesso de leis penais, o mais prejudicial, talvez, seja o comprometimento da harmonia sistemática do ordenamento jurídico. A intervenção mínima, no

seu duplo aspecto de fragmentariedade e subsidiariedade, constitui, indiscutivelmente, pressuposto da coerência lógica do sistema de normas penais. Quanto mais tipos, maiores as dificuldades em estabelecer entre eles uma relação de proporcionalidade punitiva. Busca-se punir atos tendentes à promoção de alienação parental com a pena mínima de 6 (seis) meses de detenção, correspondente ao dobro da pena mínima prevista para a lesão corporal qualificada praticada pelos pais contra o próprio filho (art. 129, § 9º, do Código Penal). Enfim, um crime de perigo – com todos os embaraços de ajustamento constitucional que essa técnica legislativa implica – punido mais gravemente do que um crime de dano. Consequência do uso – melhor seria, do *mal* uso – do direito penal como solução para todos os embates humanos.

Não é de hoje que esses ímpetos político-criminais de repressão vêm afetando a proporcionalidade punitiva interna da legislação penal. Exemplo emblemático dessa desarmonia é o art. 273 do Código Penal, que prevê pena mínima de 10 (dez) anos de reclusão ao delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Quase o dobro da pena mínima cominada ao homicídio simples (!).

Mais preocupante, entretanto, é a reação letárgica da sociedade a esse modelo repressivo. O discurso penal materializa o poder simbólico – ou seria dele uma manifestação? – pois conquista, seduz, envolve as pessoas sem que essas se deem

Dos diversos efeitos nocivos provocados pelo excesso de leis penais, o mais prejudicial, talvez, seja o comprometimento da harmonia sistemática do ordenamento jurídico.

EDITORIAL:

- O EXCESSO DE LEIS PENAIS..... 1
- O JUIZ DE GARANTIAS NO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
Simone Schreiber..... 2
- “NOVO” CÓDIGO DE PROCESSO PENAL? PROCESSO LEGISLATIVO E DE COMO AS COISAS NÃO SÃO MAIS TÃO “NOVAS” ASSIM
Renato Stanzola Vieira..... 4
- O CABIMENTO DO HABEAS CORPUS: UMA ESCOLHA DRAMÁTICA
Mohamad Ale Hasan Mahmoud..... 6
- ATENTADO AO PAÍS? UMA RELEITURA DO HOMICÍDIO COMO CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL
Marcel Figueiredo Gonçalves..... 7
- A JURISPRUDÊNCIA VERDE E A AMEAÇA DE “DESMATAMENTO” DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS
Rafael Braude Canterji e Chivavelli Facenda Falavigno..... 9
- POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI DE DROGAS
Cecília Tripodi..... 10
- A LEI 12.234/2010 E A NOVA REGULÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL
Gilson Sidney Amâncio de Souza..... 11
- THREE STRIKES AND YOU'RE OUT: A VITIMIZAÇÃO DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL NA CRUZADA CONTRA A REINCIDÊNCIA CRIMINAL
Débora de Souza de Almeida..... 13
- INCONVENCIONALIDADE DA LEI Nº 9.455/1997: A TORTURA COMO CRIME PRÓPRIO
Rafael Junior Soares..... 14
- O NOVO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA E SEUS REFLEXOS PENAIS
João Paulo Orsini Martinelli..... 15
- BANCO DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS CRIMINAIS: IMPLICAÇÕES DE UM DEBATE HODIERNO
João Becon de Almeida Neto..... 16
- COM A PALAVRA, O ESTUDANTE EMERGÊNCIA PENAL, CULTURA DO MEDO E UMA NOVA PALAVRA DE ORDEM: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A ABSURDA PROPOSTA DO PLS Nº 338/2009
Pedro Paulo da Cunha Ferreira..... 17

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- PRISÃO PARA RECORRER E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1385

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal1386
- Superior Tribunal de Justiça1386
- Tribunais Regionais Federais.....1387
- Tribunais de Justiça.....1389

conta da violência que representa. Ao invés de funcionar como instrumento de contenção do arbítrio estatal, limitando o âmbito de ingerência do poder punitivo na vida dos cidadãos, o *direito penal simbólico* amplia esse campo até as raízes do indeterminado, sempre apoiado na falácia do preventismo e do retributivismo. Como se esperar que a intervenção penal

seja capaz de dirimir questões de tamanha complexidade como relações familiares marcadas pela disputa que os pais travam pela afetividade dos filhos, em meio a mágoas e ressentimentos? A ameaça penal, do modo como a concebeu **Feuerbach**, definitivamente não é o melhor caminho a ser trilhado nesses casos, e o castigo, com toda sua carga estigmatizante – inclusive

aquela inerente ao próprio processo penal – servirá apenas para intensificar a dor entre pais e filhos.

A resposta penal é a face simbólica do poder político. Enquanto isso não for tratado com responsabilidade, continuaremos a viver de ilusões, como a que faz muitos pensarem que leis penais tornam nossa vida melhor.

O JUIZ DE GARANTIAS NO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Simone Schreiber

O Projeto de Lei do Senado Federal nº 156, de 2009, que institui um novo Código de Processo Penal brasileiro, prevê a figura do **juiz de garantias**, com atribuição específica de tutelar os direitos fundamentais das pessoas investigadas, no curso do inquérito policial.

O modelo proposto não institui um juiz instrutor, competente para presidir a investigação, mas sim mantém a atribuição que os juízes já possuem na fase investigatória de garantir os direitos fundamentais das pessoas investigadas, zelando pela legalidade do inquérito.

O Código de Processo Penal de 1941, de matriz inquisitorial, previa várias formas de participação do juiz na fase investigatória, inclusive conferindo-lhe a função de decidir pedidos de prorrogação de prazo para a conclusão do inquérito policial. Contudo, após a Constituição de 1988, que consagrou o sistema acusatório, não só no art. 129, I, mas também como corolário da cláusula do *due process of law*, a prática judiciária já reduzira consideravelmente a atuação do juiz na fase pré-processual. No âmbito do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, desde 1997 vigora a regra de que inquéritos policiais devem tramitar diretamente entre a autoridade policial e o Ministério Público, órgãos incumbidos da persecução penal (art. 196 da Consolidação de Normas da Corregedoria Geral da Segunda Região).

É indiscutível que a cada vez que o juiz é instado a decidir matéria pertinente à investigação, ele fará uma análise, ainda que superficial, do objeto desta. Como deliberar sobre o pedido de prorrogação de prazo para a conclusão do inquérito policial sem avaliar se a prova até então colhida é ou não suficiente para o oferecimento da denúncia? É evidente que tal função deve ser exercida pelo Ministério Público, órgão destinatário da prova colhida na fase pré-processual.

Contudo, no que se refere às medidas

de caráter investigatório ou assecuratório restritivas de direitos fundamentais que devam ser tomadas na fase de investigação, não se pode prescindir da participação do juiz. Sua função não é a de coadjuvar a polícia ou o ministério público na apuração dos fatos ocorridos, mas sim de **garantir os** direitos das pessoas eventualmente atingidas pela investigação.

Esse papel, no sistema do atual Código de Processo Penal, é exercido pelo mesmo juiz criminal que posteriormente julgará a ação penal. Há inclusive uma regra clara de fixação da competência desse juiz, por prevenção (art. 83 do Código de Processo Penal). Assim, se na fase investigatória a autoridade policial dirige-se ao juiz para requerer a adoção de medidas probatórias que impliquem em restrição a direitos fundamentais do investigado, tais como, a quebra de sigilo de dados privados (bancário, fiscal, telefônico), a interceptação de comunicações telefônicas, a gravação ambiental, a busca e apreensão etc., é inevitável que este juiz acabe participando da investigação, ainda que, em tese, na posição de garante dos direitos das pessoas atingidas por tais medidas.

Tratando-se de medidas cautelares probatórias, o juiz deve examinar: 1. se há prova já produzida no inquérito policial que indique que a pessoa cuja privacidade será invadida participou do crime sob investigação, ou seja, o juiz deve aferir se há indícios minimamente consistentes de que aquela pessoa está envolvida na prática do crime investigado; 2. se a medida investigatória invasiva do direito de privacidade do investigado é adequada e necessária, ou seja, (I) se através daquela medida se chega-

rá ao resultado pretendido pela autoridade policial, e (II) se não há outras medidas probatórias menos gravosas que poderiam ser utilizadas.

Está claro que essa avaliação obriga o juiz a formular uma opinião, ainda que não definitiva, sobre a linha investigatória adotada e sobre os fatos e pessoas envolvidas na investigação. Esse papel que o juiz é chamado a exercer demanda redobrada cautela, pois, por um lado, o mesmo não pode substituir os órgãos de persecução penal na condução da investigação, e também não deve cercar indevidamente a ação dos órgãos de investigação.

Por outro lado, ele não pode se demitir do seu dever de tutelar os direitos das pessoas investigadas, impedindo que sofram restrições injustificadas ou desarrazoadas. E, principalmente, ele deve procurar não se contaminar pelas versões dos fatos que lhes são trazidas pela autoridade policial e pelo Ministério Público no curso da investigação. Não é uma tarefa simples. Pelo contrário, é extremamente difícil, quase impossível, que o juiz se mantenha alheio às versões dos fatos que vão sendo reveladas no decorrer da investigação e que lhe são narradas e traduzidas pela autoridade policial a cada nova representação.

Quando, finalmente, a investigação é encerrada com seu clímax, que é a chamada **operação policial**, na qual se expedem comumente mandados de busca e apreensão e de prisão cautelar, o juiz já está absolutamente familiarizado com os fatos. Ele participou ativamente da investigação policial e já formou um juízo sobre o que ocorreu, quem são as pessoas envolvidas etc. Nesse cenário, é evidente que a defesa entra em desvantagem, e sua fala já

O Código de Processo Penal de 1941, de matriz inquisitorial, previa várias formas de participação do juiz na fase investigatória, inclusive conferindo-lhe a função de decidir pedidos de prorrogação de prazo para a conclusão do inquérito policial.

não merece a mesma atenção e credibilidade daquele juiz. Ademais, se foi ele próprio quem avaliou a pertinência e a legalidade das medidas probatórias realizadas na fase pré-processual, é bastante improvável que ele desqualifique a prova que foi produzida e mude de ideia quanto ao resultado que foi colhido.

Assim, a regra que se pretende introduzir de que o juiz que participou da investigação não seja o mesmo que vai julgar o processo, sem dúvida, é consentânea com o sistema acusatório, eleito pelo constituinte de 1988. O juiz competente para processar e julgar a ação penal, não tendo sido instado a tomar decisões pertinentes à fase investigatória, estará muito mais qualificado para realizar o julgamento justo e imparcial. A participação no inquérito **contamina** o juiz, tornando muito mais árdua a tarefa da defesa de se fazer ouvir no processo.

Sem dúvida que o novo Código de Processo Penal poderia apenas instituir uma regra de impedimento, em que o juiz que houvesse tomado qualquer decisão na fase investigatória estaria impedido de atuar na fase processual. Contudo, o Projeto vai além, prevendo um juiz especializado, um juiz que terá a atribuição exclusiva de tutelar os direitos das pessoas investigadas e a legalidade da atuação dos órgãos de persecução. A medida é positiva e tem a vantagem de retirar das varas criminais o acervo de feitos que digam respeito à fase investigatória. Hoje, os juizes criminais (ao

menos na Justiça Federal), e as suas secretarias, dividem-se entre o processamento das chamadas medidas cautelares de investigação e das medidas cautelares assecuratórias, a apreciação de pedidos pertinentes a inquéritos policiais (pedidos de vista, *habeas corpus*, destinação de material arrecadado etc.) e o processamento das ações penais.

A instituição de juizes de garantia, evidentemente com estrutura própria, sem dúvida, trará maior agilidade ao funcionamento das varas criminais. Os juizes dessas varas poderão dedicar-se exclusivamente à condução cuidadosa e célere do processo criminal, assegurando os direitos das partes de postulação e instrução e proferindo a sentença criminal válida e justa em prazo razoável.

Assim, é excelente a medida, proposta no PLS 156/2009, de instituição do juiz de garantias. Eventuais dificuldades burocráticas e operacionais de implementação da medida não devem ser invocadas para sua rejeição. Ainda que se preveja um período de transição, necessário para a criação, estruturação e provimento dos novos cargos, sem dúvida, o resultado final será a instituição de uma Justiça criminal mais justa, garantista e eficiente.

Simone Schreiber

Juíza Federal Titular da 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Professora adjunta de Direito Processual Penal da UNIRIO.

PARTICIPE POR ACREDITAR

14º CONCURSO IBCCRIM DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Mantendo sua tradição de incentivar a produção científica, o IBCCRIM declara que a monografia vencedora do 14º Concurso foi: **Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006** de **Marcelo da Silveira Campos**.

A premiação dar-se-á no decorrer do **16º Seminário Internacional do IBCCRIM**, de 24 a 27 de agosto de 2010, quando será entregue um exemplar da monografia vencedora a todos os participantes do evento. A Comissão Julgadora, em nome do IBCCRIM, parabeniza o autor da monografia e agradece aos demais participantes.

ÚLTIMOS DIAS DE INSCRIÇÃO PARA O SEMINÁRIO INTERNACIONAL!

O evento será realizado entre os dias **24 e 27 de agosto de 2010**, no Hotel Tivoli Mofarrej, Alameda Santos 1437, Jardins - São Paulo/SP. Consulte todas as informações no *hotsite* do evento e faça sua inscrição: www.ibccrim.org.br/seminario.

Para mais informações, entre em contato com o Departamento de Cursos e Eventos pelo e-mail: seminario@ibccrim.org.br ou pelo telefone: 3111-1040.

ACOMPANHE O IBCCRIM NO **twitter!**
WWW.TWITTER.COM/IBCCRIM



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1º SECRETÁRIA: Juliana Garcia Belloque

2º SECRETÁRIO: Cristiano Avila Maronna

1º TESOUREIRO: Édson Luís Baldan

2º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

Carina Quito,
Carlos Alberto Pires Mendes,
Marco Antonio Rodrigues Nahum,
Sérgio Salomão Shecaira e
Theodomiro Dias Neto

COORDENADORES-CHEFES

DOS DEPARTAMENTOS:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Andre Pires de Andrade Kehdi

CURSOS: André Adriano Nascimento Silva

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Luciano Anderson de Souza

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Fernando Salla

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Maria Amélia de Almeida Telles

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

REPRESENTANTE DO IBCCRIM

JUNTO AO OLAPOC: Renata Flores Tybiriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Rafael S. Lira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

CORRETORA DOS TRABALHOS DE CONCLUSÃO DO VI CURSO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU: Heloisa Estellita

HISTÓRIA: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vitto

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: Maurício Zanoide De Moraes

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

14º CONCURSO IBCCRIM DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Maira Rocha Machado

16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

“NOVO” CÓDIGO DE PROCESSO PENAL? PROCESSO LEGISLATIVO E DE COMO AS COISAS NÃO SÃO MAIS TÃO “NOVAS” ASSIM

Renato Stanzola Vieira

1. Novos anteprojeto e exposição de motivos, mas...

A história é farta em mostrar que não adianta pensar em mudança se permanecem os mesmos hábitos e crenças e que, quando não se muda a mentalidade dos responsáveis pela concretização das promessas de novos paradigmas, elas não vingam. *Promessas de mudanças*, tais quais cogitações de crime (ainda) não valem nada. E são conhecidas a metáfora da roupa apertada que insiste em se usar como se coubesse no corpo e a da roupa gasta como alguns dos bordões ainda usados em processo penal, apesar dos ventos do Estado Democrático de Direito ancorado na dignidade da pessoa humana.

O que se vê do processo legislativo em andamento no Senado da República a instituir novo Código de Processo Penal é exemplo de que, às vezes, o conservadorismo sincero se dá com o retrocesso no próprio texto, ao contrário das promessas da exposição de motivos, e de que o saudosismo, até mesmo de institutos ditatoriais e antilibertários, se estampa em algumas emendas parlamentares que sucederam o texto originário da Comissão de Juristas instituída pelo requerimento n. 227, de 2008, que se desincumbiu da árdua tarefa de redigir o que acabou sendo o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.⁽¹⁾

Há risco de, no processo legislativo em curso, esquecer-se dos propósitos da exposição de motivos, dos princípios fundamentais da persecução penal (Livro I, Título I) e de se apagarem os avanços dogmáticos que a ciência processual penal já constatou serem inequívocos e fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

Isso se percebe em, pelo menos, três emendas propostas ao texto do anteprojeto quando comparado ao que se gesta no Senado, decorrente do Parecer nº 334 de 2010-CCJ, do relator Senador Renato Casagrande, que ofereceu a emenda nº 2-CCJ (substitutivo), aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ – do Senado, em 12.04.2010, aqui resumidamente tratadas.⁽²⁾

As tais emendas, sem prejuízo de outras que foram objeto de considerações do IDDD, do IBCCrim, da AJD, da OAB e de outras entidades ouvidas em audiências públicas pelo Senado Federal, afastam-se da premissa de que a garantia da segurança pública só se consegue num Estado de liber-

dades e, particularmente, geram descrença na *imagem e semelhança* que possa vir a ter o novo Código, desfigurado quando se coteja o substitutivo com o anteprojeto. E, particularmente, o substitutivo com o Estado de Direito brasileiro.

Têm os senadores a difícil e complexa missão de analisar criticamente os pontos lançados pelos integrantes da Comissão de Juristas. Da legitimidade indiscutível da atividade parlamentar, apontam-se limites de mutação em pontos fundamentais do anteprojeto, que comprometem sua razão de ser, notadamente em pontos afetos aos direitos fundamentais. Há riscos anunciados.

2. Desvios em matéria de medidas cautelares

Por se tratar de questões ligadas de perto às liberdades públicas, escolheu-se o campo das medidas cautelares para se comprovar o sério desvio de rota antigarantista no curso do processo legislativo a partir da matriz da Comissão de Juristas. Os pontos são os seguintes.

2.1. Inconstitucional tendência à antecipação de tutela em processo penal

Enquanto a Comissão de Juristas previu, no artigo 583, a suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica como medida cautelar alternativa à prisão, emenda proposta⁽³⁾ e acatada no âmbito da CCJ do Senado pelo substitutivo sugere que, além disso, à sua decretação se some a perda da remuneração do funcionário investigado (art. 593, §1º, substitutivo).

A redação aprovada pela CCJ peca, primeiro, por falha sistemática, pois a vedação de antecipação da tutela em desfavor do investigado (o que se vê, p. ex., para casos de prisão preventiva: art. 544, anteprojeto; art. 554, substitutivo) há de valer não só para casos em que a cautelar incide sobre sua liberdade, como, também, sobre sua atividade profissional. Ainda sob o ponto de vista sistemático, se a noção mesma de medida cautelar se liga ao escopo de assegurar a efetividade do processo, não seria de se admitir a vislumbrada confusão

entre a cautelaridade no campo do direito processual penal com eventual antecipação de tutela, figura já existente no campo do direito processual civil.

O processo penal, aliás, não deve conhecer figuras antecipatórias da tutela penal se, lógica e juridicamente, vierem em desfavor do imputado, haja vista a presunção – a ser levada a sério – que milita em seu favor.⁽⁴⁾

Aliás, o Código Penal vigente (art. 92, I) já contempla a perda da função pública como efeito de decisão condenatória, o que torna mais evidente a confusão que se irá incorrer caso, a título de se tratar de *medida cautelar*, tentar-se impor, no processo penal, tal *medida antecipatória de tutela*.

2.2. Ampliação de permissivo para a prisão preventiva

Imaginavam os juristas que redigiram o anteprojeto do novo Código de Processo Penal que só seria possível decretar-se prisão preventiva nos crimes dolosos cuja pena máxima fosse superior a 4 anos (art. 545, II). No âmbito da discussão levada a efeito na CCJ do Senado, contudo, ponderou-se que se deveria prever a hipótese dessa medida cautelar também a crimes apenados com detenção se cometidos com *“violência ou grave ameaça ou nos casos de reincidência”*.⁽⁵⁾

Qual foi a solução aclamada na Comissão de Constituição e Justiça do Senado? A de, e como se lê no substitutivo, para se superar o nomeado *“critério bastante aleatório”* da separação do permissivo da prisão em razão do regime de pena (detenção ou reclusão), *“reduzir de 4 para 3 anos a limitação prevista no referido dispositivo”*.

Tão ou mais criticável que a mudança patrocinada é o silêncio que reina sobre as explicações de quais foram os critérios (menos aleatórios?) para se chegar à redução de “4” anos para “3” como limite mínimo de admissibilidade de prisão preventiva. É desolador ler que não há justificativa – se existisse, poder-se-ia discutir sua plausibilidade – para a redução da proteção da liberdade dos cidadãos.

Há risco de, no processo legislativo em curso, esquecer-se dos propósitos da exposição de motivos, dos princípios fundamentais da persecução penal (Livro I, Título I) e de se apagarem os avanços dogmáticos que a ciência processual penal já constatou serem inequívocos e fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

2.3. Gravidade do fato, prática reiterada de crimes e clamor público como requisitos da preventiva

A se levar a sério o arcabouço teórico atinvido pelo Direito Processual Penal brasileiro e o propósito dos integrantes da Comissão de Juristas que redigiu o anteprojeto do Código de Processo Penal (Na exposição de motivos se disse que "o absurdo crescimento do número de presos provisórios surge como consequência de um desmedido apelo à prisão provisória, sobretudo nos últimos quinze anos. Não se tem notícia ou comprovação de eventuais benefícios que o excessivo apego ao cárcere tenha trazido à sociedade brasileira" – item III, seção VII), as previsões do artigo 544 do anteprojeto bastariam.

Mas os senadores não viram dessa forma, ainda porque, motivados por pleito baseado em caso particular,⁽⁶⁾ contrariaram o que escreveram os membros da Comissão de Juristas para estabelecer, no art. 554 do substitutivo, que cabe prisão preventiva "em face da extrema gravidade do delito" (inc. IV) e "diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor" (inc. V). No parágrafo segundo daquele artigo, onde antes se dizia que a "gravidade do fato não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva", agora se lê que tal cláusula ("por si só" é um permissivo à deriva e à procura de algo em que se agarrar) é dirigida ao "clamor público".

Tempos difíceis esses em que, com argumentos *ad terrorem*, baseados em casos isolados e extremos, corre-se o risco de ver jurisprudência garantista do Supremo sepultada e doutrinas sedimentadas jogadas ao léu. É uma triste ironia constatar tudo isso em 2010, na maturidade da Constituição e no auge do desenvolvimento do processo penal brasileiro.

3. Ponto de partida e de chegada: Estado de Direito e sua imagem e semelhança

Haveria mais a dizer, como foi dito por quem participou de audiências públicas no Senado e tantos que escreveram sobre o anteprojeto e o substitutivo.⁽⁷⁾ Aqui apenas se quis – até porque o processo legislativo aguarda contribuição da Corte Constitucional⁽⁸⁾ – chamar a atenção para que alguns pontos não passem em branco.

Que venha o novo Código de Processo Penal. Que seja *novo* no conteúdo e não só na forma; e que não desfigure os propósitos da Comissão de Juristas nem contrarie os princípios gerais inaugurados nos arts. 1º ao 7º no que há, ali, de normas garantidoras de direitos e liberdades.

Mudanças de rumo, no curso do processo legislativo, se vierem para tornar o modelo de processo penal mais apegado às normas constitucionais e de tratados internacionais protetoras de direitos fundamentais, que ve-

nam. Mas, se for para trazerem a sensação de volta ao obscurantismo de nosso passado recente, que fiquem como o passado também está: enterrado, morto e sepultado.

O Estado Democrático de Direito, já se disse, merece diploma que seja sua *imagem e semelhança*, e não sua *antítese*, gestada a conta gotas no curso do processo legislativo.

NOTAS

- (1) Há, no próprio texto haurido das discussões da Comissão, questionamentos como o da limitação das hipóteses de cabimento de *habeas corpus*, o da possibilidade de condução coercitiva de réus para fins de reconhecimento, o aplauso às "diligências informais" da polícia judiciária, a previsão de *patteggiamento* no processo penal brasileiro, a dubiedade da garantia do direito ao silêncio aos cidadãos presos em flagrante, a timidez com que se previu a investigação defensiva e outras. Todos esses pontos extravasam o propósito deste texto, que é o de desnudar desvios antiguarantistas de rota do anteprojeto nos desvãos do processo legislativo. A íntegra do anteprojeto pode ser visualizada no seguinte link: <http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/anteprojeto.pdf>.
- (2) O texto do substitutivo pode ser consultado em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=75903>.
- (3) O inteiro teor da emenda pode ser visto em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/73451.pdf>.
- (4) Não se descerá, aqui, ao campo teórico da incidência normativa da presunção de inocência, se *princípio ou regra*, posto que norma de direito fundamental. Essa tarefa, de vanguarda em seara processual penal, foi desenvolvida por Maurício Zanoide de Moraes em seu excelente *Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.
- (5) Pensou o parlamentar que propôs a emenda que o texto dos juristas não atenderia à política criminal brasileira porque "é sabido que em muitos casos, mesmo nos crimes em que a pena máxima não ultrapassa quatro anos, é necessária a prisão do acusado, não raro, por conveniência da instrução criminal" (literalidade da emenda em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/73456.pdf>).
- (6) O teor da emenda sugerida prova que ela decorreu de concessão de liminar em *habeas corpus* (e não de concessão da ordem como erradamente constou na proposta de emenda parlamentar) pelo STF em caso de conhecido médico geneticista paulistano que respondia preso a processo ainda não concluído em 1º grau. Do caso concreto assim se passou à postulação da aprovação da emenda: "Não é possível que alguém que tenha praticado reiteradamente tantos crimes graves tenha o direito de responder ao clamoroso processo em liberdade" (para consulta à emenda: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/73458.pdf>).
- (7) Conhece-se e aplaude-se o teor das propostas de emendas propostas pelo IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual – e entende-se que, caso sejam acatadas pelos membros do Congresso Nacional, poderão recolocar as coisas em melhores termos.
- (8) Há notícia de ofício do STF ao Senado neste sentido: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154966&caixaBusca=N>.

Renato Stanzola Vieira

Advogado em São Paulo.

Mestre em direito constitucional (PUC-SP).

Mestrando em direito processual penal (USP).

Membro do IDDD - Instituto

de Defesa do Direito de Defesa.

O CABIMENTO DO HABEAS CORPUS: UMA ESCOLHA DRAMÁTICA

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

É inegável a importância que o remédio heróico possui, dado o sensível direito que tutela – a liberdade. A ação penal (e respectiva investigação) possui amplo espectro de transtorno para aqueles que se envolvem no cenário criminal. Assim, tem-se utilizado, não sem razão, do *writ* para corrigir diversos tipos de defeitos do procedimento, como os ligados a justa causa para a ação penal,⁽¹⁾ competência,⁽²⁾ sigilos telefônico e de dados⁽³⁾ e nulidades em geral.⁽⁴⁾

Por mais que seja justificável o seu emprego em casos tais, dada a sempre delicada condição do imputado, o que se tem assistido no âmbito dos Tribunais é um verdadeiro *tsunami* de impetrações. Por mais que se esforcem, os magistrados não conseguem dar vazão à pletera de requerimentos ajuizados.⁽⁵⁾ Como consequência, patológica, surgem, em prejuízo da qualidade da prestação jurisdicional, pseudo-julgamentos, como aqueles escorados no famigerado “acolho as razões expendidas pelo Ministério Público”. A propósito:

“(...)

1. Trata-se de ideia-força, voltada ao prestígio do Estado Democrático de Direito: as decisões do Poder Judiciário devem ser motivadas (art. 93, IX, CF). Neste mister, é facultado ao tribunal reportar-se ao parecer ministerial ou aos termos do ato atacado, todavia, a bem de se prestigiar a dialeticidade, expressão do contraditório, é imperioso que acrescente fundamentação que seja de sua autoria.

2. Ordem concedida para reconhecer a nulidade do feito, devendo-se refazer o julgamento do aresto atacado, promovendo-se a fundamentação do decisum, de modo a enfrentar os argumentos contrapostos no recurso.”

(HC 90.684/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. em 16/09/2008, DJe 13/04/2009)

Diante de tal quadro, urge redimensionar o espectro de cognição do *writ*, não por falta de solidariedade à condição do increpado, mas, tendo em conta a necessidade de se cuidar, com a devida celeridade e seriedade, dos casos em que a liberdade imediatamente esteja em questão. Nessa toada, não se compactua, por exemplo, com a negativa de conhecimento de *habeas corpus* manejado no seio da execução penal, quando for patente a ilegalidade, dado o cabimento do agravo. Ora, é óbvio que em situações desse jaez é de se admitir o remédio constitucional. A esse respeito:

“(...)

1. Conforme entendimento adotado por esta Corte, quando houver a possibilidade de lesão ao direito de ir e vir

do paciente, admite-se a utilização do Habeas Corpus ainda que exista recurso próprio previsto em lei, tendo em vista a celeridade da via do mandamus.

2. O Tribunal não pode se furtar ao exame da legalidade da conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, sob o fundamento de que, na espécie, é cabível apenas Agravo em Execução.

(...)

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão só e apenas para determinar que o Tribunal a quo julgue o mérito do mandamus originário, como entender de direito.”

(HC 147.188/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. em 18/02/2010, DJe 22/03/2010)

Todavia, e eis o nó górdio da questão, deve-se circunscrever o emprego do *habeas corpus* para casos em que, efetivamente, haja violação ou iminência de indevida afetação do direito de liberdade. Atento a este estado de coisas, a fim de prestigiar o escorreito uso da garantia em comento, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado sumular 693: “Não cabe ‘habeas corpus’ contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada”.

Defende-se, em hipóteses de persecuções penais com sujeito solto, diante de vícios procedimentais, ou ilegal constrição a outros bens jurídicos, como intimidade e privacidade, que a impugnação se viabilize pelos recursos previstos ou pelo mandado de segurança.

A preocupação ora externada refere-se a equívocos que vêm sendo empreendidos. Premidos por metas, os Tribunais têm sido obrigados a julgar *habeas corpus* antigos, de réus soltos, deixando de priorizar aqueles não tão antigos de acusados presos. A aporia se manifesta, por exemplo, com a determinação de julgamento de HC, impetrado em 2006, em favor de paciente solto, retardando-se a apreciação de outro(s), ajuizado(s) em 2007, em que se aduz excesso de prazo, ou carência de motivação, na segregação. Por outra volta, tem-se assistido à emissão de ordens de imediato julgamento de *habeas corpus*, descurando-se da existência de outros *writs*, com pacientes presos, até mesmo mais antigos.⁽⁶⁾ Aqui, pensa-se, é importante ter em linha de consideração o problema da ordem dos julgamentos de forma contextualizada, e não focando-se em caso isolado.⁽⁷⁾

Note-se, também, que os Tribunais Superiores são procurados para solucionar, pela via do remédio heróico, questões que, a par de veiculadas no juízo penal, não guardam

qualquer relação com o *jus libertatis*. Tem-se como exemplo as seguintes matérias: perda do cargo e tempo de cumprimento da pena autônoma de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor.⁽⁸⁾

Preocupante, ainda, é a seguinte decisão do Pretório Excelso. Por mais que bem intencionada, a admissão de *habeas corpus* em favor de pessoa jurídica contrapõe-se à necessidade de sua limitação, *verbis*:

“(...) Responsabilidade penal da pessoa jurídica, para ser aplicada, exige alargamento de alguns conceitos tradicionalmente empregados na seara criminal, a exemplo da culpabilidade, estendendo-se a elas também as medidas assecuratórias, como o habeas corpus.”⁽⁹⁾

O não cabimento do remédio em tela no tocante a tais temas e outros que não digam respeito, diretamente, com a liberdade, é medida que se impõe, corporificando objeto de preocupação do projeto de reforma do CPP, PL 156/2009, oriundo do labor da Comissão Carvalhido. Na proposta, o *writ* é restrito às hipóteses ora defendidas.⁽¹⁰⁾

Sublinhe-se, contudo, que a interpretação restritiva é medida urgente e de exegese possível desde já, dada a redação dos arts. 647 e 648 do atual CPP. O primeiro comando estatui que coação ilegal é aquela que recai sobre o direito de liberdade. O rol constante do dispositivo seguinte, a bem do espírito do texto constitucional⁽¹¹⁾ e das limitações do Poder Judiciário, deve ser interpretado/aplicado em consonância do primeiro.⁽¹²⁾

Ademais, com as considerações apresentadas, prestigia-se a sistemática processual penal, que vem sendo alvo de ataques, mediante a hipertrofia do *habeas corpus*, em detrimento dos recursos e da revisão criminal.

Por mais que a ideia apresentada vá restringir o exercício da ampla defesa, é importante ter claro que a manutenção do *status quo* apenas representa a perpetuação de justiça tardia que, na lição de Ruy, cristaliza injustiça qualificada. Trata-se de escolha dramática, à luz da reserva do possível.⁽¹³⁾ Sendo inviável erradicar todos os tumores, pensa-se, deve-se cauterizar os que se encontram nas áreas vitais. É tempo de racionalizar o uso do *habeas corpus*, a bem do próprio direito de liberdade.

Assim, a preferência no julgamento somente deveria ocorrer, nesta perspectiva, na seguinte ordem:

- a) presos (e, aqui, privilegiando-se idosos, grávidas/lactantes e doentes em estado grave); e
- b) pessoas na iminência da segregação (com mandado de prisão expedido).

No mais, em atenção ao constitucional princípio da impessoalidade, deve-se seguir

a cronologia da distribuição, mesmo que se corra o risco de perda do objeto, a bem da equanimidade.

NOTAS

- (1) STJ: HC 153.097/DF, Rel. Min. **Araldo Esteves Lima**, 5ª Turma, j. em 15/04/2010, DJe 10/05/2010. STF: HC 96055, Rel. Min. **Dias Toffoli**, 1ª Turma, j. em 06/04/2010, DJe-081 DIV. 06/05/2010, PUB. 07/05/2010, EMENT VOL-2400-02, p.388.
- (2) STJ: HC 84.722/RS, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, 5ª Turma, j. em 15/09/2009, DJe 13/10/2009. STF: HC 96083, Rel. Min. **Ellen Gracie**, 2ª Turma, j. em 10/03/2009, DJe-064 DIV. 02/04/2009, PUB. 03/04/2009, EMENT VOL-02355-04, p. 647.
- (3) STJ: HC 128.087/SP, Rel. Min. **Jorge Mussi**, 5ª Turma, j. em 27/10/2009, DJe 14/12/2009. STF: HC 85360, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, Rel. p/ Acórdão Min. **Eros Grau**, 2ª Turma, j. em 09/12/2008, DJe-176 DIV. 17/09/2009, PUB. 18/09/2009, EMENT VOL-2374-02, p. 254.
- (4) Lembre-se, ainda, o seu emprego para a absolvição: STJ: HC 147.692/RJ, Rel. Min. **Og Fernandes**, 6ª Turma, j. em 04/03/2010, DJe 29/03/2010; HC 88.565/RR, Rel. Min. **Laurita Vaz**, 5ª Turma, j. em 15/12/2009, DJe 08/02/2010. STF: HC 97977, Rel. Min. **Dias Toffoli**, 1ª TURMA, j. em 20/04/2010, DJe-091 DIV. 20/05/2010, PUB. 21/05/2010, EMENT VOL-2402-04, p. 753; HC 91074, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, 2ª Turma, j. em 19/08/2008, DJe-241 DIV. 18/12/2008, PUB. 19/12/2008, EMENT VOL-2346-03, p. 767. Nesta linha expansiva, o democrático Min. **Nilson Naves**, em suas últimas assentadas no STJ, chegou a pontuar que ótimo seria se fosse possível, tal qual no rito do *habeas corpus*, a concessão de ofício do mandado de segurança.
- (5) Sintomática, a propósito, a reforma do Regimento Interno do STJ, alterando a competência da Terceira Seção – Emenda Regimental 11, que entrou em vigor em 13/04/2010.
- (6) A propósito: “(...) *Deferimento do pedido, para determinar à autoridade impetrada que apresente o habeas corpus em Mesa na primeira sessão da Turma em que officia subsequente à comunicação da presente ordem (art. 664 do Código de Processo Penal c/c art. 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça)*” (HC 101896, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, 1ª Turma, j. em 27/04/2010, DJe-091 DIV. 20/05/2010, PUB. 21/05/2010, EMENT VOL-2402-05, p. 1033).
- (7) Neste sentido: Informativo n. 591 do STF, HC 101.693/ES, Rel. Min. **Dias Toffoli**.
- (8) Neste sentido, STJ: HC 117.231/RS, Rel. Min. **Laurita Vaz**, 5ª Turma, j. em 03/03/2010, DJe 19/04/2010. STF: HC 94.125/RJ, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, 1ª Turma, DJe 06/02/2009.
- (9) HC 92921, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, 1ª Turma, j. em 19/08/2008, DJe-182 DIV. 25/09/2008, PUB. 26/09/2008, EMENT VOL-2334-03, p. 439, RJSP v. 56, n. 372, 2008, p. 167-185.
- (10) Consta do PL 156/09: “Art. 635. *Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de locomoção, ressalvados os casos de punição disciplinar.* Art. 636. *A coação considerar-se-á ilegal: I – quando não houver justa causa para a prisão ou para a sua decretação; II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III – quando quem ordenar a prisão não tiver competência para fazê-lo; IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a prisão; V – quando não for alguém admitido a prestar*

fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI – quando o processo a que se refere a prisão ou sua decretação for manifestamente nulo; VII – quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão.

Parágrafo único. Não se admitirá o habeas corpus nas hipóteses em que seja previsto recurso com efeito suspensivo.”

- (11) Art. 5.º, LXVIII, da CF: “*Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.*”

- (12) Art. 647. *Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.*

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I – quando não houver justa causa;

II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI – quando o processo for manifestamente nulo;

VII – quando extinta a punibilidade.”

- (13) Acerca do tema: Informativo n. 582 do STF, STA 175-AgR/CE.

Mohamad Ale Hasan Mahmoud

Mestre e doutor em Direito Penal pela USP, professor do curso de mestrado e coordenador-executivo da pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

ATENTADO AO PAÍS? UMA RELEITURA DO HOMICÍDIO COMO CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL

Marcel Figueiredo Gonçalves

É conhecida a previsão do crime de homicídio do art. 121 do Código Penal, assim como a do art. 205 do Código Penal Militar. Inobstante, há também a morte do Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal prevista como crime contra a segurança nacional no art. 29 da Lei 7.170/83 (lei de segurança nacional): “Art. 29 - *Matar qualquer das autoridades referidas no art. 26. Pena: reclusão, de 15 a 30 anos.*” Como já é possível deduzir, as autoridades referidas no art. 26 são os chefes dos Poderes da União: “Art. 26 - *Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.*”

Para uma lei que data de 1983 e se refere a um fato de estatística nula, justificamos nosso breve escrito pela existência de duas afirmações equivocadas trazidas pela maioria da (atual) doutrina brasileira. Na primeira delas,⁽¹⁾ lemos a seguinte ideia categórica: “*caso*

o sujeito passivo do homicídio seja o Presidente da República, do Senado, da Câmara ou do Supremo Tribunal Federal, estaremos diante de crime contra a segurança nacional, não de homicídio.” Já na segunda,⁽²⁾ numa tentativa frustrada de complementar a primeira, lemos: “*para a descaracterização do homicídio (art. 121 CP ou art. 205 CPM) em face do crime contra a segurança nacional (art. 29 da lei 7.170/83), deve-se verificar se o autor teve ‘motivação política’ quando do cometimento do ato.*” Enfrentemos, respeitosamente, cada uma das proposições.

Na primeira afirmação o leitor percebe, de imediato, algo ilógico. Isso porque matar qualquer uma daquelas autoridades, por si, não justificaria o enquadramento do crime como sendo contra a segurança nacional, tampouco legitimaria a aplicação de pena mais grave (15 a 30 anos) em relação ao homicídio (12 a 30 anos, *quando qualificado*). Tal constatação pode ser expressamente percebida com a leitura da lei em seu todo, especialmente o art. 2º: “Art. 2º - *Quando*

o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei: I - a motivação e os objetivos do agente; II - a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior.” Esse último inciso refere-se ao art. 1º da lei, que assim afirma: “Art. 1º - *Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: I - a integridade territorial e a soberania nacional; II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União.*”

Percebe-se, com a simples literalidade da lei, que a afirmativa primeiramente criticada é evidentemente incompleta e tendenciosa ao erro. Isso porque o art. 2º é claro em exigir o dolo específico (inciso I) e a ofensividade a um dos bens jurídicos do art. 1º (inciso II).

Inicialmente poderia parecer desnecessária a previsão legal da ofensividade, tendo em vista a exigência geral de tal princípio para a caracterização de qualquer conduta social como criminosa. Contudo, a intenção do

legislador nesse caso (“homicídio das autoridades”) foi exatamente realçar a classificação do crime em pauta como protetor de mais de um bem jurídico (segurança nacional e vida da autoridade), ou seja, como *crime complexo*, tornando-se mais fácil a visualização da proporcionalidade da pena ali prevista.

A caracterização do crime como “complexo” advém do art. 2º, II, referente aos bens jurídicos protegidos pela lei. Esse, por sua vez, está umbilicalmente ligado ao inciso I, referente ao dolo especial exigido também para a tipificação, isto é, são exigidas *ambas as condições* para a aplicação da lei: motivação do agente e lesão real ou potencial aos bens jurídicos. O dolo especial aí exigido é, portanto, o de atentar contra “I - a integridade territorial e a soberania nacional; II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União”. E isso, já nos atentando à segunda afirmativa, é muito diferente de uma mera “motivação política”.

O título da lei, como se vê, relata ser a mesma referente aos crimes contra a segurança nacional, contra a ordem e a paz social. Como se observa também, o próprio legislador considera tal definição de difícil delimitação conceitual, uma vez que “segurança nacional” ou “ordem e paz social” são bens jurídicos que em nada delimitam a intervenção estatal, perdendo o bem jurídico sua principal razão de ser. Nesse sentido é que surge o art. 1º da Lei, trazendo aquilo que deve ser considerado – mais delimitadamente – como objeto jurídico de proteção da Lei 7.170/83.⁽³⁾ Além disso, e desde as antigas exigências do princípio da legalidade (*lex scripta, lex stricta, lex certa, lex praevia*) e do bem jurídico-penal como limitador da intervenção do Estado, não se poderia admitir uma interpretação tão ampla e indeterminada do tipo. *O que seria motivação política? Aquele que mata o presidente do Senado Federal, por não concordar com suas atitudes governamentais ou por serem elas contrárias às suas convicções políticas, já se enquadraria no art. 29 da Lei?* Não, uma vez que “motivação política” deve ser estritamente definida de acordo com os outros bens ali protegidos (art. 1º, I e II).

Não obstante, uma dúvida poderia surgir a partir da leitura do inciso III do art. 1º: “Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: (...) III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União.” O questionamento poderia ser suscitado no sentido de que o art. 1º, III, se refere à “pessoa dos chefes dos Poderes da União”, podendo surgir a interpretação de que o homicídio contra tais autoridades, por si, classificaria o crime como “contra a segurança nacional”. Isso porque a “pessoa dos chefes dos poderes da União”, segundo leitura do art. 1º, seria, por si só, um bem jurídico-penal tutelado. Dessa forma, interpretou a

doutrina no sentido de, havendo motivações de cunho político e atentando-se contra o bem jurídico “pessoa dos chefes dos Poderes da União”, está configurado o tipo penal do art. 29 da Lei. Mais uma vez perderia o bem jurídico-penal suas funções de limitação ao poder de punir e de hermenêutica jurídica.

Sabendo-se da simetria constitucional como limite material mais sólido para a aplicação dos tipos penais, perceberíamos uma desigualdade e uma desproporcionalidade evidentes quando da aplicação de uma pena maior pelo simples fato de se estar matando uma daquelas autoridades (mesmo quando na presença das ditas “motivações políticas”). Portanto, frisa-se, só estaremos diante do crime contra a segurança nacional do art. 29 quando a morte da autoridade ocorrer em vistas de se atingir os outros bens jurídicos protegidos pela lei (art. 1º, I e II). Assim, querendo o sujeito (motivações do agente) e conseguindo atentar contra a *integridade territorial e a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito* e, para tanto, se utiliza da morte de uma daquelas autoridades, estará ele cometendo um crime complexo que justifica, em tese, a pena de 15 a 30 anos.

Nesse sentido, para que ocorra a subsunção ao crime do art. 29 da Lei 7.170/83, devemos levar em conta as seguintes assertivas (complementares entre si): 1ª) exige-se motivação especial (dolo específico) de atentar contra a *integridade territorial e a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito*; 2ª) exige-se que tais bens sejam efetivamente ou potencialmente lesados quando da morte de uma das autoridades; 3ª) o bem jurídico “pessoa dos Chefes dos Poderes da União” deve ser interpretado em função dos outros bens, sob pena de se cair em latente desigualdade de tratamento; 4ª) há aí um crime *necessariamente complexo*, devendo-se aferir (quando da morte de uma das autoridades) tanto a intenção do agente em atentar contra os outros bens jurídicos, como o efetivo perigo⁽⁴⁾ ou lesão a um deles.

Parece-nos que a doutrina partiu do desvalor da ação e considerou apenas o intuito de se atentar contra a segurança nacional, atingindo a pessoa dos presidentes como bem jurídico inserido neste contexto. Contudo, matar a autoridade sem se verificar um desvalor (concreto) do resultado com relação aos outros bens jurídicos, significaria aceitarmos a aplicação de uma pena maior sem a própria razão de ser da lei, sem a proteção do bem jurídico por ela mesma tutelado, sem, portanto, uma coerência lógico-sistemática.

Concluímos ressaltando que não é ignorada a dificuldade em se aferir – faticamente – a efetiva lesão aos bens acima referidos. Não se ignora que a morte de uma daquelas autoridades dificilmente colocaria os

bens ali protegidos em perigo (mesmo que presumido), uma vez que as autoridades são substituíveis em suas funções. Contudo, também não se ignora que a aplicação de uma pena maior, partindo-se da *presunção absoluta* de que a morte, por si, coloca os outros objetos jurídicos em risco, *efetivamente* lesa o Estado de Direito, valor que a própria lei tenta proteger.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto.** *Tratado de direito penal: parte especial (Dos crimes contra a pessoa)*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CUNHA, Rogério Sanches.** *Direito penal: parte especial*. Coleção Ciências Criminais, vol. 3 (Coord.: Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz.** *Direito penal*. Coleção Elementos do Direito, v.7. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- VIEIRA SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim.** *Crimes contra a vida*. São Paulo: Memória Jurídica, 2009.

NOTAS

- (1) Por todos, ver: **BITENCOURT, Cezar Roberto.** *Tratado de direito penal: parte especial (Dos crimes contra a pessoa)*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.26.
- (2) Entre tantos outros que ainda se omitem quanto ao tema, estão no sentido da segunda afirmativa: **CUNHA, Rogério Sanches.** *Direito penal: parte especial*. Coleção Ciências Criminais, vol. 3 (Coord.: Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 19. **JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz.** *Direito penal*. Coleção Elementos do Direito, v.7. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 187. **VIEIRA SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim.** *Crimes contra a vida*. São Paulo: Memória Jurídica, 2009, p.21.
- (3) Não estamos, com isso, afirmando que os bens jurídicos ali expostos estejam satisfatoriamente definidos de forma estrita, mas apenas que há no art. 1º uma menor amplitude em relação ao título da lei, como se observará em nossa pequena conclusão.
- (4) Por “efetivo perigo” deve-se entender “perigo concreto”, por pensarmos ser essa a única técnica legislativa de tutela que encontra adequação com a *materialidade delitiva*, o que legitimaria (pela proporcionalidade, razoabilidade e ofensividade) a intervenção penal do Estado de forma mais severa. A nosso ver, o termo “lesão potencial” deve ser entendido também nesse sentido, uma vez que há, no art. 1º da Lei, o uso do termo “perigo de lesão”, entendível esse não como uma atitude meramente idônea de causar danos à segurança nacional, mas sim como *real perigo* aos bens ali elencados. O termo “expor a perigo de lesão”, utilizado no art. 1º da Lei, nos remete a tal sentido, isto é, à exigência da ocorrência de um perigo real. Ou seja, não ocorrendo a lesão aos valores ali tutelados, deve-se aferir se a conduta praticada pelo agente (dentro de seu contexto fático) efetivamente pusera a perigo o bem tutelado.

Marcel Figueiredo Gonçalves

Advogado e Professor de Direito Penal. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal (PUC/SP). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

A JURISPRUDÊNCIA VERDE E A AMEAÇA DE “DESMATAMENTO” DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIIS

Rafael Braude Canterji e Chiavelli Fazenda Falavigno

Na semana do meio ambiente, deparamo-nos com dezenas de notícias no site do Superior Tribunal de Justiça a sinalizar os novos rumos do direito ambiental brasileiro. Medidas como a inversão do ônus da prova,⁽¹⁾ princípios da prevenção, do mínimo existencial e da proibição do retrocesso ecológico⁽²⁾, além de máximas como o *in dubio pro natura*, se encontram estampadas na página inicial do referido endereço, como se fossem cartazes em uma passeata ou uma espécie de prestação de contas a quem, talvez representado pela mídia, “clama por justiça”. Frise-se que há, em uma das reportagens, menção ao fato de o ator global Vitor Fasano, em visita ao STJ, ter pugnado pela criação de Varas especializadas ambientais.⁽³⁾

Nas notícias citadas, não consta expressamente em quais ações tais fundamentos podem ou, definitivamente, não podem ser aplicados, destacando-se apenas a necessidade de maior celeridade e segurança “verde” nas lides que envolvem questões ambientais. Os estudiosos do direito e do processo penal, diante de toda a ênfase que está sendo concedida à matéria, já devem começar a estabelecer os limites a serem respeitados dentro dos procedimentos nos crimes ambientais. Teme-se que aquilo que possa parecer, à primeira vista, uma postura atuante e consolidada, atendendo ao famigerado clamor público, se transforme, na realidade, no novo delito “da moda” e, por isso, na nova forma de se coibir as garantias constitucionais dentro do processo, restringindo a atuação defensiva.

O pretendido recrudescimento da atuação do sistema penal vai de encontro à política criminal contemporânea. A descriminalização, a despenalização e o uso do direito penal como última *ratio*, resolvendo-se pela esfera cível e administrativa toda a sorte de conflitos que possibilitam tais alternativas, são algumas das tendências que entendemos adequadas. Esferas estas que, além de permitirem a reparação do dano, fim de fato almejado no combate aos delitos ambientais, evitam todas as velhas e conhecidas consequências da criminalização, como a estigmatização, o abarrotamento do sistema penitenciário, e aqueles recorrentes problemas que o Judiciário brasileiro vem retirando de pauta há muitos anos, os quais têm causado tantas ou mais vítimas que a poluição. Nesse sentido preleciona **Raul Cervini**: “Assim, levando-se em conta a ineficácia histórica da prisão como meio para obter-se a recuperação social dos internos impõe-se, inflexivelmente, a busca de outras vias, em todas as etapas e níveis do sistema penal: na etapa de elaboração de

leis (descriminalização paulatina e racional), durante a tramitação do processo e antes que se profira uma sentença (reforma processual garantidora) e obviamente, na seleção da pena (penas alternativas)”.⁽⁴⁾

O direito penal ambiental brasileiro, como bem entende **Helena Regina Lobo da Costa**, possui caráter eminentemente simbólico, contudo, isto acarreta sérios efeitos materiais dirigidos a descontextualização, despolitização e simplificação dos conflitos relacionados ao tema. Tal simbologia implica grave prejuízo tanto ao acusado – pela imputação ao indivíduo de toda a responsabilidade por uma situação, desonerando a sociedade e outros órgãos de qualquer medida alternativa – quanto para o meio ambiente – devido a sua baixa eficácia já comprovada nos casos concretos, estatisticamente: “(...) além de efeitos latentes imediatamente alcançados (o lucro político, a demonstração de prontidão, a satisfação simbólica de interesses em conflito, o aquietamento da pressão política), a longo prazo a lei simbólica não apenas não é efetiva quanto à solução do problema a que se referia, como também dificulta a busca de caminhos para sua resolução efetiva e formas de tratamento alternativo da questão. (...) O uso simbólico do direito penal não é apenas contraprodutivo no sentido de frustrar outras formas de tratamento da questão. Ele traz consigo diversos outros efeitos negativos, tais como a aplicação ainda mais pontual e seletiva do direito penal, que atinge centralmente a idéia de igualdade e justiça. (...) Quanto ao componente de engano, em virtude do quadro descrito acima, pode-se dizer que, ao menos parcialmente, a aprovação da lei (dos crimes ambientais) prestou-se a expressar prontidão, celeridade e habilidade no trato de uma questão que estava no centro das atenções do público, em período próximo à campanha eleitoral. (...) o breve estudo realizado demonstra que a Lei dos Crimes Ambientais brasileira possui, ao menos quanto a alguns pontos, um conteúdo predominantemente simbólico, que exige uma reflexão sobre suas prováveis consequências, tanto para a proteção do meio ambiente quanto para o direito penal”.⁽⁵⁾

Jurisprudência não pode ter cor, principalmente no que tange àquela que determina quais princípios serão aplicados

na instrução e no julgamento de processos penais. Como de costume, no direito brasileiro, o sentimento de “bondade” construído pela aplicação das normas penais começa a minimizar, de maneira inicialmente oculta, os princípios conquistados à custa de muitas lutas contra a arbitrariedade, para a qual o direito penal é campo extremamente propício ao desenvolvimento. Sobre tal relação, cita-se **Salo de Carvalho**: “Após ato de revelação (sentença), o ideal de justiça é satisfeito. Conforma-se, assim, a tetralogia dos valores morais que sustentam as ciências jurídico-criminais: a bondade (valor penal), a beleza (valor criminológico), a verdade (valor processual) e a justiça (valor jurídico)”.⁽⁶⁾

O uso simbólico do direito penal não é apenas contraprodutivo no sentido de frustrar outras formas de tratamento da questão. Ele traz consigo diversos outros efeitos negativos, tais como a aplicação ainda mais pontual e seletiva do direito penal, que atinge centralmente a idéia de igualdade e justiça. (...)

Outra ideia que merece ser pensada com seriedade e cuidado é a ampliação de sistema que nos parece equivocado: Varas Especializadas para o julgamento de matéria ambiental.⁽⁷⁾ Ora, se, por um lado, consolida-se a aplicação do princípio *in dubio pro natura* e a inversão do ônus da prova em ações civis ambientais, como poderá o mesmo juiz, responsável pelo julgamento de todas as ações que tramitam em uma Vara Ambiental especializada, ao julgar a ação civil pública e a ação penal decorrentes do mesmo fato, e, por consequência, com os mesmos acusados, aplicar princípios absolutamente contrários em cada uma delas? Infelizmente, a tendência é que seja suprimido, ainda que tacitamente, o famoso, mas ultimamente esquecido, princípio do *in dubio pro reo*. Trata-se de uma questão de imparcialidade objetiva, eis que o juiz, pessoa humana, possui também seu limite de imparcialidade possível, inerente a esta última condição, sendo absolutamente inviável que atenda satisfatoriamente às duas questões, cível e criminal, com fins e guiadas por princípios definitivamente opostos. Sobre a imparcialidade como equidistância da posição judicial dentro do processo essencial à manutenção do sistema acusatório, cita-se os ensinamentos de **Geraldo Prado**: “Por isso, a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de

uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante”.⁽⁸⁾

O meio ambiente deverá ser preservado para as gerações futuras. Contudo, o Estado Democrático de Direito também há de ser mantido para o bem estar destas mesmas gerações. A arbitrariedade estatal, bem como a inquisitorialidade dos procedimentos penais, já causaram danos tão graves à dignidade humana quanto à destruição das florestas ou à caça de animais silvestres. Está começando-se a colocar em risco o objetivo principal do processo penal, que é a proteção das garantias do acusado na persecução estatal pela prevalência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como dos demais direitos fundamentais e prerrogativas processuais que acompanham a condição do réu, sempre frágil diante da tutela penal do Estado. Como advertiu **Helena Regina Lobo da Costa**: “Os conceitos estudados constituem elementos fundamentais do direito penal que não podem ser abandonados ou

radicalmente alterados sem se renunciar aos princípios tradicionalmente construídos e que devem caracterizar o direito penal em um Estado que preza pela liberdade de seus cidadãos. A relativização ou extinção desses princípios e características leva à estruturação de um direito penal despido de legitimidade, que não se justifica diante da sociedade, tampouco do investigado/acusado/apenado”.⁽⁹⁾

Com essas conclusões, tememos ter de admitir que nossa jurisprudência “verde” não ostenta esse tom por ser ecológica, e sim por precisar ainda – e urgentemente – amadurecer.

NOTAS

- (1) In: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97506.
- (2) In: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97483.
- (3) No final do ano passado, o presidente do STJ chegou a receber, em audiência, o ator Victor Fasano, um dos coordenadores do Manifesto “Amazônia Para Sempre”. Ele veio ao Tribunal pedir a implantação de varas federais ambientais

- em importantes capitais da região Norte do País, área marcada por conflitos ecológicos. In: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97527.
- (4) **CERVINI, Raul**. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 54.
- (5) **COSTA, Helena Regina Lobo da**. *Proteção Penal Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137-147.
- (6) **CARVALHO, Salo de**. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 74.
- (7) In: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97527.
- (8) **PRADO, Geraldo**. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 108.
- (9) **COSTA, Helena Regina Lobo da**. *Proteção Penal Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 248.

Rafael Braude Canterji

Advogado criminalista.
Professor de Direito Penal da PUC/RS.
Conselheiro Seccional da OAB/RS.
Coordenador Regional do IBCCRIM.

Chiavelli Facenda Falavigno

Acadêmica de Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI DE DROGAS

Cecilia Tripodi

A previsão do art. 44 da Lei de Drogas, que proíbe a conversão da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, fulmina a garantia fundamental da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF). O legislador, no momento da definição das penas que serão aplicadas em abstrato para cada crime, deve “abster-se dos excessos criminalizantes e arroubos de paixão pessoal ou popular”,⁽¹⁾ pois apenas assim o princípio da individualização da pena firmar-se-á “entre os princípios que alicerçam o Estado Democrático de Direito”.⁽²⁾

A Constituição Federal foi taxativa no tratamento mais rigoroso de certos crimes, como a tortura e o tráfico de drogas, vedando apenas a concessão de fiança, graça e anistia (art. 5º, XLIII). Nada há na Carta da República que proíba a conversão da pena privativa de liberdade pela restrição de direitos para condenados por tais crimes, o mesmo valendo para a concessão de liberdade provisória ou progressão de regime.

O inciso XLIII do art. 5º é uma norma constitucional de eficácia contida, tendo “aplicabilidade imediata, irrestrita, comparando-se, nesse ponto, às normas de eficácia plena”.⁽³⁾ Porém, necessita de “intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia [e não ampliar o seu

âmbito de incidência], regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem [...]”.⁽⁴⁾

José Afonso da Silva prossegue ensinando, ainda, que “enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena (...). São de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam”.⁽⁵⁾ O conteúdo constitucional se aplica por si só, ainda que não editada lei para tratar da matéria, pois “a referência à lei é desprezível”, sendo que “a matéria assim tratada já se apresenta com densidade jurídica bastante para justificar sua auto-aplicabilidade”.⁽⁶⁾

Assim, se a Constituição Federal não proíbe tal conversão, não pode a lei ordinária, a título de lhe dar aplicabilidade concreta, proibi-la, o que configura manifesta afronta ao dispositivo constitucional. O espaço que a Constituição, no inciso XLIII do art. 5º, confere à lei ordinária está delimitado ao dispor aquela que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de

entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos...”. Ora, a Constituição diz que para tais crimes não se pode conceder os citados benefícios – e tão somente esses.

Nada há na Carta da República que proíba a conversão da pena privativa de liberdade pela restrição de direitos para condenados por tais crimes, o mesmo valendo para a concessão de liberdade provisória ou progressão de regime.

Foi por razão similar, aliás, que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime nos crimes hediondos.⁽⁷⁾ No julgamento daquele writ, seis Ministros – **Marco Aurélio, Carlos Britto, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Eros Grau e Sepúlveda Pertence** – votaram a favor da inconstitucionalidade, por

entenderem que tal preceito viola os princípios constitucionais da individualização da pena, da dignidade humana e da proibição de imposição de penas cruéis. Os Ministros **Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim**, por sua vez, entenderam pelo cabimento da vedação da progressão de regime.

Não é demais ressaltar que para o crime de tortura não há vedação à substituição da pena. Muito ao contrário. A Lei nº 9.455/97

segue à risca o que dispõe a Constituição Federal, conforme se depreende da redação do § 6º de seu art. 1º: “O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia”.

Em suma, não pode uma norma infraconstitucional se sobrepor à Lei Maior, impedindo que o condenado, que preenche os requisitos exigidos para a substituição da pena, faça jus a esse benefício. A sanção deve ser devidamente individualizada, sendo que, se o apenado tem direito ao benefício, conforme o art. 44 do Código Penal, este deve ser a ele facultado.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em 4 de novembro de 2009, declarou constitucional, por maioria de votos, a impossibilidade de conversão da pena para o crime de tráfico (cf. AI no HC 120.353, rel. p/ acórdão **Ari Pargendler**).

Entretanto, tanto a 1ª como a 2ª Turmas do Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos seguintes julgamentos, respectivamente, HC 90.871, rel. **Cármem Lúcia**, j. 03.04.2007, DJe 24.05.2007 e HC 97.500, rel. **Eros**

Grau, j. 25.05.2010, DJe 24.06.2010, já entenderam pela inconstitucionalidade da matéria. Importante registrar que ambas as decisões foram proferidas à unanimidade, estando ausentes, no entanto, os Ministros **Ellen Gracie** e **Joaquim Barbosa**.

Vale lembrar que o Plenário da Suprema Corte brasileira já permitiu a substituição da pena no crime de tráfico, conforme se observa do julgamento do HC 85.894, rel. **Gilmar Mendes**, j. 19.04.2007, DJe 27.09.2007. Naquela oportunidade, não houve discussão quanto à inconstitucionalidade do dispositivo e restaram vencidos os Ministros **Joaquim Barbosa**, **Ellen Gracie**, **Carlos Velloso** e **Celso de Mello**.

Esta matéria está novamente afeta ao Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 97.256) e já conta com o voto do Ministro Relator **Carlos Brito** pela inconstitucionalidade da vedação prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006. Resta-nos, então, aguardar esperançosamente o término do julgamento do *writ*, que atualmente encontra-se

com pedido de vista do Ministro **Joaquim Barbosa**.

NOTAS

- (1) **Paulo S. Xavier de Souza**, *Individualização da pena no Estado Democrático de Direito*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2006, p. 32.
- (2) Idem, *ibidem*.
- (3) **André Ramos Tavares**, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 83.
- (4) **José Afonso da Silva**, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2003, p. 104.
- (5) Idem, *ibidem*.
- (6) **Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins**, *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, vol. 2, p. 225.
- (7) STF, TP, HC 82.959, rel. **Marco Aurélio**, j. 23.02.2006, DJ 01.09.2006.

Cecilia Tripodi

Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pela FGV-SP.
Membro do IDDD - Instituto de Defesa do Direito de Defesa.
Advogada criminalista em São Paulo.

A LEI 12.234/2010 E A NOVA REGULAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL

Gilson Sidney Amâncio de Souza

I – INTRODUÇÃO

Com a ocorrência da infração penal, consumada ou tentada, surge em favor do Estado o *jus puniendi*, que é a possibilidade jurídica de impor ao responsável pela prática da infração a sanção prevista no preceito secundário do tipo incriminador da conduta realizada.

Entretanto, por força do princípio da inevitabilidade da jurisdição, decorrente da garantia constitucional insculpida no art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República, esse *jus puniendi* não pode ser exercido de forma direta e automática.

Além disso, deve ser exercido dentro de um certo tempo, pena de não mais se justificar a punição do infrator. É que, por razões ligadas às próprias finalidades da pena – visto que, passado muito tempo do crime, a finalidade retributiva da sanção delinear-se-ia como mera vingança, e nem se atingiriam, tampouco, os fins de prevenção, geral ou especial, dado o grande hiato entre o fato criminoso e a resposta estatal – deve o Estado buscar a concretização de seu direito de punir dentro de um determinado prazo, pena de não haver mais sentido nem necessidade na punição. É o que a doutrina denomina *teoria do esquecimento do fato*.⁽¹⁾

Por isso, de longa data o ordenamento jurídico-penal reconhece o instituto da prescrição, que determina a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo, em face da inércia do Estado.

Já o Código de Processo Criminal de 1832

trazia disposição a respeito da prescrição da pretensão punitiva em seus arts. 54 a 57. E o primeiro Código Penal republicano (1890) tratava, em seus arts. 71 a 85, tanto da prescrição da pretensão punitiva quanto da prescrição da condenação.

Acresça-se que, a par da teoria do esquecimento do fato, também se relaciona e harmoniza com o instituto da prescrição a ideia garantista da duração razoável do processo, princípio que, de início estampado no art. 6º, § 1º, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950, foi acolhido depois na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, em seu art. 8º, e hoje é consagrado expressamente em nosso ordenamento constitucional, por força da EC nº 45, de 08.12.2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Carta.

Embora em seus primórdios não tivesse ela tal destinação, a prescrição constitui, sem dúvida, ao lado de outros institutos jurídicos como o relaxamento da prisão por excesso de prazo, a preclusão, a perempção na ação penal privada etc., mecanismo de efetivação dessa garantia.

II – PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Dá-se o nome de *prescrição retroativa* a uma das modalidades da prescrição da pretensão punitiva, também denominada prescrição da ação (não há prescrição retroativa da pretensão executória), que é regulada pela pena concretizada na sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ainda que, eventualmente, não tenha, ainda, transitado em julgado também para a defesa, e considera o período já transcorrido até a publicação da mesma sentença.

Assim, o parâmetro regulador dessa modalidade de prescrição da ação não é a pena máxima *cominada* abstratamente no preceito secundário do tipo incriminador, mas a pena que se tornou concreta na sentença e que, à míngua de recurso da acusação, ou já desprovido seu recurso, não mais poderá ser aumentada.

Tal pena *in concreto*, então, passa a regular o prazo prescricional, que pode ser computado retroativamente, a partir da publicação da sentença ou acórdão.

Insta consignar que, concebida atualmente como modalidade de prescrição da *pretensão punitiva*, a prescrição retroativa atinge todos

A Lei 12.234, de 05.05.2010 modificou a redação do inc. VI do art. 109 do Código Penal, elevando de dois para três anos o prazo de prescrição quando a pena privativa de liberdade cominada ou imposta for inferior a um ano, e alterou, também, o tratamento da chamada prescrição retroativa,

os efeitos penais da condenação, como, *v.g.*, a reincidência.

Com a Reforma Penal introduzida pela Lei 7.209/1984, a prescrição retroativa – que anteriormente, por força da redação dada ao § 2º do art. 110 da antiga Parte Geral do Código, só podia ser contada a partir do recebimento da denúncia – passou a considerar também o período anterior ao recebimento da denúncia.

Assim, até o advento da recente Lei 12.234, de 05 de maio de 2010, concretizada a pena na sentença, e preclusas as vias recursais para a acusação, tomava-se por termo inicial, conforme o caso, uma das hipóteses do art. 111 do Código Penal – as mesmas que dão início à prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima *in abstracto* –, considerando-se o período transcorrido até o recebimento da denúncia, causa interruptiva do fluxo prescricional.

III – AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.234/2010

A Lei 12.234, de 05.05.2010 modificou a redação do inc. VI do art. 109 do Código Penal, elevando de dois para três anos o prazo de prescrição quando a pena privativa de liberdade cominada ou imposta for inferior a um ano, e alterou, também, o tratamento da chamada prescrição retroativa, porquanto revogou o § 2º do art. 110 do Código, além de conferir nova redação ao seu § 1º, que ficou assim redigido:

“Art. 110. (...)”

§ 1º *A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.*”

À vista dessa nova dicção chegou-se a afirmar que houvera desaparecido a figura da prescrição retroativa, vez que o § 2º do art. 110 foi suprimido, o que, na verdade, não ocorreu.

Persiste, ainda, a prescrição retroativa, embora reduzida sua extensão.

É certo que a redação original do Projeto de Lei nº 1.383/2003, de autoria do deputado Antonio Carlos Biscaia, previa, efetivamente, o fim da prescrição retroativa, pois pretendia estabelecer a inadmissibilidade de termo inicial anterior a sentença ou acórdão. Pela dicção original do referido projeto, o § 1º do art. 110 do CP passaria a ter a seguinte redação:

“§ 1º *A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão* (grifo nosso).”

Entretanto, não foi o que ocorreu: o texto aprovado remete à data da denúncia ou da queixa o início mais remoto possível do fluxo prescricional, quando se cuidar de prescrição baseada na pena *in concreto*.

Portanto, resta claro que não houve a completa supressão da denominada prescrição retroativa.

A nova redação do mencionado § 1º do art. 110 do CP certamente provocará o surgimento de duas posições doutrinárias.

Uma delas afirmará que a prescrição na modalidade retroativa fica restrita aos períodos que, regressivamente, vão da publicação do acórdão à publicação da sentença, e desta ao recebimento da denúncia ou queixa. É a posição já afirmada em algumas das primeiras manifestações doutrinárias sobre o tema: “*Só não é possível agora (na prescrição retroativa) contar o tempo entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa. Em contrapartida, é possível ocorrer a prescrição entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença. Em outras palavras: não é possível contar (para a prescrição retroativa ou virtual) o prazo pré-processual (ou extraprocessual). Só é possível contabilizar o prazo processual (a partir do recebimento da peça acusatória)*”.⁽²⁾

Uma segunda corrente fatalmente dará interpretação diversa ao novel dispositivo para afirmar que é possível, ainda, a prescrição retroativa contabilizada antes do recebimento da denúncia ou queixa, tendo por termo inicial o oferecimento da inicial acusatória.

É que o novo § 1º do art. 110, como visto, veda a contagem do prazo, para fins de prescrição retroativa, em *data anterior à da denúncia ou da queixa*, e não em *data anterior ao do recebimento* da peça incoativa.

Ora, data da denúncia ou queixa não é o mesmo que data do recebimento da denúncia ou queixa, visto que não se confundem a data da denúncia e a data de seu recebimento, via de regra, ocorrentes em ocasiões distintas.

Data da denúncia é a data em que esta, oferecida pelo promotor de Justiça, é protocolizada ou recebida em cartório. Diga-se o mesmo, no que toca à ação penal privada, em relação à queixa-crime apresentada pelo querelante.

Já o recebimento da denúncia, que soe ocorrer em data posterior, é o ato jurisdicional decisório, no qual o juiz pronuncia uma valoração positiva da admissibilidade da acusação e determina a citação do acusado.

É factível, pois, a hipótese de que, oferecida a denúncia numa data, seu recebimento se dê em ocasião muito posterior, por uma ou outra razão. Essa possibilidade se torna ainda mais presente, *v.g.*, nas infrações de menor potencial ofensivo, sujeitas ao rito sumaríssimo da Lei 9.099/1995, que prevê

o recebimento da denúncia apenas na audiência de instrução e julgamento.

Assim, não se podendo dar à norma penal interpretação extensiva *in malam partem*, e não se confundindo os conceitos de *oferecimento* da denúncia ou queixa e de seu respectivo *recebimento*, correto é admitir a possibilidade de computar, para fins de prescrição retroativa, o período que medeia a apresentação da inicial acusatória e a data de seu recebimento.

Argumento de reforço de tal tese é o fato de que a redação atual do § 1º do art. 110, ao mencionar *data anterior à da denúncia ou da queixa* difere daquela disposição contida no § 2º do mesmo artigo, vigente antes da reforma penal introduzida pela Lei 7.209/1984, que fazia expressa referência à vedação de que a prescrição retroativa tivesse termo inicial anterior à data do recebimento da denúncia. Se o legislador quisesse referir-se à data do recebimento da inicial, bastaria ter adotado a mesma redação que já utilizara antes da reforma penal de 1984. Se não o fez, é porque quis disciplinar a matéria de forma diversa.

Portanto, lícito concluir que os períodos a se considerar, para avaliar eventual ocorrência da prescrição retroativa, uma vez que tenha havido trânsito em julgado para a acusação – seu pressuposto indispensável –, são aqueles que se situam entre o oferecimento da denúncia ou queixa e o despacho de recebimento da denúncia, entre este e a pronúncia (se crime doloso contra a vida) ou a sentença condenatória (a absolutória não interrompe o prazo prescricional) e, enfim, entre a publicação desta e o acórdão confirmatório da condenação.

Por último, é de se consignar que todas as inovações trazidas pela Lei 12.234/2010, em razão de constituírem normas mais gravosas, sujeitam-se à regra da irretroatividade da *novatio legis in pejus*. Portanto, só se aplicam aos fatos ocorridos a partir do dia 06.05.2010, quando entrou em vigor a sobredita Lei.

NOTAS

- (1) Por todos: ESTEFAM, André. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 462.
- (2) GOMES, Luiz Flavio; SOUSA, Aurea Maria Ferraz de. *Prescrição retroativa e virtual: não desaparecem completamente*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br/>>. Acesso em 11.05.2010.

Gilson Sidney Amâncio de Souza

Promotor de Justiça em Presidente Prudente. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Especialista em Direitos Difusos pela Universidad de Castilla – La Mancha – Espanha. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal.

THREE STRIKES AND YOU'RE OUT: A VITIMIZAÇÃO DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL NA CRUZADA CONTRA A REINCIDÊNCIA CRIMINAL

Débora de Souza de Almeida

A política repressiva norte-americana estampa a maior população carcerária em âmbito mundial. Figurando com expressiva atuação na composição desse quadro, está a polêmica *Three Strikes and You're Out*, cuja sistemática angaria tanto simpatizantes quanto opositores, munidos de decrescentes cifras de criminalidade e progressivos índices de encarceramento.

Gestada na década de 70, mais precisamente em 1978 no Estado de Illinois, o qual quadruplicou sua população carcerária em 16 anos (Purpura, 1997), a *Three Strikes Law* parece ser uma daquelas leis cujo nome foi submetido um minucioso processo de marketing a fim de provocar empatia e justificar práticas punitivas. Em alusão ao beisebol, no qual há a expulsão do jogador no cometimento da terceira falta, aquele que reitera pela terceira vez na prática criminosa é retirado de circulação (Hassemer; Muñoz Conde, 2008).

Orientada pelo sistema da perpetuidade da reincidência, a referida lei, adotada por mais de vinte e quatro Estados norte-americanos, entrou em vigor em dezembro de 1993 em Washington e em março de 1994 na Califórnia estabelecendo penas gradativas, de acordo com o número de condenações sofridas (Austin; Clark; Henry, 1997).

No modelo californiano, o indivíduo que possuir o registro de um *strike* na certidão de antecedentes criminais e vier a cometer outro delito de qualquer natureza, será condenado ao dobro da pena em abstrato deste novo tipo penal, devendo cumprir pelo menos 85% da reprimenda para a obtenção do livramento condicional (Gilmore, 1999). Na preexistência de duas condenações por *strike*, a pena dirigida ao terceiro crime será de 25 anos a prisão perpétua, independentemente de este integrar o aludido rol, restando ceifado qualquer benefício ao condenado em face da sistemática da *truth in sentencing* (Ditton; Wilson, 1999).

Em tempo, cumpre registrar que os crimes apontados como *strike* compõem um catálogo próprio, conforme a legislação de cada Estado, no qual é comum o homicídio, o estupro, o roubo, o incêndio premeditado, entre outros classificados como *felony*. Todavia, inobstante a Flórida desviar da proposta inicial, visto que considera entre os *strikes* a fuga do delinquente (Austin; Clark; Henry, 1997), sob o manto deste diploma, inclusive crimes bagatelares, como o roubo de uma pizza ou de fitas de vídeo, foram punidos com longas penas (Walsh, 2007), em razão de uma fórmula denominada *wobbler*, que, vigente somente na Califórnia, erige um *misdemeanor*,

isto é, transgressões mais leves que *felonies* e mais graves que *infractions*, à condição de terceiro *strike* (Brown; Joli, 2005).

Contudo, quando instada a se pronunciar sobre a inconstitucionalidade do diploma mediante o caso Ewing *versus* Califórnia, sob o fundamento de que o apenamento a 25 de anos de prisão em virtude de um furto atingia a vedação à punição cruel porque desproporcional à gravidade do crime, a U.S. Supreme Court, numa apertada decisão de 5 x 4, afirmou que não haveria de se falar em desproporcionalidade, uma vez que tais condenações eram justificáveis na medida em que primavam pela proteção da sociedade frente ao indivíduo indisciplinado que, ao reiterar na atividade criminosa, evidenciou uma personalidade perigosa propensa a delinquir (Brown; Joli, 2005 e Walsh, 2007).

Tais decisões são temerárias na medida em que, centrando-se fundamentalmente na reincidência, conferem guarida à aplicação dessa pesada regra inclusive a crimes que não sejam graves ou violentos, de modo a conduzir a verdadeiras discrepâncias como o apenamento mais severo àquele que cometeu três crimes pequenos sem violência ou sem gravidade frente a outro que cometeu somente um delito, mas deveras violento.

Com efeito, essa cruzada repercutiu na massa carcerária estadunidense, posto que 1/3 dos que lá se encontram, majoritariamente negros e hispânicos, foram por ela enviados, sendo menos da metade por crimes graves ou violentos. De outra banda, a redução das taxas de criminalidade, inclusive violenta, é indubitável, mas creditá-la meramente ao impacto preventivo-geral positivo do diploma, mormente quando os Estados aplicaram-no de forma distinta restando por prejudicar um exame preciso sobre sua eficácia, seria incorrer num raciocínio um tanto inadequado, haja vista que outros fatores sociais, como diminuição do número de armas e mudanças econômicas positivas, podem ter influído para tanto (Brown; Joli, 2005; Walsh, 2007).

Ante o exposto, tecer considerações positivas sobre a referida lei é uma tarefa arriscada, pois não bastasse apresentar um vultoso custo para os cofres públicos, devido ao longo período de segregação e o encarceramento massivo

que impõe, traz um alto custo à democracia substancial, ferindo frontalmente os princípios do *non bis in idem*, da culpabilidade, da proporcionalidade, da lesividade, da dignidade da pessoa humana, entre outros.

Nessas circunstâncias, resta nítido que a *Three Strikes Law* trata-se de um retrato fiel do direito penal máximo que, impregnado por uma cultura imediatista, procura esconder na prisão o produto da insuficiência das prestações positivas do Estado. Desse modo, ao revés de primar por políticas criminais cada vez mais repressivas e, por conseguinte, excludentes, seria mais coerente reivindicar pela efetividade de políticas públicas em sede de prevenções primária e terciária, pois como bem concluem Hassemer e Muñoz Conde, “[...] ‘matar mosquitos a canhão’

tem sido sempre considerada como uma reação desproporcional e um gasto inútil que, tanto a médio como a longo prazo, produz mais dano do que benefício” (Hassemer; Muñoz Conde, 2008).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUSTIN, James; CLARK, John; HENRY, D. Alan. *Three strikes and you're out: a review of state legislation*. National Institute of Justice, Washington DC, set. 1997.
- BROWN, Brian; JOLI, Greg. *A primer: three strikes - the impact after more than a decade*. Legislative Analyst's Office. Califórnia, out. 2005.
- DITTON, Paula M.; WILSON, Doris James. *Truth in sentencing in state prisons*. The Bureau Of Justice Statistics, Washington DC, jan. 1999.
- GILMORE, Janet. *Three Strikes law can't take credit for state's drop in crime, finds UC Berkeley law professor*. University of California at Berkeley, 1999.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- PURPURA, Philip P. *Criminal justice: an introduction*. United States of America: Butterworth-Heinemann, 1997.
- WALSH, Jennifer Edwards. *Three Strikes Laws*. London: Greenwood Press, 2007.

Débora de Souza de Almeida

Mestranda em Ciências Criminais e Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Advogada/RS.

INCONVENCIONALIDADE DA LEI Nº 9.455/1997: A TORTURA COMO CRIME PRÓPRIO

Rafael Junior Soares

A Lei nº 9.455/1997 trouxe ao ordenamento jurídico pátrio a previsão do crime de tortura, em razão, como é de praxe do legislador brasileiro que só atua diante de casos pontuais, de abusos praticados por polícias militares na Favela Naval de Diadema-SP.

Dentre os debates que cercaram o advento da legislação sobre tortura, interessante destacar a definição do sujeito ativo do delito, para se saber se trataria de crime comum,⁽¹⁾ que poderia ser praticado por qualquer pessoa, ou, crime próprio,⁽²⁾ que poderia ser praticado apenas por agentes públicos.

Tal discussão ocorreu porque a lei permitiu aos particulares figurarem como sujeitos ativos do crime de tortura, em situações tais como, na tentativa de obter da vítima alguma informação relevante ou reconhecimento de dívida ou, ainda, por aqueles que detêm a guarda de menores ou incapazes, como forma de coação, atemorização ou punição, prevalecendo na jurisprudência pátria o entendimento que se trataria de crime comum.

Porém, não obstante o posicionamento explicitado acima, somente funcionários públicos ou particulares no exercício de atividades ligadas aos fins do Estado, podem ser sujeitos ativos do crime em exame, tendo em vista a motivação originária (instrumento ilegal utilizado pelo Estado) do crime de tortura. Como assevera **Mário Coimbra**, ao comentar o intuito do agente que pratica o crime em tela, “a tortura sempre se constituiu num aparato utilizado pelo poder estatal, para obter confissão ou informação relevante de algum indivíduo suspeito da prática de algum delito ou que se suponha que saiba quem foi o autor do crime investigado”.⁽³⁾

A advertência de que a lei de tortura brasileira destoa das demais legislações estrangeiras e dos tratados de direitos humanos já foi feita há muito tempo por grande parte da doutrina autorizada. No entanto, após os julgamentos do RE 466.343/SP e do HC 87.585/TO pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se dar nova interpretação a questão do sujeito ativo do crime tortura, visto que a Corte Suprema, com base nos dispositivos inseridos pela EC 45/2004, entendeu como normas supraleais (prevalecendo a posição do Ministro **Gilmar Mendes**) os tratados que versassem sobre direitos humanos, devendo-se reavaliar a posição atualmente preponderante a respeito do tema à luz dos tratados internacionais sobre tortura dos quais o Brasil é signatário, seja pela via da supralealidade, seja pela via do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos

(posição adotada pelo Ministro **Celso de Mello**).

Muito embora a posição da Suprema Corte configure um grande avanço no tema, ao concluir que os tratados de direitos humanos são normas supraleais que prevalecem sobre as normas infraconstitucionais, entendemos que há mais no que se evoluir, principalmente para se reconhecer, finalmente, a inconveniência da Lei nº 9.455/1997, no modelo de controle de convencionalidade/constitucionalidade desenvolvido por **Valério de Oliveira Mazzuoli**.

No caso da tortura, os tratados internacionais que versam sobre normas de Direitos Humanos⁽⁴⁾ previram expressamente que aludido delito seria considerado crime próprio,⁽⁵⁾ cuja prática estaria restrita aos agentes públicos, o que impediria a tipificação pela legislação infraconstitucional como crime comum, visto que contrariaria tratado de direitos humanos, paradigma de controle das normas de direito interno.

Para **Valério de Oliveira Mazzuoli**,⁽⁶⁾ os tratados que abordam o crime de tortura teriam *status* de norma constitucional⁽⁷⁾ e, conseqüentemente, caráter material constitucional, independentemente da aprovação exigida pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, que apenas tornaria o tratado examinado materialmente e formalmente constitucional, com *equivalência* de emenda constitucional.

No caso da lei de tortura, num primeiro momento, muito embora a legislação esteja de acordo com a Carta Magna, num segundo momento, deve-se passar ao exame da convencionalidade da legislação. Há, certamente, incompatibilidade entre os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento e o reconhecimento da vigência da lei do crime de tortura, porém, pode-se reconhecê-la como inválida, por meio do controle de convencionalidade, visto que os tratados foram claros ao prever unicamente os agentes públicos como sujeitos ativos do delito de tortura.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais vem adotando o entendimento da tortura como crime próprio,⁽⁸⁾ afastando o entendimento de que particulares poderiam praticar referido crime, o que, nos casos

concretos, enseja a desclassificação para os delitos de maus tratos, lesão corporal etc.. A referida desclassificação do crime, embora não se faça de forma explícita, se dá por meio de controle difuso de convencionalidade sugerido por **Mazzuoli**, ante a invalidação da legislação de tortura com a aplicação de outra lei que se adequa ao caso concreto.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais vem adotando o entendimento da tortura como crime próprio,⁽⁸⁾ afastando o entendimento de que particulares poderiam praticar referido crime, o que, nos casos concretos, enseja a desclassificação para os delitos de maus tratos, lesão corporal etc..

Portanto, apesar do tema a respeito do sujeito ativo do crime de tortura ser objeto de imensa discussão – ainda não solucionada –, observa-se que atualmente o arcabouço jurídico constitucional e os tratados oferecem aos operadores do direito saídas para se chegar às soluções em prol dos direitos humanos, sobrevivendo o novel controle de conven-

cionalidade das leis como uma das formas mais interessantes para se corrigir (por meio da invalidação da norma) a falha trazida na legislação infraconstitucional que não trata o crime de tortura como próprio, em total dissonância com as definições apresentadas nos tratados de direitos humanos subscritos pelo Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIERRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes.** *Comentários à lei de tortura: aspectos penais e processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BURIHAN, Eduardo Arantes.** *A tortura como crime próprio*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.
- COIMBRA, Mário.** *Tratamento do injusto penal da tortura*. São Paulo: RT, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva.** *Crimes hediondos*. São Paulo: RT, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches** (coord.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: RT, 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira.** *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. - São Paulo: RT, 2009, v. 4.
- NUCCI, Guilherme de Souza.** *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

NOTAS

- (1) Nesse sentido: **BIERRENBACH, Sheila; LIMA, Walberto Fernandes.** *Comentários à lei de tortura: aspectos penais e processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; **GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches** (coord.). *Legislação criminal especial*. São Paulo: RT, 2009; **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Leis penais*

- e processuais penais comentadas. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.
- (2) Nesse sentido: **BURIHAN, Eduardo Arantes**. *A tortura como crime próprio*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008; **COIMBRA, Mário**. *Tratamento do injusto penal da tortura*. São Paulo: RT, 2002; **FRANCO, Alberto Silva**. *Crimes hediondos*. São Paulo: RT, 2005.
- (3) **COIMBRA, Mário**. Op. cit., p. 167.
- (4) Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 28/09/1984 e a Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985, ratificadas, respectivamente, em 28/09/1989 e 20/07/1989.
- (5) Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes: Parte I, Artigo 1º: "Para os fins da presente Convenção, o termo 'tortura' designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; **quando**

- tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência**. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram". Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura: "Serão responsáveis pelo delito de tortura: **a) Os empregados ou funcionários públicos** que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam; b) As pessoas que, **por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a**, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, comentam-no diretamente ou nela sejam cúmplices".
- (6) *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, v. 4. São Paulo: RT, 2009.
- (7) Voto vencido no HC 87.585/TO, Min. **Celso de Mello**: "Nesse contexto, e sob essa perspectiva hermenêutica, valorizar-se-á o sistema de proteção aos direitos humanos, mediante atribuição, a tais atos de direito internacional público, de caráter hierarquicamente superior ao da legislação comum, em ordem a outorgar-

- lhes, sempre que se cuide de tratados de internacionais de direitos humanos, supremacia e precedência em face do nosso ordenamento doméstico, de natureza meramente legal*".
- (8) APELAÇÃO – TORTURA – LEI Nº 9.455/97 – CRIME PRÓPRIO – AGENTE PÚBLICO – CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL SIMPLES E SEQUESTRO. O crime de tortura é crime próprio, somente praticável por agente público. Ao dispor de forma contrária, a Lei nº 9.455/97 não observou a restrição presente em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, decorrendo daí a sua inconstitucionalidade (Apelação Criminal 1.0049.05.009048-6/001(1), Relator: **Paulo César Dias**, Data do Julgamento: 10/02/2009). No mesmo sentido: Apelação Criminal nº 1.0331.06.002711-6/001(1), Des. **Herculano Rodrigues**, DJ 25/06/2009; Apelação Criminal nº 1.0702.06.278004-5/001(1), Des. **José Antonio Baía Borges**, DJ 28/07/2007.

Rafael Junior Soares

Advogado criminalista.
Especialista em Direito Penal e
Criminologia pelo Instituto de Criminologia
e Política Criminal – ICPC/UFPR.

O NOVO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA E SEUS REFLEXOS PENAIS

João Paulo Orsini Martinelli

Desde o dia 13 de abril deste ano, está em vigor o Novo Código de Ética Médica, sob a forma da Resolução 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina. Uma das grandes novidades é seu artigo 41, cujo *caput* dispõe ser vedado ao médico "abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal". Mais interessante ainda é seu parágrafo único, cuja redação é a seguinte: "Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal".

Primeiramente, o Código veda a eliminação da vida mesmo a pedido do paciente ou seus familiares. Segue-se o entendimento unânime da doutrina e da jurisprudência de que a vida é um bem indisponível e o consentimento referente à sua eliminação é inválido. O CFM autorizou uma forma de paternalismo rígido, segundo o qual o Estado pode interferir na vontade individual independentemente de quem seja a pessoa. Ao contrário do paternalismo moderado, que faz a distinção entre competentes e incompetentes, aqui a medida paternalista quer impedir, a todo custo, a lesão ao bem jurídico vida. Não vale a vontade do paciente, que muitas vezes encontra-se em situação de vulnerabilidade, e por isso não consegue tomar decisões racionais e com a reflexão necessária. Também se desconsidera eventual consentimento de seu

representante legal, que não pode alegar o consentimento hipotético, presumindo que seu familiar, se pudesse expressar sua vontade, optaria pela própria morte.

No entanto, o parágrafo único abre exceção nas situações de doenças incuráveis e terminais. Deve o médico, nessas situações, fazer uso de medidas paliativas desde que sejam úteis ao paciente. Cuidado paliativo, segundo definição da Organização Mundial de Saúde, é o "cuidado dirigido a pacientes e familiares quando diante de uma doença ativa e progressiva, que ameace a continuidade da vida. Tem o objetivo de prevenir e aliviar o sofrimento e melhorar a qualidade de vida" (2002). Os doentes terminais são suscetíveis de receberem todo zelo possível para aproveitarem o restante da vida de forma

digna, sem dores ou qualquer tipo de sofrimento. Com a nova norma, o médico pode dispensar medidas inúteis ou obstinadas, que possam trazer efeitos colaterais capazes de provocar sofrimento, se assim desejar o paciente ou seu representante legal. Resumidamente, a partir de agora, os doentes terminais podem abrir mão de tratamentos que possam trazer dores ou desconfortos in-

tenso apenas com a finalidade de prolongar a vida. É dever do médico apenas garantir o restante de vida com dignidade por meio dos cuidados paliativos, preparando o paciente e sua família para a morte inevitável.

O Conselho Federal de Medicina já havia tentado implantar a possibilidade da ortotanásia por meio da Resolução 1.805/2006, suspensa por decisão judicial após ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal. Seu artigo 1.º tinha o seguinte conteúdo: "É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal". A redação da Resolução suspensa dava a entender que bastaria comprovar

a gravidade da doença e a impossibilidade de cura para permitir-se a interrupção do tratamento, diante do consentimento do paciente ou de seu representante legal. A atual redação é mais cuidadosa ao esclarecer que o tratamento só pode ser cessado quando os meios empregados para o prolongamento da vida forem inúteis à manutenção da dignidade do paciente. O médico pode

"Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal"

interromper o tratamento, mas deve dar o suporte e o conforto necessários ao doente e à sua família.

Juridicamente, o novo Código merece atenção do direito penal no que tange à responsabilidade do médico que, a pedido do paciente ou de seu representante legal, cessa o tratamento considerado inútil ou obstinado. Neste caso, não se pode sequer cogitar responsabilidade penal do médico pela morte do doente terminal. São vários os argumentos. Primeiro, o dolo no homicídio é de "matar alguém", que implica consciência e vontade de atingir o bem jurídico vida. Aqui, o dolo do médico é encurtar o sofrimento de alguém que solicitou a própria morte, ou melhor, dar as condições mínimas de dignidade a quem se encontra em situação extremamente frágil.

A conduta motivada por um motivo nobre, portanto, é fato atípico. Segundo, na ponderação de valores, entre a mera vida biológica e a vida digna, esta pode prevalecer sobre aquela. A mera vida biológica pode ser sacrificada quando seu titular não se sentir mais digno de viver no sofrimento. Configura-se o estado de necessidade, capaz de excluir a antijuridicidade do fato. Terceiro, diante do sofrimento agudo do doente terminal, e quando este ou seu representante não desejarem mais o tratamento considerado inútil, não se poderia exigir outra conduta do médico, a não ser respeitar o desejo de quem não aguenta mais a dor insustentável (exclusão de culpabilidade). Finalmente, ninguém sabe o que é melhor para si mesmo do que a própria pessoa. Se a vida envolvida

por medicamentos, dores, angústia, aflição não for mais desejada, não há autoridade que possa decidir de maneira diferente dos sentimentos do indivíduo aflito. Não se defende aqui a antecipação da morte indistintamente, o que se argumenta é a possibilidade de dar a chance ao paciente terminal e seus familiares de escolher entre o descanso definitivo ou a vida repleta de sofrimento físico e psicológico. O Novo Código de Ética Médica veio em boa hora e pode servir como marco de um novo debate jurídico em torno do direito de dispor da própria vida.

João Paulo Orsini Martinelli

Mestre e Doutorando em Direito Penal (USP).

Coordenador-adjunto do Departamento

de Internet do IBCCRIM.

BANCO DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS CRIMINAIS: IMPLICAÇÕES DE UM DEBATE HODIERNO

João Becon de Almeida Neto

O ácido desoxirribonucleico (ADN) é o material genético nuclear dos seres humanos e está presente em todas as células do nosso organismo. É ele que determina a função de cada célula, dando assim a cada indivíduo suas características, que podem ou não manifestarem-se ao longo de sua vida. Constitui-se por duas cadeias de nucleotídeos que se enrolam formando uma dupla hélice. Os nucleotídeos, por sua vez, são unidades moleculares compostas por um grupo fosfato, um açúcar e uma base nitrogenada. Como o ADN determina as características de cada indivíduo, fazendo com que haja uma individualização, e corroborado pelo fato de estar presente em qualquer fluido ou resíduo humano, sua aplicação como prova forense está justamente na comparação entre as amostras biológicas colhidas na cena do crime com as do(s) suspeito(s). A comparação destes perfis genéticos poderá determinar a inocência, se forem diferentes, ou a culpabilidade do(s) mesmo(s), se forem iguais.

O presente trabalho versa sobre uma das consequências do desenvolvimento científico que envolve a tecnologia do ADN, uma das vedetes da atualidade: banco de dados genéticos. Ele pode ser constituído de distintas formas e para diferentes finalidades, sendo uma objeto desse estudo, o feito para a identificação criminal. Um banco de ADN pode ser entendido como um conjunto estruturado de resultados de testes de análise da ADN, que se conserva materialmente em registros manuais ou numa base de dados informatizada (Moniz, 2002; Europa, 1992).

Pode-se ter uma base de dados de ADN

a partir, resumidamente, de dois diferentes critérios: de pessoas identificadas ou de amostras de pessoas desconhecidas.

Muitos países já utilizam esta ferramenta hodiernamente. Os EUA foi o primeiro país a discutir o uso de tal ferramenta, em 1989, e o primeiro a se programar em escala nacional, em 1994, com o conhecido CODIS – *Combined DNA Index System*. No âmbito europeu, observaremos que o vestibulo das primeiras discussões se iniciou em meados da década de noventa do século passado.

Um banco de dados genéticos para fins criminais pode ser visto num primeiro momento como uma ferramenta extraordinária no combate à impunidade, uma vez que pode acabar resolvendo casos onde o único vestígio do crime é uma amostra biológica do autor deixada na cena do crime.

Atualmente, os principais debates envolvendo esta ferramenta de investigação criminal giram em torno do armazenamento dos perfis, nomeadamente a quem vai ter seu ADN submetido, se somente os condenados ou se também os suspeitos de algum crime, e sobre o tempo em que a amostra permanecerá no banco de dados para consulta, se de forma indeterminada ou por um período limitado pela legislação.

Nesse diapasão, o Reino Unido e os EUA

levantam algumas discussões quanto aos seus aspectos prático-jurídicos. Em recente entrevista em um programa televisivo, no

banco de dados genéticos para fins criminais pode ser visto num primeiro momento como uma ferramenta extraordinária no combate à impunidade, uma vez que pode acabar resolvendo casos onde o único vestígio do crime é uma amostra biológica do autor deixada na cena do crime.

mês passado, o presidente norte-americano Barack Obama anunciou o incremento de uma prática relativamente nova no uso do CODIS, mas, por outro lado, de aplicação legal questionável em grande parte dos países desenvolvidos: tomar e manter amostras de ADN de indivíduos presos por um crime, mas não condenados. Ou seja, colocando ADN de pessoas inocentes em bases de dados criminais. O presidente justificou sua afirmação com base no fato de esta ser uma prática comum no Reino Unido desde a implementação de seu sistema, na década de 1990, e que a identificação por ADN não se diferencia da feita por impressão digital ou por uma foto.

Contudo, esta é uma política muito criticada pelos defensores dos direitos humanos. Inclusive, cabe ressaltar que o próprio Reino Unido fora condenado, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), por unanimidade, em 2008, pela sua política de manter amostras genéticas de presos após sua libertação, por violação ao direito à vida privada e familiar codificada pela Convenção Européia dos Direitos do

Homem. No momento da decisão, o banco de dados do Reino Unido incluía mais de 4,5 milhões de perfis de ADN – mais de 5% de sua população, sendo que, um quinto desses perfis foi retirado de pessoas sem antecedentes criminais (*European court of human rights in S and Marper v. The United Kingdom*, 2008).

Tal condenação, por certo, forçou o Reino Unido a realizar uma mudança em seu ordenamento jurídico, retroagindo um pouco em suas práticas abusivas, uma vez que a nova *Crime and Security Act 2010*, que entrou em vigor no início de abril deste ano, prevê um limite temporal de seis anos para a permanência dos perfis de suspeitos ou presos não condenados. Esta foi a resposta do Reino Unido ao TEDH.

Por certo, as chances de duas pessoas apresentarem o mesmo perfil genético são de uma em um milhão e que, quanto mais perfis o banco abarcar, maiores serão as chances de se ocorrer uma identificação de suspeito. Até porque, o próprio aspecto parental acaba, muitas vezes, otimizando o banco de dados genéticos, possibilitando a inclusão de suspeitos que sequer compõem o banco de dados, já que os perfis entre os membros de uma mesma hereditariedade apresentam certa similaridade (**Romeo Casabona**, 2002).

Portanto, o tema em tela, quiçá por sua incipiência, é carente de literatura especializada nacional, o que traz, assim, mais instigações em sua abordagem. Sua importância, por outro lado, eleva-se ainda mais se considerados os canais de debates no

cenário internacional: são mais de dez anos de discussões legislativas e doutrinárias que fomentaram diversos documentos e normas internacionais.

Não há, em nosso ordenamento jurídico, legislação pertinente ao fomento de um banco de ADN, o que instiga a presente investigação, já que a vontade política em sua implementação cresce de forma gradativa, ainda mais se levarmos em conta o anúncio, em maio do ano passado, da assinatura do convênio internacional entre a Polícia Federal brasileira e o *Federal Bureau of Investigation* (FBI) americano, para o compartilhamento do CODIS com o governo brasileiro. Mais do que visível está a necessidade de se promover debates para tratar o assunto de forma séria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAETA, Miriam; MARTINEZ-JARRETA, Begoña.** Situación actual de las bases de datos de ADN en el ámbito forense: nuevas necesidades jurídicas. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, v. 31, n. 2, 2009, p. 161-83
- BRASIL. Departamento de Polícia Federal.** *Diário Oficial da União*, Seção 3, N° 110, sexta-feira, 12 de junho de 2009, p. 81.
- CONSULADO DOS EUA NO RIO DE JANEIRO.** *FBI e Polícia Federal usam DNA para combater crime organizado*. Disponível em: <<http://virtual.embaixada-americana.org.br/salvador/?pg=1879>>. Acesso em: 24 fev 2010
- COPPER, William.** *The real DNA database dividing line*. The guardian, 16 abril de 2010. Disponível em: <<http://guardian.co.uk>>. Acesso em: 20 abr 2010
- ESTADOS UNIDOS.** *Fbi. Codis: combined dna index system*. Disponível em: <http://www.fbi.gov/hq/lab/html/codisbrochure_text.htm>. Acesso em: 02 out. 2008

EUROPA. Council of Europe. Committee of Ministers. *Recommendation No. R (92) 1*, de 10 fevereiro 1992. On the use of analysis of deoxyribonucleic acid (dna) within the framework of the criminal justice system. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=573811&SecMode=1&DocId=601410&Usage=2>>. Acesso em: 16 set 2008

EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH. *Case of S. and Marper v. The United Kingdom*. Data de julgamento: 4 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=S%20Marper%20v.%20United%20Kingdom&sessionid=55899367&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

MONIZ, Helena. Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 2, Coimbra: Coimbra, 2002.

MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel. *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*. Bilbao-Granada: Comares, 2001.

OBASOGIE, Osagie K. *The dangers of growing DNA databases*. Los Angeles Times, de 9 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.latimes.com/news/opinion/commentary/la-oe-obasogie9-2010apr09_0,1552372.story>. Acesso em: 15 abr 2010.

REINO UNIDO. *Crime and Security Act 2010*. Chapter 17, de 8 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga_20100017_en.pdf>. Acesso em: 15 abr 2010.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed). *Base de datos de perfiles de ADN y criminalidad*. Bilbao-Granada: Comares, 2002

João Beccon de Almeida Neto

Mestrando em Ciências Criminais da PUC-RS. Bolsista pela CAPES. Pesquisador associado no Laboratório de Bioética e de Ética Aplicada a Animais do Instituto de Bioética da PUC-RS.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE EMERGÊNCIA PENAL, CULTURA DO MEDO E UMA NOVA PALAVRA DE ORDEM: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A ABSURDA PROPOSTA DO PLS Nº 338/2009

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

(In)felizmente, retomar-se-á aqui a problemática e exaustiva questão da política criminal de “combate” aos atos de “pedofilia”. Desta vez, trata-se da análise de mais uma das questionáveis propostas de contenção, a qualquer custo, da vitimização sexual potencial de crianças e adolescentes. Contudo, impedir a prática de “pedofilia” não é o único ou principal objetivo, pois o escopo primordial da proposta em epígrafe encerra-se na *neutralização* da própria figura do egresso de delito sexual praticado contra crianças.

A medida se expressa no Projeto de Lei nº 338⁽¹⁾ de 2009, idealizado pela senadora Marisa Serrano (PSDB-MS), que desencadeou, após a proposição do Anteprojeto no Senado, a discussão sobre a legitimação do direito de

acesso público a informações sobre condenados por crimes contra a *dignidade sexual*⁽²⁾ infanto-juvenil.

A finalidade é criar no Título VII da Lei nº 8.069/1990, o Capítulo III (*Do acesso público a informações sobre condenados por crimes contra a liberdade sexual de criança e adolescente*), e nele inserir um dispositivo que regulamente o acesso irrestrito de qualquer pessoa a um banco nacional de dados sobre condenados por crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes. Tal cadastro deverá ser frequentemente atualizado, e nele devem constar informações como: nome completo; data de nascimento; endereço residencial; endereço do local onde trabalha ou estuda, quando for o caso; crime praticado; e

fotografia em cores do condenado.

O Projeto pretende implantar no Brasil um mecanismo securitário já adotado nos Estados Unidos (Lei Federal nº 109-248). Segundo justificativa da proponente, a ideia servirá de instrumento eficaz para que os pais possam fiscalizar e diligenciar se, nas proximidades de suas casas ou das escolas nas quais estudam seus filhos, há qualquer foco de “perigo” em virtude de, naquelas imediações, residir ou trabalhar indivíduos que já cumpriram pena por crimes contra a intangibilidade sexual de crianças e/ou adolescentes.

A pouco criteriosa proposta enquadra-se naquele conjunto de medidas que se convencionou chamar emergencialismo penal. Esta tendência político-criminal origina-se

da busca pela sensação de segurança social reclamada pelo cidadão na permanente catarse do medo de se tornar a próxima vítima.

Sobre esse aspecto, esclarece **Guilherme Costa Câmara** que a *vítima virtual convoca, portanto, uma conjugação do futuro, logo comparece modulada por notas de incerteza acerca do que está por vir, que gradativamente progride em direção a crescentes sentimentos de insegurança e de medo (fantasias vitimais), medo de uma vitimização futura (medo do crime), e, como movimento reflexo, exigências de elaboração de políticas de segurança.*⁽⁵⁾ Neste caso, o alarde e a propagação da ideia de risco iminente robustecem-se ante os frequentes eventos midiáticos, nos quais os holofotes permanecem ligados e direcionados, por considerável período, para a “cena” de determinado acontecimento de grande clamor social.

A periculosidade, mais uma vez, constitui-se no elemento que sustenta a proposta, pois se vislumbra no condenado, mesmo após o cumprimento integral da pena, um perigo latente, no qual um atavismo incerto seria capaz de levá-lo a reiterar a conduta anteriormente praticada.

Exsurge, assim, uma eterna *presunção social de culpabilidade*,⁽⁴⁾ que auxilia no delineamento da divisão cada vez mais saliente da dicotomia Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, priorizando-se, então, um Direito Penal de autor em detrimento de um Direito Penal do fato.

Pragmaticamente, o Projeto de Lei pretende autenticar uma gestão compartilhada de controle do inimigo. Nesse contexto, o Estado outorga ao cidadão a faculdade – poder/dever – de investir-se no exercício das funções da persecução antecipada do incerto e inexistente delito.

A adoção da proposição em comento demonstra a assunção, por parte do Estado, de alguns fracassos do ponto de vista político-criminal, sobretudo no tocante aos fins da pena. A partir do instante em que se admite a necessidade de monitoramento permanente de um egresso, com base na conduta delitiva praticada e, diga-se de passagem, já punida, assume-se incontestavelmente a posição de que a pena de prisão – ao menos da forma como é executada – não serve aos fins de ressocialização, cuja insistência em sua débil manutenção dá lugar ao fenômeno batizado por **Michel Foucault** como *isoformismo reformista*.⁽⁵⁾

Dessa maneira, chama a atenção **Sérgio Salomão Shecaira** ao afirmar que *não há como negar a crise da pena privativa de liberdade, nem como fechar os olhos à sua ineficácia na ressocialização do recluso*.⁽⁶⁾

De outro lado, parece não importar muito a repercussão individual e a coletiva que a implementação da proposta acarretaria ao egresso – que estaria relegado ao alijamento social – e às demais formas de convivência comunitária.

Adverte, então, **José Luis Díez Ripollés** que *não é segredo para ninguém os custos elevados inerentes a uma política criminal de isolamento e segregação sociais de uma boa parte dos delinquentes, não só em termos de recursos materiais e humanos para a sua manutenção, mas também noutros setores sociais como o emprego, a formação profissional e a saúde, sem que faltem exemplos muito significativos para o demonstrar*.⁽⁷⁾

A implantação do banco de dados relembra instrumentos hitleristas de antissemitismo, nos quais a marca da estrela de Davi gravada na fachada das casas, nas roupas e nos pertences de judeus contribuía para a identificação dos inimigos do Estado Nazista.

A proposta expressa um nítido direito de exceção ao contrariar o que estabelece o art. 202 da Lei nº 7.210/1984, quando dispõe que, *cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação (...)*.

O dispositivo tem justamente por finalidade, como observa **Guilherme de Souza Nucci**, *preservar o processo de reintegração do egresso a sociedade*,⁽⁸⁾ objetivo este ignorado pela medida do PLS nº 338/2009, que, diante disso, estabelece despreocupadamente regras de exceção, conduzindo uma categoria de indivíduos às margens das garantias mínimas que preservam a sua dignidade como pessoa humana.

O êxito na aprovação do Anteprojeto e de outras propostas de mesma natureza confirma uma política criminal de precedentes, que endossa o *movimento ascendente de consolidação da normalidade e institucionalização do projeto de exceção*.⁽⁹⁾

Não fosse isso o bastante, o condenável Projeto de Lei visa sancionar com penas de detenção de 1(um) a 2(dois) anos, e multa, aquele que *deixar de fornecer ou atualizar as informações* que devem compor o banco de dados.

Adequada é a análise de **Juarez Tavares** a respeito do crescente simbolismo penal, ao afirmar que *não basta proibir, é preciso mandar fazer*.⁽¹⁰⁾ Neste caso, o mandamento de ordem é a mobilização conjunta rumo à “caça as bruxas”, em uma tipificação insustentável no tocante a existência de lesão ou perigo de lesão a qualquer bem jurídico merecedor de tutela.

Destarte, ensina **Luiz Regis Prado** que *em um Estado Democrático e Social de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico*,⁽¹¹⁾ sob pena de desvirtuar a função precípua do Direito Penal – a exclusiva proteção de bens jurídicos.

A inércia em não oficial à Vara de Execuções Penais ou a omissão em manter o juiz da execução atualizado sobre os dados referentes ao egresso, por si só, não têm condão de oferecer dano ou risco à dignidade sexual de qualquer infante.

Parece que o conteúdo do injusto penal não mais se fundamenta no desvalor da ação e no desvalor do resultado, mas sim na mera existência do sujeito perigoso, encarnado, agora, na figura do inimigo. Basta reunir certas condições para recair-lhe a mais pesada presunção de culpa.

Porém, a inversão de valores e prioridades políticas é tamanha, que não deixa avaliar se os custos sociais e constitucionais da implantação desse banco de dados seria menos oneroso e de efeitos bem mais positivos que a instituição e a manutenção de um cadastro nacional de crianças e adolescentes desaparecidos – ferramenta da qual carecemos e que tutela verdadeiramente interesses infanto-juvenis – sem afrontar, em contrapartida, a ideia de dignidade da pessoa humana.

NOTAS

- (1) O Anteprojeto foi apresentado em 02 de fevereiro de 2009 e encontra-se atualmente sob a avaliação e emissão de parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa para decisão terminativa no Senado. O Projeto, em sua redação original, visa a dar publicidade aos dados pessoais de condenados pelos delitos previstos nos arts. 240, 241-A, §1º, I, e 241-D do ECA, bem como nos arts. 213 e 218 do CP. Todavia, ainda que a superveniência da Lei nº 12.015/2009 tenha alterado a sistemática relativa aos crimes contra a *dignidade sexual*, não se findam, portanto, as reprovações a serem feitas a respeito do referido Projeto. Sobre as modificações referentes aos delitos sexuais, vide **CAPANÓ, Evandro Fabini**. *Dignidade sexual: comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009*. São Paulo: RT, 2009.
- (2) O preâmbulo do Projeto de Lei faz alusão ao bem jurídico penal *liberdade sexual de crianças e adolescentes*. Contudo, entende-se aqui que a melhor e mais coerente denominação do bem a ser tutelado seria *dignidade sexual de crianças e adolescentes*.
- (3) **CÂMARA, Guilherme Costa**. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: RT/Coimbra, 2008, p. 112-113.
- (4) Vide **ROXIN, Claus**. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997, p. 817, vide em específico, **JAKOBS, Günther**. *Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murrillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 591-593.
- (5) **FOUCAULT, Michel**. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 143 e seguintes; vide, nesse sentido, **SANTOS, Juarez Cirino dos**. *Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, 2002, v. 7, p. 55.
- (6) **SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu**. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002, p. 158.
- (7) **DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis**. *Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado*. Trad. Sônia Fidalgo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, 2007, v. 17, p. 573.
- (8) **NUCCI, Guilherme de Souza**. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: RT, 2009, p. 588.
- (9) **CORDEIRO, Marcelo Lucchesi; MARINHO JÚNIOR, Inezil Penna**. *Aproximação ao controle penal do*

*inimigo na política criminal brasileira. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias. Pelotas, 2006, v. 5, n. 1, p. 81, jan./dez. O denominado movimento ascendente refere-se ao crescente discurso de emergência, refletido nas propostas legislativas. Tais disposições caracterizam-se por excepcionar instrumentos de garantias já existentes e legitimados, não só no Código Penal e nas leis extravagantes, mas também permitindo interpretações viciadas de alguns dos dispositivos constitucionais que, na maioria das vezes conduzem ao agravamento da aplicação ou execução de alguma sanção, ou, ainda, autorizam a flexibilização dos princípios penais de garantias. Essa tendência é paradigmática na política criminal vigente na Colômbia, onde o discurso emergencial transformou o país num exemplo de irracionalidade legislativa em matéria penal. Sobre a questão, vide **SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de***

irracionalidade legislativa. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2008, v. 8, p. 13-61, out./dez. No Brasil, alguns dos dispositivos constitucionais já são alvos de interpretações distorcidas. O próprio relatório do PLS nº 338/2009 traz como justificativa ao seu conteúdo o disposto no art. 144, caput, da CF.

- (10) **TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade.** Rio de Janeiro, 1997, v. 2, p. 51.
 (11) **PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição.** 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 70.

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

Acadêmico do 5º ano do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR) e monitor da disciplina de Introdução à Pesquisa Jurídica.

PARTICIPE POR ACREDITAR

CONFIRA QUAIS SÃO OS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA QUE APÓIAM O 16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

Advocacia Mariz de Oliveira S/C (SP)
 Alexandre Wunderlich & Salo de Carvalho Advogados Associados (RS)
 Almeida Castro Advogados Associados S/S (DF)
 Arns de Oliveira & Andreazza - Advogados Associados (PR)
 Azevedo e Azevedo Advogados Associados (SP)
 Barandier Advogados Associados (RJ)
 Bitencourt & Naves Advogados Associados (DF - RS - BH)
 Caon & Advogados Associados (SC)
 Carla Rahal Benedetti Advocacia Criminal (SP)
 Cavalcanti & Arruda Botelho Advogados (SP)
 David Rechulski, Advogados (SP)
 Décio Freire & Associados (SP - RJ - MG - DF - ES - BA - PE - PI - AM - USA)
 Delmanto Advocacia Criminal (SP)
 Dias e Carvalho Filho Advogados (SP)
 Eduardo Sanz Advogados Associados (PR)
 Escritório Professor René Dotti (PR)
 Faragone Advogados Associados (SP - PE)
 Gamil Föppel Advogados Associados (BA - PE - SE - RJ)
 Ivahy Badaró Advogados Associados (SP)
 J. N. Miranda Coutinho & Advogados (PR)
 Joyce Roysen Advogados (SP)
 Law & Liberatore Advogados (SP)
 Luís Guilherme Vieira Advogados Associados (RJ - DF)
 Malheiros Filho, Camargo Lima e Rahal Advogados (SP)
 Marcelo Leonardo Advogados Associados (MG - DF)
 Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M. Zynger Advogados (SP)
 Massud e Sarcedo Advogados Associados (SP)
 Milaré Advogados - Consultoria em Meio Ambiente (SP)
 Moraes Pitombo Advogados (SP - RJ - DF)
 Nélio Machado, Maronna, Stein e Mendes Sociedade de Advogados (SP - RJ - DF)
 Nilo Batista & Advogados Associados (RJ)
 Odilon Pereira de Souza Advogados Associados (BH)
 Oliveira Campos Advogados (ES)
 Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados Associados (SP)
 Podval, Antun, Indalécio Advogados (SP - DF)
 Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal (RS)
 Ráo, Pacheco, Pires & Penón Advogados (SP)
 Reale e Moreira Porto Advogados Associados (SP)
 Siqueira Castro – Advogados (SP - RJ - DF - CE - MG - BA - RS - PE - RN - PB - SE - ES - AL - PI - MA - AM - PA - GO - Lisboa - Luanda)
 Toron, Torihara & Szafir Advogados S/C (SP)
 Vilardi e Advogados Associados (SP)
 Zanoide de Moraes, Peresi & Braun Advogados Associados (SP)

Patrocínio:

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ RIO DE JANEIRO

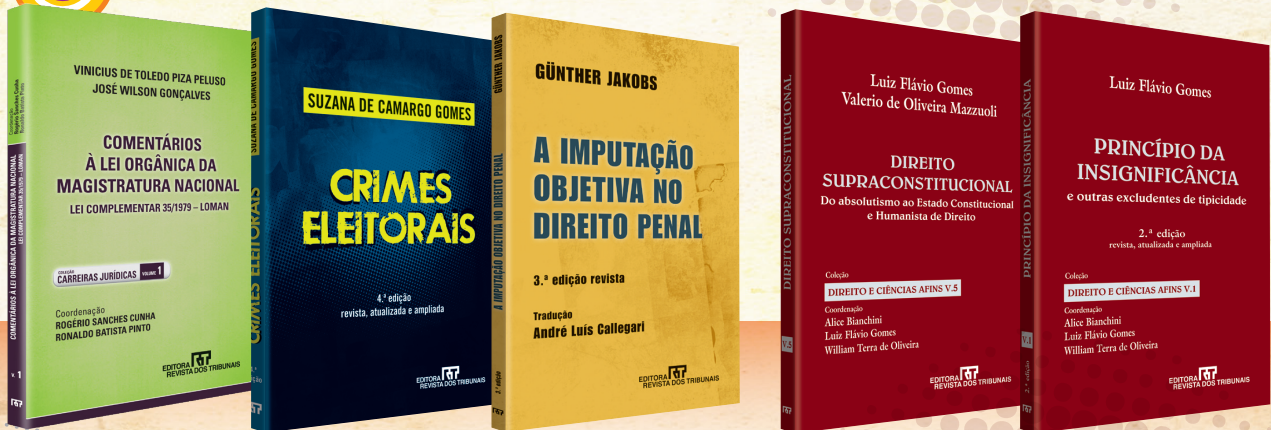
- Defensoria Pública Geral do Estado - DPGE

■ SÃO PAULO

- Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP
- Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo - ADPESP

LANÇAMENTOS

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br



Conheça também:

