

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA POR ORDEM JUDICIAL: O USO E O ABUSO

Simão Bacamarte, o *Alienista* da obra-prima machadiana, sob o influxo do desvario positivista do final do século XIX, acreditava que a loucura era uma “ilha perdida no oceano da razão”, mas descobriu ser ela “um continente”, o que decerto explica o fato de quatro quintos da população da pequena Itaguaí ter sido internada no hospício para dementes por ele fundado, a famosa Casa Verde.

Desde então, a ciência médica evoluiu, a ponto de a moderna psiquiatria ter abandonado o modelo hospitalocêntrico em favor da desinstitucionalização e da transitoriedade do tratamento sempre que possível, o qual deve ser caracterizado pelo enfoque multidisciplinar e pela participação efetiva do paciente. A relação saúde/doença mudou, a ponto de hoje a Organização Mundial de Saúde (OMS) definir saúde como bem estar biopsicossocial, e não simplesmente como ausência de doença. Além dos sinais clínicos, as condições oferecidas pela sociedade são fundamentais no trato da questão da saúde mental. Tanto assim que, no dia 7 de abril de 2001, a OMS comemorou o Dia Mundial da Saúde dedicado à saúde mental com o tema “*cuidar sim, excluir não*”.

O legislador brasileiro se mostrou sensível aos novos rumos da saúde mental, editando, sob a influência do movimento antimanicomial, a Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

O legislador brasileiro se mostrou sensível aos novos rumos da saúde mental, editando, sob a influência do movimento antimanicomial, a Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Fenômeno parecido com o bacamartismo machadiano tem se verificado no caso de pessoas envolvidas com *crack* e outras substâncias capazes de causar dependência, notadamente os indivíduos menores de dezoito anos, objeto de internações compulsórias em hospitais psiquiátricos decretadas a granel.

Deixando de lado a demonização das chamadas drogas ilegais, especialmente do *crack*, substância proibida que hoje desempenha o papel de origem e causa de todos os males que afligem a lavoura nacional, o que certamente não contribui para a definição de uma abordagem adequada do tema, tanto em relação à prevenção quanto ao tratamento, e impede a compreensão de que o problema não está na substância, mas na relação que os indivíduos com ela mantêm, é certo que o abuso na decretação de internações involuntárias tem causado inúmeras perplexidades, dentre as quais merece destaque a equivocada ideia de que, tendo sido a medida decretada por meio de decisão judicial, somente o juiz poderia determinar a desinternação.

Como sabido, a internação involuntária, por seus aspectos negativos para o indivíduo – como, por exemplo, a ruptura dos laços familiares, afetivos, sociais e profissionais – deve ser utilizada apenas quando as possibilidades de tratamento extrahospitalar se mostrarem inadequadas, sendo vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares desprovidas dos recursos necessários ao oferecimento de assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais. Nada obstante a internação involuntária possuir natureza de *ultima ratio*, o que se tem visto na prática judiciária, notadamente nos grandes centros urbanos, é justamente o oposto, vale dizer, a medida é aplicada como primeira opção.

Não é ocioso lembrar que qualquer medida interventiva estatal, entre as quais se destaca a internação involuntária, deve ser utilizada, antes e acima de tudo, a serviço do indivíduo, não bastando a mera alegação de necessidade e utilidade para a defesa social. A medida deve ser eticamente admitida como meio dirigido à recuperação da plena dignidade humana. O que fundamenta sua aplicação não é somente a tranquilidade da maioria, mas o dever estatal de remover

EDITORIAL:

- INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA POR ORDEM JUDICIAL: O USO E O ABUSO 1
- A EXTINÇÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA E A ILUSÃO PENAL
Eduardo Reale Ferrari e Heidi Rosa Florêncio 4
- LEI 12.234, DE 5 DE MAIO DE 2010: OFENSA À INDIVIDUALIZAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL
Hermann Herschander 6
- A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 249, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS EFEITOS NO CÁLCULO DO LAPSO PRESCRICIONAL
Rodrigo de Oliveira Ribeiro 7
- ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006 (LEI DE DROGAS): A LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Renato Marcão 9
- JUSTIÇA (AINDA QUE DEPOIS): STF, POR FIM, DESVINCULA MEDIDA DE SEGURANÇA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE
José Francisco de Fyschinger e Thiele Zinn Panta 11
- CONTRIBUIÇÕES DO LABELLING APPROACH À DISCUSSÃO SOBRE A DEFINIÇÃO DE CRIME ORGANIZADO
Bruno Shimizu 12
- CRIMINOLOGIA E MÍDIA: SISTEMA PENAL EM LUTA POR PODER SIMBÓLICO
Álvaro Filipe Oxley da Rocha 13
- O NOVO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA E O CRIME DE OMISSÃO PERANTE A TORTURA
Eduardo Luiz Santos Cabette 14
- O MAL USO DA INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA PARA DEPENDENTES QUÍMICOS
Valéria Lacks 14
- PEDRO YAMAGUCHI FERREIRA, FOI UMA HONRA TER CONHECIDO E CONVIVIDO COM VOCÊ!
Homenagem da Pastoral Carcerária 15
- DELAÇÃO PREMIADA: MATIZ POLÍTICA OU UTILITARISTA?
Tiago de Souza Nogueira 16
- COM A PALAVRA, O ESTUDANTE INTRODUÇÃO DO HUMANITARISMO JURÍDICO NO BRASIL E SEU REFLEXO NO CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO BRASILEIRO (1830)
Wilson Feitosa de Brito Neto 18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- PROCESSO PENAL ANTECIPAÇÃO NA PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL LIMITES 1377
- EMENTAS
- Supremo Tribunal Federal 1378
- Superior Tribunal de Justiça 1380
- Tribunais Regionais Federais 1381
- Tribunais de Justiça 1383

16º Seminário internacional

De 24 a 27 de agosto de 2010
Hotel Tivoli São Paulo - Mofarrej

INSCRIÇÕES ONLINE
hotsite: www.ibccrim.org.br/seminario



24.08

9h00

Sessão de Abertura

9h30

Lei cega, Justiça invisível
Mia Couto (Moçambique)

10h50

Análise das formas (ou a análise das "formas do crime": em especial, a tentativa)
José de Faria Costa (Portugal)

14h00 – Painéis do 1º Bloco

A advocacia criminal no estado policial
Arnaldo Malheiros Filho (SP)
Rodrigo Sánchez Rios (PR)

Pornografia

Luis Greco (Alemanha)
Luiz Roberto Cicogna Faggioni (SP)

Direito de defesa na cooperação jurídica internacional

Antenor Madruga (DF)
Carolina Yumi de Souza (DF)

16h30 – Painéis do 2º Bloco

Novos limites da insignificância penal
Carlos Vico Mañas (SP)
Fernando Capez (SP)

Crimes financeiros

Flavio Antônio da Cruz (PR)
Luciano Feldens (RS)

O "Mundo do Crime" nas periferias e nas prisões: o caso PCC

Camila Caldeira Nunes Dias (PR)
Gabriel de Santis Feltran (SP)

19h00 – Audiência Pública

Repressão das drogas e o mundo contemporâneo
Fernando Henrique Cardoso (SP)

25.08

9h00

Presente e futuro da audiência de instrução no Processo Penal
Bernd Schünemann (Alemanha)

10h40

Política de drogas
Ethan Nadelmann (EUA)

14h00 – Painéis do 1º Bloco

Criminalidade organizada e Direito Penal Econômico
Diego Gustavo Barroetaaveña (Argentina)
Heloisa Estellita (SP)

Novo papel da vítima no Processo Penal

Marcos Cesar Alvarez (SP)
Maria Amélia de Almeida Teles (SP)
Maria Gabriela Peixoto (DF)

Prisão cautelar

Fernando Javier Arnedo (Argentina)
Odone Sanguiné (RS)

16h30 – Painéis do 2º Bloco

Lei 12.015/09 e os novos crimes contra a dignidade sexual
Guilherme de Souza Nucci (SP)
Sílvia Pimentel (SP)

Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Davi de Paiva Costa Tangerino (SP)
Flavia Portella Püschel (SP)

Publicidade opressiva no Processo Penal

Flavia Rahal (SP)
Simone Schreiber (RJ)

19h00 – Audiência Pública

Situação carcerária
Daniel Scola (RS)
Elías Carranza (Costa Rica)

26.08

9h00

Inclusão social versus exclusão social: dois modelos opostos de política criminal
José Luis Díez-Ripollés (Espanha)

10h40

Reflexões sobre a pena de morte
Sandra Babcock (EUA)

14h00 – Painéis do 1º Bloco

20 Anos da Lei nº 8.137/90
Alexandre Wunderlich (RS)
Luiz Renato Pacheco Chaves de Oliveira (SP)

Jurisprudência constitucional

Pablo Daniel Vega (Argentina)
Paulo Queiroz (DF)

Exame criminológico na execução penal

Alvino Augusto de Sá (SP)
Aury Lopes Jr. (RS)

16h30 – Painéis do 2º Bloco

Liberdade de imprensa e censura judicial
Manuel Alceu Afonso Ferreira (SP)
René Ariel Dotti (PR)

Militarização da segurança pública

Ignácio Cano (RJ)
Luís Antônio Francisco de Souza (SP)

Aspectos retórico-argumentativos das decisões penais

Alexandre Moraes da Rosa (RJ)
Antonio Magalhães Gomes Filho (SP)

27.08

9h00

Transformações do processo penal pós 11 de setembro: uma análise de Direito Comparado
John A. E. Vervaele (Bélgica)

10h40

Interrupção voluntária da gravidez e o Direito Penal: a evolução em Portugal
Jorge de Figueiredo Dias (Portugal)

14h00 – Painéis do 1º Bloco

Investigação de crimes econômico-financeiros
Daniel Nunes (MG)
Vladimir Aras (BA)

Desafios do Direito Penal no Estado Democrático de Direito

João Mestieri (RJ)
Juarez Tavares (RJ)

Sociedade de Risco:

réquiem pelo bem jurídico?
Marta Machado (SP)
Susana Aires de Sousa (Portugal)

16h30 – Palestra de encerramento

Extermínio e pena de morte
Luís Arroyo Zapatero (Espanha)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colômbia)
Sandra Babcock (EUA)
Sérgio Salomão Shecaira (SP)
William Schabás (Irlanda)

PATROCÍNIO:

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Parcele o valor da inscrição em até **4x** no cartão de crédito.

os obstáculos que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana. A internação, por ser mais gravosa, deve ser reservada às hipóteses concretamente mais graves e, ainda assim, deve durar somente o tempo necessário.

Uma das características marcantes de uma instituição total – como, por exemplo, um hospital psiquiátrico ou mesmo uma prisão – é a primazia de um certo papel social decorrente do estigma (de doente mental, no caso do hospício, e de delinquente, no caso da prisão) que se sobrepõe às demais identidades e máscaras sociais, de modo que a autoimagem e interação social tendem a se polarizar em torno desse papel (*role engulfment*), o que por sua vez tem o efeito de uma profecia que a si mesmo se cumpre e que põe em movimento um conjunto de mecanismos que compelem a pessoa a transformar-se e a corresponder à imagem que o público tem dela, conforme observa **Howard Becker**.⁽¹⁾ A vida em uma instituição total, verdadeira “*estufa humana*”, é uma espécie de exílio, de morte civil e desencadeia sobre o indivíduo um intenso e nefasto processo de manipulação da identidade e do *status*. A institucionalização opera um modelo de expropriação, que reduz a existência humana a um mínimo necessário: o internado é submetido a um processo de desculturação em relação ao mundo externo, ao mesmo tempo em que lhe são impostas uma série de rebaixamentos, humilhações, degradações e profanações que levam ao sentimento de mortificação. Para **Erving Goffman**, “*o estudioso de hospitais psiquiátricos pode descobrir que a loucura ou o ‘comportamento doentio’ atribuídos ao doente mental são, em grande parte, resultantes da distância social entre quem lhes atribuiu isso e a situação em que o paciente está colocado, e não são, fundamentalmente, um produto*

de doença mental”.⁽²⁾ O mesmo autor observa que as transgressões desencadeadoras da hospitalização variam de acordo com *status* socioeconômico, visibilidade da transgressão, proximidade de um hospital, recursos financeiros disponíveis, desejo da família etc., e questiona a legitimidade do modelo médico de hospitalização psiquiátrica, na medida em que se exige do paciente uma “*servidão moral autoalienadora*” que o afasta da cura, concluindo que a distinção entre saúde mental e doença mental é menos científica e mais sociológica, pois os “*mentalmente doentes*” fora dos hospitais se aproximam numericamente dos internados ou até os superam, de modo que os doentes mentais internados sofrem não de doença mental, mas de “*outras circunstâncias*”.

Por fim, calha trazer à lembrança o isolamento curativo em casas de sobriedade por tempo absolutamente indeterminado dos ébrios e toxicômanos habituais previsto na *Ley de Vagos e Maleantes*, de triste memória, que se propunha a resolver o problema da periculosidade sem delito radicalizando a prevenção e a defesa social por meio de medidas de segurança indeterminadas e que se tornou instrumento de opressão da ditadura franquista na Espanha dos anos 1930.

Urge aprofundar a reflexão sobre o assunto, incrementando-se os mecanismos de controle e fiscalização sobre os casos de internação involuntária como forma de combater a sua banalização e evitar abusos.

NOTAS

- (1) **BECKER, Howard.** *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance.* Nova Iorque. 1963. Free Press.
- (2) **GOFFMAN, Erving.** *Manicômios, Prisões e Conventos.* Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo. 1996. Perspectiva.

PARTICIPE POR ACREDITAR

PROJETO MARIA MARIA - TERCEIRA EDIÇÃO

No dia 7 de maio, ocorreu o primeiro encontro da terceira edição do curso “Maria, Maria” realizado em parceria pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e pela União de Mulheres do Estado de São Paulo, com o apoio do Instituto Nacional para o Desenvolvimento Sustentável (INDES), da Campanha Bem Querer Mulher/UNIFEM e da Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania/CICs. O curso, que este ano conta com 35 participantes, consiste na educação em direitos sobre a Lei Maria da Penha (Lei federal 11.340/2006), visando capacitar lideranças comunitárias na orientação e nos encaminhamentos de casos de violência doméstica. Os encontros, realizados no auditório do IBCCRIM, são semanais e tratam de temas relacionados a gênero, violência doméstica e instituições do sistema de justiça. Além dos encontros, haverá também visitas a instituições ligadas ao combate da violência doméstica, tais como Delegacia de Defesa da Mulher, Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Defensoria Pública, entre outras. Este ano, em especial, entre os participantes encontram-se funcionários e integrantes de Centros de Integração da Cidadania (CICs) da região metropolitana de São Paulo. O curso ocorrerá até novembro de 2010.

MESA DE ESTUDOS E DEBATES

“ASPECTOS POLÊMICOS DA INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA”.

Expositores: Valéria Lacks e Haroldo Caetano da Silva.

Dia 21 de julho às 10h00 no auditório do IBCCRIM.

Inscrições gratuitas no Portal: www.ibccrim.org.br



(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

1ª SECRETÁRIA: Juliana Garcia Belloque

2ª 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

DEPARTAMENTOS:

Coordenadores-chefes

BIBLIOTECA: Ivan Luis 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

COMISSÕES:

Presidentes

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Rafael S. Lira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

HISTÓRIA: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

A EXTINÇÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA E A ILUSÃO PENAL

Eduardo Reale Ferrari e Heidi Rosa Florêncio

Em 6.5.2010, foi publicada a Lei 12.234/2010 que alterou os arts. 109 e 110 do Código Penal. De acordo com a nova redação do art. 109, inciso VI, do Código Penal, o prazo prescricional dos crimes apenados com pena privativa de liberdade até um ano deixa de ocorrer em dois anos e passa a ocorrer em três anos.

Além disso, a nova lei revogou o parágrafo segundo do art. 110 do Código Penal e alterou da seguinte forma o parágrafo primeiro do referido artigo: “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 da queixa”.

Diante disso, o termo inicial do prazo prescricional – observando a pena aplicada – somente será verificado após o recebimento da denúncia ou da queixa-crime (quando o fato for processado mediante ação penal privada).

O lapso temporal verificado entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia deixa de ser importante para efeito de prescrição *in concreto*, o que significa dizer que, durante a fase de investigação policial, somente se verificará a ocorrência do instituto da prescrição em virtude da pena máxima abstrata prevista para o delito investigado.

Assim, a autoridade policial fica autorizada a investigar um indivíduo durante anos, sem se preocupar em terminar a investigação. O limite máximo da investigação é o prazo prescricional condicionado à pena máxima abstrata, sendo que o prazo prescricional agora ficou difícil de ser atingido durante esta fase inquisitorial.

Na verdade, esta alteração legislativa acaba com o prazo que antes era observado pela Polícia e pelo Ministério Público para findar a fase pré-processual, no intuito de tentarem evitar a ocorrência de eventual prescrição do delito investigado.

Importante ressaltar que a prescrição retroativa verificada entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia, extinguida pela Lei 12.234/2010, foi introduzida no Brasil a partir de construção jurisprudencial sedimentada no Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, foi ratificada pelo Código Penal na Reforma da Parte Geral de 1984,⁽¹⁾ tendo como premissa ser a prescrição uma punição aos entes do Estado em face da inércia derivada da perda do *ius puniendi*.

Tal punição à inércia agora deixa de existir no âmbito da investigação, pelo menos no que tange à sanção fundamentada, trazendo uma situação de desigualdade se comparado com a atividade jurisdicional, ainda pressionada pela sanção em caso de eventual inércia

durante o início do processo e a condenação de primeiro grau.

Eliminar a prescrição retroativa entre o fato e o início do processo – sob o argumento de que os crimes de difícil apuração exigem maior atenção da Polícia, e que, por isso, acabam redundando em extinção da punibilidade do agente em razão da prescrição retroativa – é uma falácia, pois quando ocorre a prescrição entre o fato e o recebimento da denúncia, isso deriva de uma não investigação policial que às vezes perdura por décadas, não servindo essa premissa como justificativa para a extinção da prescrição retroativa.

De acordo com a justificativa apresentada no Projeto de Lei n. 1.383/2003,⁽²⁾ que deu origem à Lei 12.234/2010, a prática da prescrição retroativa “*tem se revelado um competentíssimo instrumento de impunidade*”, além de ser “*potencial causa geradora de corrupção*”.

Mais uma vez observa-se que o legislador se vale inadequadamente de leis paliativas e quiçá eleitoreiras para dar uma satisfação ao clamor público ante a sensação de impunidade veiculada pela mídia.

A impunidade deve sim ser preocupação do legislador. Todavia, não é extinguido a prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia que se afastará a impunidade, mas sim se investindo em aparato policial, por via de uma estrutura ágil e eficiente, e que, concomitantemente, respeite os preceitos constitucionais durante a investigação, a fim de minimizar a impunidade.

Ainda que se possa questionar acerca da existência do instituto da prescrição retroativa, genuinamente brasileiro, não podemos deixar de afirmar ser mais uma falácia demagógica a afirmação de que a extinção da prescrição retroativa entre o fato e o recebimento da denúncia se justifica em face de uma causa de impunidade.

Destarte, a alteração desta lei da forma como foi feita e com base na falsa premissa ideológica, acarretará uma afronta ao princípio da duração razoável do processo e da celeridade processual, assegurado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República.

Ora, era justamente a ocorrência da prescrição retroativa, extinta com a nova lei, que fixava a observância do mencionado princípio na fase de investigação policial. Com a ausência deste prazo regulador, será comum a partir de agora a existência de inquéritos policiais que perdurem dez ou até quinze anos de investigação, sendo um contrassenso à própria natureza jurídica das sanções.

Partindo da premissa de que a prescrição se funda na Teoria da Prova e na Teoria do Esquecimento, qual o fundamento jurídico

para se punir alguém após tantos anos, com prazos que somente na investigação podem perdurar por 10 a 15 anos?

A nosso ver, não se estará punindo o cidadão com base nos fins das sanções, consistente na crença do ordenamento jurídico e nas crenças na intimidação ao autor e em sua emenda (Teoria do Esquecimento) ou mesmo no vivenciamento da prova (Teoria das Provas).

Ao contrário, se estará punindo por vingança social, não se estabelecendo um prazo razoável para investigar sob o manto de que é “*necessário acabar com impunidade*”, alimentada por uma concepção ideológica e que constantemente defende a resolução das questões por meio de mera e pontual alteração legislativa.

O prazo de 30 dias para terminar o inquérito policial em caso de réu solto, previsto no art. 10, do Código de Processo Penal, que já não era observado antes da vigência da nova lei, passará a ser motivo de piada, pois não se saberá sequer quanto tempo demorará um inquérito policial, que, de acordo com a alteração da redação do Código Penal, ficou totalmente isento de regulamentação.

Como se vê, tenta-se resolver um problema (impunidade) de modo inadequado, por meio da criação de outro (legitimidade da morosidade na fase investigativa).

A nosso ver, mais uma vez o legislador, em ano eleitoral e de forma demagógica, optou pelo caminho mais curto, iludindo a população sob o argumento de que tal alteração tentará acabar com a impunidade.

Em vez de se pensar em aparelhar-se adequadamente o Estado para combater os crimes de difícil apuração, investindo em tecnologia e treinamento de pessoal, com salários dignos e planos de carreira, preferiu-se supostamente “acabar” com a impunidade por meio da eliminação da concretização da extinção da punibilidade: o termo da prescrição antes da denúncia ou da queixa-crime.

Além disso, equivoca-se o legislador ao argumentar no sentido de que a extinção da antiga prescrição retroativa acarretará diminuição da corrupção não fazendo o mínimo sentido afirmar-se ser o instituto “potencial causa geradora da corrupção”.

Primeiro porque raros são os casos em que, em face da sanção concreta à corrupção, acaba-se por atingir a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa entre o fato e o recebimento da denúncia, destacando, secundariamente, que o problema da prescrição no tipo penal da corrupção pode sempre subsistir, em especial, em face da morosidade durante a fase processual.

O caminho escolhido foi no sentido de

COORDENADORIAS REGIONAIS:**Coordenadora-Chefe:** Juliana Garcia Belloque**Coordenadores-Regionais:****1ª REGIÃO (AP, MA e PA):**
João Guilherme Lages Mendes**3ª REGIÃO (PI, CE e RN):**
Patrícia de Sá Leitão e Leão**4ª REGIÃO (PB, PE e AL):**
Oswaldo Trigueiro Filho**5ª REGIÃO (BA e SE):**
Wellington Cesar Lima e Silva**6ª REGIÃO (RJ e ES):**
Márcio Gaspar Barandier**7ª REGIÃO (DF, GO e TO):**
Pierpaolo Bottini**8ª REGIÃO (MG):**
Felipe Martins Pinto**9ª REGIÃO (MT, MS e RO):**
Francisco Afonso Jawsnickier**10ª REGIÃO (SP):**
João Daniel Rassi**11ª REGIÃO (PR):**
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**12ª REGIÃO (RS e SC):**
Rafael Braude Canterji**BOLETIM IBCCRIM**

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Andre Pires de Andrade Kehdi

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecilia Tripodi, Eduardo Augusto Paglione e Renato Stanziola Vieira

"A relação completa dos colaboradores do **Boletim do IBCCRIM** encontra-se em nosso site".**DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:**Ameruso Artes Gráficas
Tel./Fax: (11) 2215-3596
E-mail: ameruso@ameruso.com.br**IMPRESSÃO:** Ativaonline - Tel.: 3340-3344"O **Boletim do IBCCRIM** circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas".

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

TIRAGEM: 11.000 exemplares**CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM**Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)**ATENDIMENTO DIGITAL**

| | |
|---|---|
| Seções: | |
| Telefonista | 0 |
| Associação, pagamentos, recebimento de materiais | 2 |
| Cursos, Seminários, Publicações | 3 |
| Pós-Graduação, Laboratório | 4 |
| Biblioteca | 5 |
| Site | 6 |
| Comunicação e Marketing | 7 |
| Núcleo de Pesquisas | 8 |
| Diretoria e Presidência | 9 |
| www.ibccrim.org.br | |
| E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e boletim@ibccrim.org.br | |

legitimar a maior morosidade, pois se antes a autoridade policial precisava terminar as investigações para não ver a prescrição ocorrer em suas mãos, agora a autoridade policial não precisará ter preocupação com prazos, indo de encontro com a própria existência do instituto da prescrição, criando-se uma "prescrição especial" para as autoridades da fase policial, que distingue aqueles que atuam durante a fase investigativa se comparados com os da fase jurisdicional.

Da forma como foi feita a alteração do Código Penal, não temos dúvida em afirmar que houve um desvirtuamento do próprio instituto da prescrição. Como dito anteriormente, se não há prazo para a autoridade policial terminar a investigação, um sujeito poderá figurar como investigado em um inquérito policial durante anos, em algumas situações, sem ter ao menos conhecimento disso.

O próprio conceito de prescrição parece atingido com a alteração legislativa. Segundo **Aníbal Bruno**,⁽³⁾ "a prescrição no Direito Penal é a ação extintiva da punibilidade que exerce o decurso do tempo, quando inerte o poder público na repressão do crime".

Nesse aspecto, oportuno observar ainda a lição de **Basileu Garcia**:⁽⁴⁾ "De variados prismas se tem encarado o seu fundamento. Com o caminhar do tempo, modificam-se as condições pessoais do delinqüente que logrou subtrair-se à ação da Justiça. A pena possivelmente deixou de ser-lhe útil, como processo regenerador. (...) E os longos intervalos entre a infração e o procedimento repressivo importam em incertezas perigosas na apreciação do fato. A prova torna-se difícil, precária. As testemunhas desaparecem, ou perdem a memória de circunstâncias essenciais. Surge a eventualidade de erros judiciários".

Importante consignar que não se critica a iniciativa de se tentar eliminar a impunidade de determinados delitos de complexa apuração. O que se pretende criticar é quanto ao modo como isso foi feito, coroando a inércia do Estado com a extinção da prescrição retroativa, anteriormente prevista no art. 110, § 2º, do Código Penal.

A exceção não deve ser a regra. Se existem delitos de difícil apuração que prescrevem em razão de não haver tempo hábil para sua investigação, deve-se pensar se a pena que lhes é prevista é suficiente ante a reprovação social da conduta

criminosa praticada.

Destaque-se que ao longo da década de 1990 apenas houve aumento de penas e consequentemente do prazo prescricional, sem, todavia, qualquer resolução da questão, tornando-se tal fato ainda mais preocupante, porquanto se na década de 1990 a justificativa para o aumento das penas era a ocorrência da prescrição, como pode agora perenizar-se as mesmas sanções com a eliminação da prescrição retroativa!

Sinceramente, o problema não está na quantidade da sanção, mas sim na efetividade dos meios colocados à disposição para uma correta investigação, não podendo a sociedade mais aceitar alterações legislativas em ano eleitoral, colocando sempre em último lugar a valorização dos operadores do direito, como se a resolução de uma impunidade fosse possível por meio de uma canetada.

Nesse sentido, preciosas as palavras de **Miguel Reale Júnior** ao afirmar que o "preço da liberdade é a possibilidade de praticarmos o eterno delito", devendo combatê-lo por meio da valorização do profissional do direito, conferindo-lhe estrutura e exigindo-lhe metas, e não por meio de pífias alterações pontuais legislativas.

NOTAS

- (1) Segundo a exposição de motivos da Lei 7.209/1984 que alterou a Parte Geral do Código Penal, "A inovação introduzida no Código Penal, pela Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, vem suscitando controvérsias doutrinárias. Pesou, todavia, em prol de sua manutenção, o fato de que, sendo o recebimento da denúncia causa interruptiva de prescrição (art. 117, I), uma vez interrompida esta o prazo recomeça a correr por inteiro (art. 117, § 2º). Trata-se, além disso, de prescrição pela pena aplicada, o que pressupõe, obviamente, a existência de processo e de seu termo: a sentença condenatória".
- (2) Apresentado pelo Deputado do Partido dos Trabalhadores, Sr. **Antônio Carlos Biscaia**, em 2 de julho de 2003.
- (3) **BRUNO, Aníbal. Direito Penal I. Parte Geral.** 2ª ed. São Paulo. 1966. Forense, t. III, p. 210.
- (4) **GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal.** 1ª ed. São Paulo. 1952. Max Limonad. vol. I, t. II, p. 702.

Eduardo Reale FerrariProfessor de Direito Penal da USP.
Advogado.**Heidi Rosa Florêncio**Mestranda em Direito Penal pela USP.
Advogada.**PARTICIPE
POR ACREDITAR****TV IBCCRIM**

Confira os novos vídeos na TV IBCCRIM.

Mesas de Estudos e Debates: O Povo Indígena e o Processo Penal, Marcha da Maconha e Tribunal do Júri: modificações importantes, e a entrevista da série **Sala dos Professores** com Rodrigo De Grandis.Para assistir, acesse: www.ibccrim.org.br/tvibccrim

Estas e outras produções estão disponíveis para empréstimo na Biblioteca do IBCCRIM.

Para solicitar os vídeos, entre em contato: biblioteca@ibccrim.org.br ou pelo telefone: (11) 3111-1040, ramal 150.

LEI 12.234, DE 5 DE MAIO DE 2010: OFENSA À INDIVIDUALIZAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Hermann Herschander

O incremento da criminalidade e a consequente multiplicação do número de inquéritos e processos não vêm sendo suficientemente acompanhados de medidas destinadas a melhor aparelhar os órgãos encarregados da resposta estatal. Disso decorrem lamentáveis deficiências na apuração das infrações penais, além de maior morosidade da persecução penal, o que gera a prescrição.

A míngua das medidas necessárias, optou o legislador por aventurar-se, enveredando por caminho simplista: alterar as normas que regulam a prescrição, a fim de criar entraves à sua ocorrência.

Em lugar de tentar agilizar a atuação da emperrada máquina do Estado, preferiu-se, em certa medida, compactuar com sua morosidade. A situação é comparável à de um obeso que, para evitar a dolorosa dieta, escolhesse roupas mais largas, proporcionando a si mesmo a ilusão do emagrecimento.

Equivocado no objetivo, foi o legislador infeliz na forma atabalhoada da mudança, introduzida pela Lei 12.234, de 5 de maio de 2010.

Sem dúvida, o meio mais simples de evitar o excesso de ocorrências da prescrição seria a dilatação dos prazos prescricionais. Entretanto, o legislador quis ir além, pretendendo abolir a prescrição retroativa. O único lapso prescricional ampliado foi o menor deles, que passou de dois para três anos.

A intenção de suprimir a forma prescricional retroativa – a qual, segundo consta, foi introduzida à socapa na reforma de 1984 – é expressa no art. 1º da nova lei: “Esta lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para excluir a prescrição retroativa”.

Entretanto, o bisturi do legislador mostrou-se pouco afiado, já que a referida forma prescricional foi extirpada apenas parcialmente.

De fato, a nova lei reformula a redação do § 1º do art. 110 do Código Penal, revogando o § 2º. O novo § 1º veda apenas que a prescrição regulada pela pena aplicada, anterior ao trânsito em julgado da condenação, tenha por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Assim, entre o fato e a primeira causa interruptiva – recebimento da denúncia ou queixa – não se contará mais a prescrição retroativa. O lapso prescricional nesse intervalo passa a ser, tão somente, aquele fundado na pena máxima abstratamente cominada.

Todavia, não se encontra afastada a inci-

dência da prescrição retroativa nos lapsos entre as demais causas interruptivas.

Em que pese a respeitabilidade daqueles que têm comemorado essa parcial abolição, parece-nos que a lei não escolheu o melhor caminho.

A vinculação dos prazos prescricionais à duração das penas está solidamente implantada no direito penal brasileiro. Essa relação vem consagrada no art. 109 do Código Penal.

Não é difícil compreender a razão: a lei quer, de um lado, favorecer os autores das infrações menos graves e, de outro, dar ao Estado tempo maior para a persecução penal dos autores dos ilícitos que mais severamente atentam contra os bens jurídicos tutelados pela norma penal.

Nada mais razoável.

Esse atrelamento entre tempo da pena e tempo da prescrição implica em que o lapso extintivo da punibilidade, na mesma medida da pena, deve estar ligado à culpabilidade do agente: a maior reprovabilidade da conduta importará não apenas em imposição de pena mais severa, mas também, indiretamente, em prescrição mais dilatada.

A culpabilidade repercute diretamente na pena, e indiretamente na prescrição.

Há, portanto, no direito penal vigente, uma busca de proporcionalidade entre culpabilidade, pena e prescrição. A culpabilidade deve ser a medida da pena; a pena deve ser a medida da prescrição.

O respeito a esse liame entre tempo da pena e tempo da prescrição é obrigatório para o legislador ordinário?

Parece-nos que a resposta afirmativa conta, em seu favor, com bons argumentos.

Na perspectiva da vinculação pena-prescrição, é possível vislumbrar que, impondo explicitamente a individualização da pena,⁽¹⁾ implicitamente a Constituição Federal determinou a individualização da prescrição.

A mesma lógica enseja ainda outro raciocínio.

Conforme consenso dos juristas, a imprescritibilidade está vedada, salvo nas hipóteses constitucionalmente previstas. A razão apresentada para tanto é simples: se a Constituição Federal declarou imprescrití-

veis somente dois crimes, ela implicitamente tornou todos os outros prescriteis.

Sem dúvida.

A esse argumento, porém, outro pode ser acrescentado: a prescrição deve guardar proporção com a pena. Portanto, proibindo expressamente as penas perpétuas,⁽²⁾ a Constituição Federal implicitamente impede o legislador ordinário de estabelecer hipóteses de imprescritibilidade, já que estas somente guardariam proporção com a perpetuidade da sanção. Vedada esta, está vedada aquela.

Nesse diapasão, assim como seria inconstitucional a cominação de pena única para todos os delitos, seria ofensivo à Lei Maior o estabelecimento de um prazo prescricional único. A uniformização dos lapsos prescricionais, tanto quanto a uniformização da pena, configuraria resposta desproporcional e não individualizada, equiparando

infrações leves e graves.

Esse paralelo entre individualização da pena e individualização da prescrição apresenta desdobramentos.

A cominação legal da sanção constitui apenas o primeiro passo da individualização da pena: apreciando o valor do bem jurídico tutelado pela norma penal e o grau da ofensa representada pela infração, o legislador estabelece a sanção cabível. Isso deve ser feito entre limites, mínimo e máximo, a fim de permitir, num passo seguinte, a individualização concreta da pena, a ser realizada pelo juiz na sentença. Seguir-se-á, num terceiro momento, a individualização da execução.

À pena abstratamente cominada pelo legislador para os ilícitos penais corresponde a chamada prescrição em abstrato. Nesse primeiro passo, a lei atribui prazos prescricionais variados às diferentes infrações, pois diversas são as suas penas.

Assim, o art. 109 do Código Penal distingue os prazos prescricionais de acordo com o máximo da pena abstratamente cominada. Com isso, a lei nos aponta qual é, em tese, o prazo prescricional de qualquer infração penal.

Com a ocorrência do ilícito, passa-se à segunda etapa, em que o juiz concretizará a sanção efetiva na sentença.

Conforme consenso dos juristas, a imprescritibilidade está vedada, salvo nas hipóteses constitucionalmente previstas. A razão apresentada para tanto é simples: se a Constituição Federal declarou imprescritíveis somente dois crimes, ela implicitamente tornou todos os outros prescriteis.

A pena concretizada é a sanção real. A sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal constitui, tão somente, uma pena hipotética, cujo significado desaparece totalmente após a decisão condenatória transitada em julgado. Em outros termos, após ter sido imposta ao réu pena de dois anos, nada mais importa o fato de que ele poderia ter sofrido pena de até quatro anos.

O mesmo pode ser dito quanto à prescrição.

A chamada “prescrição em abstrato” do Código Penal também é uma prescrição em perspectiva ou virtual, que, ao contrário da outra, leva em conta a pena máxima. Trata-se, portanto, de um lapso prescricional meramente hipotético, que somente pode ser utilizado enquanto não houver pena concretizada, ou seja, enquanto persistir a *possibilidade* de que a sanção venha a ser estabelecida no máximo.

A concretização da pena concretiza igualmente o prazo da prescrição. Individualizada a pena, estará individualizada a prescrição.

É o momento em que se deve descartar o prazo hipotético, pois já se sabe, agora, qual é o prazo *real* da prescrição para aquele sentenciado.

Em termos mais claros: se a prescrição para o réu, em face de sua pena, é de quatro anos, nada mais importa o fato de que ela **poderia ter sido** de oito anos.

Assim como a pena abstratamente cominada perde qualquer significado em face da pena concretizada, a prescrição com base na pena máxima não pode produzir qualquer reflexo sobre o condenado cujo teto da pena

concreta já foi estabelecido pelo trânsito em julgado da sentença para a acusação.

Entram em cena, nesse momento, a prescrição retroativa e a prescrição intercorrente: uma vez conhecido o lapso prescricional *real*, será agora possível verificar se ele foi ou não ultrapassado entre qualquer dos marcos interruptivos. Será preciso, ainda, respeitá-lo à frente, a fim de que o trânsito em julgado ocorra antes de sua consecução e a fim de que, mais tarde, a execução se inicie antes de seu exaurimento.

O sistema é justo, pois respeita a proporcionalidade que deve informar a resposta estatal à infração penal, moldando ao mesmo tempo a pena e os prazos para o exercício da resposta estatal.

Suponham-se dois agentes que, em concurso, praticaram determinada infração penal, sendo muito diverso, contudo, o grau de culpabilidade de cada qual. Suponha-se ainda que, em respeito à regra do art. 29 do Código Penal, o juiz fixe para um deles a pena mínima de dois anos, e para outro a pena máxima de quatro anos, havendo trânsito em julgado para a acusação.

A prescrição em abstrato, meramente hipotética e virtual, era a mesma para ambos, enquanto não impostas as penas: oito anos. Todavia, a prescrição real, fundada na pena concretizada na sentença, é diversa: será de quatro anos para o primeiro e oito anos para o segundo.

Somente nesse momento, quando finalmente identificada a prescrição real, será possível constatar se a extinção da punibilidade ocorreu para um e para outro, através da recontagem do tempo decorrido entre os diversos termos interruptivos.

Temos, pois, que a prescrição retroativa constitui um instrumento de individualização da prescrição da pretensão punitiva.

Visto isso, voltemos à nova lei.

A Lei 12.234/2010, como vimos, afasta a incidência da prescrição retroativa no primeiro lapso, que vai do fato até o recebimento da denúncia ou da queixa.

Assim, nesse intervalo inicial, o prazo prescricional será uniforme para todos os autores de determinado ilícito, não importando o grau de culpabilidade de cada qual e a pena que cada um vier a merecer concretamente.

Para os dois agentes do crime hipotético acima referido, cuja pena máxima é de quatro anos, o lapso prescricional, nos termos da nova lei, é um só entre o fato e o recebimento da denúncia ou queixa: ele será de oito anos para ambos, em nada importando se, mais tarde, um deles sofrer pena de dois e outro de quatro anos.

Desconsidera-se, pois, a culpabilidade de cada qual.

Verifica-se, assim, uma ruptura da necessária proporção entre culpabilidade, pena concreta e prescrição real.

Talvez tivesse sido mais prudente o legislador limitar-se a aumentar os prazos prescpcionais...

NOTAS

- (1) Art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.
- (2) Art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição Federal.

Hermann Herschander

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Professor de Direito Processual Penal da FMU.

A APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 249, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS EFEITOS NO CÁLCULO DO LAPSO PRESCRICIONAL

Rodrigo de Oliveira Ribeiro

Não raro os tribunais, em atenção ao princípio da efetividade, têm aplicado ao processo penal, analogicamente, o art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil, conforme a previsão do art. 3º do Código de Processo Penal.

O aludido dispositivo da lei processual civil prevê que o juiz não pronunciará a nulidade, nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta, “quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade”.

O dispositivo da Lei Civil de Ritos vem sendo aplicado analogicamente em sede processual penal pela jurisprudência dos tribunais superiores, em situações nas quais, para absolver o acusado, supera-se a nulida-

de. No entanto, verifica-se em determinadas situações a utilização do instituto também para aplicar pena ou classificação mais favorável ao acusado (*HC 98.664/SP*; *STF*; *HC 5.627/SP*; *STJ*), o que provoca situações jurídicas peculiares.

Uma questão interessante, e de extrema importância prática, nasce com a aplicação desse instituto processual civil em sede processual penal, no que diz respeito a seus efeitos sobre o cálculo da prescrição.

O art. 117 do Código Penal previa, em

seu inciso IV, como causa de interrupção do prazo prescricional, a sentença condenatória recorrível. Doutrina e jurisprudência entendiam que o vocábulo “sentença” deveria ser interpretado como decisão, abrangendo assim acórdãos, da mesma forma que o Código de Processo Civil, em alguns dispositivos (*v.g.*, arts. 301, § 3º e 352) não traz distinção entre sentença e acórdão.

Em que pese tal interpretação ser majoritária, seguindo tendência moderna no sentido do *assouplissement du*

O dispositivo da Lei Civil de Ritos vem sendo aplicado analogicamente em sede processual penal pela jurisprudência dos tribunais superiores, em situações nas quais, para absolver o acusado, supera-se a nulidade.

droit, caracterizada por disposições amplas, elásticas e flexíveis, nos alinhamos aos que entendem que tal interpretação fere o princípio da taxatividade, não podendo o art. 117, IV, do Código Penal, merecer interpretação extensiva ou ampliativa⁽¹⁾ e, portanto, não considerando o acórdão de segundo grau que impõe ou mantém a condenação como causa interruptiva⁽²⁾.

A questão controversa sofreu diversos tratamentos, já havendo o Supremo Tribunal Federal decidido pela interrupção do prazo até mesmo em se tratando de acórdão de apelação que reduzira a pena imposta na sentença condenatória de primeiro grau⁽³⁾. A *contrario sensu*, o Superior Tribunal de Justiça por diversas ocasiões se manifestou pela inadmissibilidade de se interromper o lapso da prescrição por acórdão confirmatório de condenação na instância *a quo*⁽⁴⁾.

Colocando uma pá de cal no debate, em 2007, a Lei 11.596/2007 alterou a redação do inciso IV do art. 117, e passou a definir como causas interruptivas da prescrição a publicação “da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”.

O Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que o acórdão, para caracterizar novo marco interruptivo da prescrição superveniente, deveria alterar substancialmente a decisão monocrática (HC 82.956/SP), caso contrário, o recurso interposto exclusivamente pela defesa, vindo a ser improvido e mantida a sentença, prejudicaria o réu, assim como o mero recurso da acusação que viesse a ser conhecido e improvido, do que se deduzia que não interrompia o prazo o acórdão em que se confirmava a condenação⁽⁵⁾.

A doutrina⁽⁶⁾, no entanto, vem entendendo que mesmo o acórdão meramente confirmatório da sentença condenatória de primeiro grau possui o condão de interromper a prescrição, de modo que acórdãos sucessivos, desde que recorríveis, podem interromper a prescrição. Esse parece ter sido o entendimento da Corte Constitucional, por ocasião do voto do ministro **Marco Aurélio**, no julgamento do HC 92.340/SC, ao manifestar-se no sentido de que a alteração do dispositivo não veio apenas a consagrar a jurisprudência, mas afigura-se como “*mais um fator de interrupção, pouco importando a sentença condenatória anterior*”, bastando que confirme a sentença.

Feita essa digressão, podemos analisar os efeitos da aplicação do art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil em sede recursal, nos casos em que o órgão julgador supera a nulidade não para absolver, mas para aplicar classificação jurídica mais favorável ou para atenuar a pena do acusado.

Quando o magistrado, em sede recursal,

aplica a inteligência do mencionado dispositivo, ele precisa, inerentemente: a) constatar a nulidade da decisão atacada; b) analisar a possibilidade de decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade; c) deixar de declarar a nulidade; d) julgar o mérito recursal favoravelmente.

Não há dúvidas de que há um juízo de verificação e constatação da nulidade. Para transpor a nulidade, e avançar ao mérito, o juízo precisa, antes, submetê-la a seu crivo, e reconhecê-la. Assim, há um reconhecimento tácito, implícito, *impróprio*, mas inequívoco, da nulidade, o qual, no entanto, não possui, a rigor, os efeitos da decisão que declara a nulidade. Caso contrário, não ocorreria a aplicação do art. 249, § 2º, da lei processual civil, mas simplesmente um acórdão que improvisaria o apelo por sua fundamentação atinente a um eventual *error in procedendo* e o proviria pela relativa a um *error in judicando* da sentença.

A aplicação do dispositivo processual civil implica no reconhecimento implícito da nulidade. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Resp. cível 1.076.065/BA, assim o afirma expressamente. Neste julgado, verifica-se a nulidade, mas, pelo princípio da efetividade, da economia processual, e da razoável duração do processo, deixa-se de declará-lo. Inerente, pois, à aplicação do § 2º do art. 249, o reconhecimento da nulidade. O Supremo Tribunal Federal⁽⁷⁾ já reconheceu vícios e a nulidade de feitos em razão da quebra do princípio do contraditório e aplicou a regra da superação da nulidade.

Assim, mesmo diante de uma diagnosticada nulidade, o julgador deixa de declará-la para, em favor de quem a nulidade beneficiaria, julgar o mérito favorável. Ainda que a nulidade da sentença de primeiro grau seja absoluta, derivada da inobservância de regras essenciais relativas à ampla defesa e ao contraditório, será possível, em sede recursal, deixar de se declarar a nulidade, mesmo que absoluta, da sentença.

Quando a aplicação do dispositivo processual civil não ocorrer para absolver o réu, mas para atenuar a sua situação, entendemos que o intérprete e aplicador das normas (processuais e materiais) penais, em consonância com os princípios e garantias constitucionais, não poderá conferir à decisão nula a eficácia plena e similar a de uma decisão escoreta (ainda que não declarada a nulidade, mas havendo seu reconhecimento

tácito, sua *declaração imprópria de nulidade*, pela aplicação analógica do art. 249, § 2º).

Em tais situações, descabe interromper o prazo prescricional pela sentença, o que prejudicaria direito material do acusado.

Como a sua aplicação se dá através da analogia *in bonam partem*, caracterizaria um paradoxo produzir um efeito benévolo (com a atenuação da pena, superando a declaração de nulidade) e outro malévolos (mantendo a sentença nula a produzir efeitos à medida em que se serve como marco interruptivo do prazo prescricional).

De elementar sabença, no direito processual penal, a utilização da analogia, quando ocorre, diz respeito a meras questões procedimentais, nunca atingindo direitos ou criando punições.

Portanto, o aplicador da lei, ao utilizar da analogia em tais situações, não deverá apenas fazê-lo em favor da parte porque o comando da norma processual civil assim o determina expressamente, mas porque, principalmente, a *analogia legis* há de ser realizada *in bonam partem* em sede processual penal, não podendo atingir direitos materiais do réu, tampouco produzir limitações à liberdade individual, ao exercício de direitos, a interesses juridicamente protegidos, ou ao direito de defesa.

As disposições que restringem a liberdade humana devem ser interpretadas de forma restrita, enquanto as disposições que cuidam de causas justificativas dos fatos delituosos, dirimem ou atenuam a criminalidade, estas devem ter aplicação extensiva – sendo invocável, conforme ensina **Carlos Maximiliano**, até mesmo a analogia⁽⁸⁾.

Inspirada pela analogia *in bonam partem*, a aplicação do instituto do art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil não pode servir para a manutenção dos efeitos de decisão eivada de nulidade, a qual, caso fosse declarada, desconstituiria a decisão e, por conseguinte, o marco interruptivo do prazo prescricional que nela se consubstancializava.

Em tais situações, apenas servirá por marco interruptivo a data da publicação do acórdão condenatório, o que se ajusta à previsão do art. 117, IV, que prevê por marco a sentença “ou” (conjunção que exprime ideias alternadas) o acórdão. A jurisprudência é farta e pacífica no sentido de que a sentença anulada, por não produzir efeitos, não interrompe a prescrição⁽⁹⁾. A sentença criminal condenatória cuja nulidade foi reconhecida,

mas não declarada, pela aplicação do art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil, não pode se prestar aos efeitos do art. 117, IV, do Código Penal, por violar os princípios elementares de aplicação analógica das normas (sendo certo dizer que, por extensão, não poderá ser utilizada em sede processual civil). Admitir que a decisão nula produzisse efeitos de molde a restringir a liberdade fere os princípios da razoabilidade, da legalidade e da moralidade.

Tal conclusão não impede o aplicador da lei de aplicar o instituto processual civil em processo penal, mas impõe limites de natureza constitucional para a sua adequa-

ção ao caso concreto. Aqui, deve guiar o hermenêuta o velho axioma — *In dubio pro libertate. Libertas omnibus rebus favorabilior est. “Na dúvida, pela liberdade! Em todos os assuntos e circunstâncias, é a liberdade que merece maior favor”*⁽¹⁰⁾.

NOTAS

- (1) *JTJ* 189/342; *RJDTACRIM* 24/393.
- (2) **REALE JÚNIOR, Miguel.** *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. 2, p. 202.
- (3) *RT* 724/559.
- (4) *RT* 678/380, *RSTJ* 22/281; *RT* 679/414.
- (5) *RT* 544/384, 679/414; *RSTJ* 22/281.

- (6) **GRECO, Rogério.** *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 749.
- (7) STF, SS 1.945/ AL – Agravo Regimental na Suspensão de Segurança. j. 29.04.2002. *DJ* 14.05.2002.
- (8) **MAXIMILIANO, Carlos.** *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 322-323.
- (9) *RTJ* 467/446, 474/305, 479/379, 491/294, 537/364, *RJTS* 42/346, *JTACrSP* 27/398, *RTJ* 61/336, 59/794.
- (10) **MAXIMILIANO, Carlos.** *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.. p. 261.

Rodrigo de Oliveira Ribeiro
Advogado.

ART. 44 DA LEI 11.343/2006 (LEI DE DROGAS): A LIBERDADE PROVISÓRIA EM CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Renato Marcão

Breve retrospecto

A Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), em seu art. 2º, II, passou a considerar insuscetíveis de liberdade provisória os crimes hediondos, a prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, bem como terrorismo.

É do conhecimento geral, e até por isso desnecessário discorrer a respeito, as discussões que desde então se estabeleceram na doutrina e jurisprudência, a respeito da (in) constitucionalidade da referida proibição genérica, *ex lege*.

No Supremo Tribunal Federal prevaleceu por longo período entendimento no sentido da constitucionalidade da vedação.

Com a vigência da Lei 11.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), a discussão adquiriu novo impulso em razão do disposto em seu art. 21, que passou a considerar insuscetíveis de liberdade provisória os crimes previstos nos arts. 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo) daquele Estatuto.

Contra tal vedação expressa, genérica e antecipada, foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade,⁽¹⁾ que resultou procedente, ficando reconhecida afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (CF, art. 5º, LVII e LIV). Na ocasião, destacou-se que “a Constituição não permite a prisão *ex lege*, sem motivação, a qual viola, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV)”⁽²⁾.

Resolvendo a controvérsia, a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, deu nova redação ao art. 2º da Lei 8.072/1990, e retirou a vedação antes expressa no inciso II do art. 2º, que proibia a concessão de liberdade

provisória nos crimes mencionados.

O art. 44 da Lei de Drogas

Dentro do quadro anteriormente apresentado se insere a Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que em seu art. 44 passou a dispor que os crimes previstos em seus arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 são inafiançáveis e insuscetíveis de liberdade provisória, dentre outros benefícios também expressamente vedados.⁽³⁾

Conforme sempre sustentamos,⁽⁴⁾ a Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao disposto no inciso II do art. 2º da Lei 8.072/1990, retirando a proibição genérica, *ex lege*, de liberdade provisória, em se tratando de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, derogou o art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), de maneira que a vedação antecipada e genérica ao benefício da liberdade provisória não subsiste no ordenamento jurídico vigente.

Ainda que assim não fosse, as razões que fundamentaram o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 21 da Lei 10.823/2003 (Estatuto do Desarmamento), servem na mesma medida para fundamentar a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória contida no art. 44 da Lei de Drogas.

Se as situações são idênticas, como realmente são e isso não se pode negar, não há razão lógica ou jurídica para interpretações distintas e conclusões díspares, geradoras de

condenável tratamento desigual.

Mesmo assim, parte considerável da jurisprudência continua inclinada a admitir a vigência e constitucionalidade da vedação

à liberdade provisória contida no art. 44 da Lei de Drogas.⁽⁵⁾

Nestes termos, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “a vedação expressa do benefício de liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n. 11.343/06, é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º, inciso LXVI, da

Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais” (STJ, RHC 23.083/SP, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, *DJU* 22.4.2008, *Revista Jurídica*, n. 366, p. 192).

O enfrentamento da questão no Supremo Tribunal Federal

Em novembro de 2008, ao denegar a ordem no julgamento do HC 95.539/CE (STF, 2ª T.), o Ministro Eros Grau destacou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estava alinhada no sentido do não cabimento da liberdade provisória no caso de prisão em flagrante por tráfico de entorpecentes.

Seguindo a mesma linha de argumentação, o Ministro Ricardo Lewandowski indeferiu liminar no HC 100.831/MG, nos seguintes termos: “Em que pese o tráfico

É do conhecimento geral, e até por isso desnecessário discorrer a respeito, as discussões que desde então se estabeleceram na doutrina e jurisprudência, a respeito da (in) constitucionalidade da referida proibição genérica, *ex lege*.

ilícito de drogas ser tratado como equiparado a hediondo, a Lei 11.343/2006 é especial e posterior àquela – Lei 8.072/90. Por essa razão, a liberdade provisória viabilizada aos crimes hediondos e equiparados pela Lei 11.464/2007 não abarca, em princípio, a hipótese de tráfico ilícito de drogas” (STF, HC 100.831/MG, rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, j. 30.9.2009).

Contudo, ainda que tardiamente, o Supremo Tribunal Federal vem revendo seu posicionamento, de maneira a reconhecer a inconstitucionalidade da vedação *a priori* à liberdade provisória, e, de consequência, a insubsistência da negativa ao benefício com fundamento exclusivo na literalidade do art. 44 da Lei de Drogas.

Nessa linha argumentativa, em dezembro de 2008 decidiu o Ministro **Celso de Mello** que a “vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), tem sido repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do due process, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República” (STF, Med. Cautelar em HC n. 96.715-9/SP, 2ª T., rel. Min. **Celso de Mello**, j. 19.12.2008, *Informativo STF* n. 533).⁽⁶⁾

Tal forma de pensar foi novamente adotada pelo Min. **Celso de Mello** ao deferir liminar no HC 97.976/MG (DJ 11.3.2009).⁽⁷⁾

Mais recentemente, em 17 de setembro de 2009, embora tenha novamente destacado que o Supremo Tribunal Federal vem adotando o entendimento de que o preso em flagrante por tráfico de entorpecentes não tem direito à liberdade provisória, por expressa vedação do art. 44 da Lei 11.343/2006, o Min. **Eros Grau** reformulou seu posicionamento e concedeu liminar em *habeas corpus*, consignando que o Min. **Celso de Mello**, ao deferir a liminar requerida no HC 97.976/MG, já havia destacado que o tema está a merecer reflexão pelo Supremo Tribunal Federal, e terminou por decidir que “a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da Lei n. 11.343/06, é expressiva de afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII da Constituição do Brasil). Daí resultar inadmissível, em face dessas garantias constitucionais, possa alguém ser compelido a cumprir pena sem decisão transitada em julgado, além do mais impossibilitado de usufruir benefícios da execução penal”. E arrematou: “A inconstitucionalidade do preceito legal me parece

inquestionável” (STF, HC 100.745/SC, rel. Min. **Eros Grau**, j. 17.9.2009).

Conclusão

Ao se permitir a liberdade provisória e condenar pela inconstitucionalidade toda e qualquer vedação *ex lege* ao benefício, não se está a homenagear a criminalidade, tampouco aqueles que a patrocinam. É preciso admitir que “há traficantes e traficantes”.

O que se busca, em verdade, é a plenitude do irrenunciável Estado Democrático de Direito e a efetividade das garantias constitucionais alcançadas ao longo dos tempos não sem muitos esforços.

Busca-se restaurar a presunção de inocência, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório violados.

Com tal proceder, renovam-se os votos de confiança na Magistratura brasileira, acreditando na capacidade de discernimento na avaliação que deve ser feita por seus ilustres integrantes, caso a caso, na análise da possibilidade, ou não, de se conceder a liberdade provisória.

Em última análise, busca-se a tratativa do humano pelo humano no enfrentamento de questões individuais que cada caso traz, sem olvidar do valor Liberdade. Não se olvidando, ainda, que “não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa”.⁽⁸⁾

No campo em que gravitam reflexões que conduzem às discussões mais elevadas não há espaço para discursos rasteiros e mofados, calcados em doutrina penal baseada no felizmente superado Ato Institucional n. 5.

Aos leitores, uma reflexão de **Aristóteles** como fecho deste pequeno trabalho: “O ignorante afirma, o sábio dúvida, o sensato reflete”.

NOTAS

- (1) **MARCÃO, Renato**. *Estatuto do Desarmamento*. 2ª ed. São Paulo. 2009. Saraiva, p. 209-210.
- (2) *Idem*, p. 209.
- (3) **MARCÃO, Renato**. *Tóxicos*. 6ª ed. São Paulo. 2009. Saraiva, p. 328.
- (4) *Idem*, p. 331.
- (5) Neste sentido: STF, HC 92.747-5/SP, 1ª T., rel. Min. **Menezes Direito**, DJ 25.4.2008, *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, n. 50, p. 146; STJ, RHC 22.379/SP, 5ª T., rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJU 22.4.2008, *Revista Jurídica*, n. 366, p. 197; STJ, RHC 22.623/MT, 5ª T., rel. Min. **Felix Fischer**, DJU 22.4.2008, *Revista Jurídica*, n. 366, p. 192.

- (6) Na mesma linha de pensamento já havia se posicionado a Desembargadora do TJMG **Jane Silva**, enquanto convocada para o Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa que segue transcrita: “A gravidade abstrata do delito atribuído ao agente é insuficiente para a manutenção de sua prisão provisória, sob pena de afronta à garantia constitucional de presunção de não culpabilidade. Precedentes. Da mesma forma, a invocação da repercussão social do delito não se presta para a justificação da constrição cautelar, sob pena de antecipação do cumprimento da reprimenda, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, notadamente quando a quantidade de drogas encontrada em poder dos agentes não se mostra expressiva. Precedentes. Unicamente a vedação legal contida no artigo 44 da Lei 11.343/2006 é insuficiente para o indeferimento da liberdade provisória, notadamente em face da edição da Lei 11.464/2007, posterior e geral em relação a todo e qualquer crime hediondo e/ou assemelhado. Precedentes. Dado provimento ao recurso para deferir ao recorrente os benefícios da liberdade provisória” (STJ, RHC 24.349, 6ª T., rel. Min. **Jane Silva**, j. 11.11.2008, DJU 1º.12.2008, *Boletim IBCCrim*. 194, *Jurisprudência*, p. 1228).

- (7) No v. Acórdão ficou consignado: “(...) o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, rel. Min. **Celso de Mello**; RTJ 176/578-579, rel. Min. **Celso de Mello**; ADIn 1.063/DF, rel. Min. **Celso de Mello v.g.**)”.
- (8) **BECARIA, Cesare**. *Dos Delitos e das Penas*. 3ª ed. São Paulo. 2006. Revista dos Tribunais.

Renato Marcão

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito. Professor convidado no curso de Pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes. Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP). Membro Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP).

JUSTIÇA (AINDA QUE DEPOIS): STF, POR FIM, DESVINCULA MEDIDA DE SEGURANÇA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

José Francisco de Fyschinger e Thiele Zinn Panta

JUSTIÇA (AINDA QUE DEPOIS): STF, POR FIM, DESVINCULA MEDIDA DE SEGURANÇA DE PENA PRIVATIVA...

Com a reforma de 1984 e a eliminação do sistema *duplo binário*, o inimputável passou a sujeitar-se exclusivamente à medida de segurança, e o semi-imputável à pena ou à medida de segurança⁽¹⁾. De modo geral, o que determina a escolha do juiz, nesse segundo caso, são as circunstâncias pessoais, sobremaneira os aspectos da periculosidade⁽²⁾. Assim, uma vez constatada a periculosidade, submete-se o semi-imputável à medida de segurança, e não à pena (que tem como fundamento de aplicação a culpabilidade), enquanto ao inimputável é reservada invariavelmente a medida de segurança.

Superada a fase de eleição da medida de segurança, o modelo brasileiro impõe a superação de um problema criado pelo próprio mecanismo legal: firmar qual medida de segurança será aplicada, isto é, se *detentiva* (internação) ou *restritiva* (tratamento ambulatorial).

Os artigos 96, 97 e 98 do CP preveem, resumidamente, que: a) as medidas de segurança podem ser impostas mediante internação (em “*hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado*”), ou, ainda, sujeição a tratamento ambulatorial; b) se o fato previsto como crime for punido com reclusão, a internação é a única modalidade admitida; c) a medida de segurança pode consistir em tratamento ambulatorial, desde que o fato previsto como crime seja punido com detenção.

Conclui-se, dessa sistemática, que, aos olhos da lei, o primeiro fator determinante da escolha da medida de segurança (se *detentiva* ou *restritiva*) vem a ser a espécie de pena privativa de liberdade prevista para o crime (*reclusão* ou *detenção*). É esse absurdo que merece especial atenção, pois a previsão trai uma inexplicável confusão entre tipos de sanção completamente antitéticos: a *pena*, baseada na culpabilidade do homem que compreende por inteiro a ilicitude de suas ações, e a *medida de segurança*, a qual, por contemplar a inconsciência da ilicitude, é a própria negação da pena, pois enfocada no fenômeno da periculosidade.

Não há o menor sentido na vinculação proposta pelo legislador (medida de segurança *detentiva* com *reclusão*, medida de segurança *restritiva* com *reclusão* ou *detenção*). Se a medida de segurança não se relaciona à pena, qual é a importância de haver o agente cometido crime apenado com reclusão ou detenção?

O que fez a lei, illogicamente, foi presumir periculosidade mais intensa quando é praticada conduta apenada (se crime) com reclusão, impondo automaticamente a modalidade *detentiva*. Admite a espécie *restritiva*, de tratamento ambulatorial, só quando está prevista a detenção. Essa horrorosa miopia legislativa

não observa que, sendo o critério de eleição da medida de segurança a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade, o foco reside na periculosidade, e é sobre ela que recai a sanção. Um perigoso psicopata pode praticar um delito apenado com detenção, sendo provável que a ele não se indique o tratamento ambulatorial; por outro lado, a um sujeito acometido eventualmente de inconsciência, envolvido em crime apenado com reclusão, pode ser muito mais indicado o tratamento ambulatorial.

A discussão toma corpo exatamente nesses casos dramáticos: por indicação de laudo, o juiz constata que o réu é inimputável ou semi-imputável; obrigatoriamente (no primeiro caso) ou facultativamente (no segundo caso), aplica a medida de segurança; observa, então, qual a espécie de pena privativa de liberdade prevista para o delito imputado. Se for de *reclusão*, impõe a medida de segurança *detentiva*, não raro em contradição com o teor de laudos que não recomendam a internação. Se for de *detenção* (e somente nesses casos), pode optar pelo tratamento ambulatorial, embora a internação seja a regra. E o juiz assim procede, infelizmente, baseado na lei em vigor. É nesses momentos que o indivíduo de alta periculosidade pode ser submetido a um tratamento inócuo, e o sancionado com grandes chances de recuperação pode ser internado inutilmente, sujeitando-se ao agravamento de sua condição.

O Supremo, finalmente, está revendo o descuro do Juiz com a opinião médica e abandonando a interpretação desfavorável, desprovida de lógica, sugerida pelos artigos 97 e 98 do Código Penal.

Exemplo disso (e também de como o caminho da Justiça pode ser excruciante) é o recente *Habeas Corpus* 85.401, do STF, concedido a um paciente semi-imputável, condenado, em maio de 2002, por roubo tentado, à pena de 3 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, depois substituída por medida de segurança *detentiva* (internação) pelo mínimo de 2 anos.

A espécie *detentiva* foi eleita porque o roubo é apenado com reclusão. Apenas por isso. Um laudo, todavia, indicava veementemente o tratamento ambulatorial, ao qual o acusado, aliás, já se vinha submetendo antes da sentença. A defesa apelou.

Até a decisão do STF, longos (e irrepetíveis) anos foram consumidos. No recurso contra a decisão condenatória, sustentou-se que o

critério de escolha da espécie de medida de segurança não podia ser o puramente legal. Era necessário que os operadores do Direito ouvissem outros estudiosos – tarefa vista com desprezo em nosso meio. O TJRS entendeu a questão e, em janeiro de 2003, proveu o apelo, determinando a adequação da medida àquela recomendada pelos expertos (ACr 70004805263, 8.ª Câmara Criminal).

Mas o MP ofereceu Recurso Especial e, em agosto de 2004, teve-o provido no STJ (REsp 567.352, 5.ª Turma), ordenando-se a internação do réu. A partir daí, o condenado virou fo-

ragido, pois contra ele expediu-se mandado de internação.

Foi essa a decisão que motivou a impetração do *Habeas Corpus* perante o STF. Negada a liminar pela Presidência, em época de férias forenses (fevereiro de 2005), a 2.ª Turma da Corte Suprema, relator o ministro **Cezar Peluso**, demorou quase cinco anos para julgar o mérito (em dezembro de 2009), mas, finalmente, concedeu a ordem.

Com essa decisão, muda, finalmente, o panorama da execução das medidas de segurança no país: se os profissionais da área médica, com saber científico específico mais acurado que a autoridade judiciária, repelem a medida de internação, por reputá-la prejudicial, não há razão em lançar o condenado em um sistema de tratamento que pode comprometer sua saúde (ao invés de auxiliá-lo em sua recuperação) com base na previsão abstrata (e estúpida) de reclusão para o delito praticado.

É pena que o beneficiado, o semi-imputável referido acima, foragido desde 2004, não tenha podido usufruir da nova orientação da Corte Suprema, pois morreu antes da Justiça, esta que veio, ainda que tardia, mas que, por isso mesmo, ainda não morreu.

NOTAS

- (1) **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Manual de Direito Penal – Parte geral e especial.* São Paulo: RT, 2008. p. 541-542.
- (2) **BITENCOURT, Cezar Roberto.** *Tratado de Direito Penal. v.1º.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 738.

José Francisco de Fyschinger

Advogado criminalista. Professor de Direito Processual Penal do Centro Universitário Ritter dos Reis/RS. Mestre em Ciências Criminais.

Thiele Zinn Panta
Advogada criminalista

CONTRIBUIÇÕES DO LABELLING APPROACH À DISCUSSÃO SOBRE A DEFINIÇÃO DE CRIME ORGANIZADO

Bruno Shimizu

O *labelling approach* – também denominado enfoque do etiquetamento ou teoria da rotulação social – consiste em uma corrente sociológica surgida nos Estados Unidos, no final da década de 1950, cuja tese principal é a de que o desvio é criado pela sociedade, não sendo um ato desviante por suas características intrínsecas, mas pela atribuição dessa qualidade que lhe é conferida pelo entorno social. Esse enfoque, aplicado à criminologia, abandona a ideia de que o crime guarda em si uma realidade sociológica ou ontológica, sendo imbuído tão somente de uma realidade definitorial. O ato desviante, nessa esteira, nada mais é que o ato que foi definido como tal por uma norma social.

A percepção de que o crime é um constructo jurídico e de que a condição de criminoso não é um dado natural, mas um produto da ação dos mecanismos sociais de controle, levou a uma mudança radical de abordagem no que respeita ao objeto de estudo da criminologia. A teoria da rotulação social impôs que a criminologia removesse seu foco das causas da conduta criminosa, passando a estudar as consequências da ação do sistema penal sobre o indivíduo selecionado. Em suma, a teoria do *labelling* traz ao pensamento criminológico uma inversão no que tange às suas perguntas fundamentais. Não se pretende descobrir por que as pessoas cometem crimes, mas sim por que algumas condutas são criminalizadas, enquanto outras, ainda que socialmente lesivas, não o são. Mais além, tal enfoque pretende responder por que algumas pessoas são mais criminalizáveis (vulneráveis perante o sistema repressor) que outras, mesmo mediante a prática de condutas idênticas.

Essa alteração de enfoque, por certo, levanta uma questão metodológica relevante em relação à viabilidade de definição do que seja “organização criminosa”, tarefa imposta pela dogmática penal à criminologia, especialmente a partir da edição da Lei 10.217/2001, que modificou os arts. 1º e 2º da Lei 9.034/1995. (1) Uma vez que o crime não possui uma realidade ontológica, mas tão somente normativa, não seria possível, a princípio, a investigação de características tangíveis comuns a grupos de criminosos. Seria um contrassenso imaginar que um grupo de pessoas seria dotado de características psíquicas peculiares apenas porque a lei define como delito as condutas que pratica. Afirmá-lo seria retornar ao equívoco metodológico do paradigma etiológico da criminologia tradicional.

A própria tentativa de definição do que seja uma organização criminosa – contrapondo tal ideia à de agrupamento lícito – é imbuída de forte carga ideológica. Por certo, um agrupa-

mento considerável e duradouro de pessoas não praticará apenas atos ilícitos ou lícitos. Mesmo entre as organizações tidas como lícitas, como uma empresa, não é raro que se averigüe a prática de certos atos ilícitos, como fraudes ou sonegações fiscais, sem que, por isso, seja possível atribuir-lhes o rótulo de “organização criminosa”. Desse modo, por certo, de acordo com os postulados do *labelling approach*, a adoção do termo “crime organizado” consiste em um etiquetamento criador de desviação em determinados grupos.

Por esse motivo, Zaffaroni considera desprovida de identificação a utilização do conceito de organização criminosa no discurso jurídico, afirmando tratar-se de uma “categorização frustrada”. Nesse sentido: “*Não há um limite claro e nem sequer aproximado que permita distinguir, entre uma empresa ‘legal’ e outra ‘ilegal’, porque sempre combinam atividades, sendo inclusive muito raro que uma empresa ‘lícita’ não incorra em alguma atividade ilegal. A tentativa de categorizar a atividade como ‘crime organizado’ fracassou no plano científico, pois tudo o que se pode provar é a existência de um fenômeno de mercado.*” (2)

No que diz respeito aos agrupamentos surgidos nos presídios brasileiros – as ditas facções criminosas, comumente apontadas pelo discurso midiático como principal exemplo de “crime organizado” no Brasil – nem se pode afirmar, em defesa da legitimidade de uma definição essencial científica, que tais grupos teriam surgido finalisticamente orientados à prática de delitos, o que os diferenciaria de uma agremiação legal. O surgimento desses grupos é apontado como reação às violações de direitos de que são vítimas os internos do sistema penitenciário. Nesse sentido, por exemplo, a facção conhecida como Primeiro Comando da Capital teve como primeiro alvo de enfrentamento o estabelecimento penal anexo à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté – o “Piranhão” –, apontado pelos presos como local de prática rotineira de atos de tortura e classificado como “campo de concentração” pelo estatuto da facção. O estatuto também menciona o “massacre do Carandiru”, um dos mais graves episódios de violação a direitos humanos de que se tem notícia no Brasil. Nesse sentido, no limite, tais grupos não surgiram visando diretamente à prática de delitos, mas à defesa de direitos.

Partindo do paradigma da rotulação social, autores afinados com o pensamento criminológico crítico vão além da mera enunciação

da impossibilidade de definição científica de organização criminosa, apontando a existência de uma funcionalidade política obscura na atribuição do *status* de criminosos a determinados agrupamentos. A criação, no imaginário social, da figura do criminoso como um personagem poderoso, inserido em uma estrutura organizacional sólida, tem o condão de induzir a sociedade a conferir legitimidade, pela disseminação do medo, a investidas autoritárias por parte das instâncias de controle formal sobre as liberdades individuais.

A definição de organização criminosa, portanto, constitui tarefa inexecutável imposta ao criminólogo por uma política criminal orientada pelo discurso da lei e da ordem, tendo como escopo garantir a plena aplicabilidade dos institutos penais e processuais constritores de direitos e liberdades. Não gozando o conceito de organização criminosa de cientificidade, assim, o especialista que aceita a tarefa de defini-lo normalmente acaba fazendo-o por meio da reprodução de concepções policiais inconsistentes, aderindo à ideologia autoritária que se vale da disseminação do medo para autorizar a hipertrofia das instâncias de controle. (3)

NOTAS

- (1) O art. 1º da Lei 9.034/1995, que antes mencionava os meios de prova e procedimentos investigatórios que versassem sobre crimes resultantes de ações de quadrilha ou bando, com a nova redação, passou a fazer menção a “ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”. A lei não se ocupou em definir o que seria organização ou associação criminosa, contudo.
- (2) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime organizado: uma categorização frustrada*. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1, n. 1, 1996, p. 62-63.
- (3) Nesse sentido, vale mencionar o posicionamento de Vera Malaguti Batista: “Os especialistas reproduzem os conceitos da crônica policial. Fala-se de Estado paralelo, tudo é crime organizado, e o traficante converte-se numa categoria fantasmática, totalizante, meio homem, meio demônio, a encarnação do mal. Esta produção acadêmica policial não é ingênua, produz efeitos concretos, são discursos que matam” (BATISTA, Vera Malaguti. *História sem Fim*. In: PASSETTI, Edson (coord.). *Curso Livre de Abolicionismo Penal*. Rio de Janeiro. 2004. Revan, p. 159).

Bruno Shimizu

Defensor Público do Estado de São Paulo.
Mestrando em Criminologia pela USP.

CRIMINOLOGIA E MÍDIA: SISTEMA PENAL EM LUTA POR PODER SIMBÓLICO

Álvaro Filipe Oxley da Rocha

O presente trabalho⁽¹⁾ se constitui em uma apresentação da pesquisa realizada por seu autor, a partir de uma abordagem em Teoria Social⁽²⁾, com o fim de instrumentalizar uma compreensão preliminar das principais características dos campos sociais em análise, o campo jurídico, ou do sistema penal, e o campo da mídia, para em seguida estabelecer uma abordagem das concepções criminológicas relacionadas ao tema, de modo a esclarecer a relação de concorrência por legitimação entre o jornalismo e o sistema penal, para finalmente apontar as divergências na disputa entre os agentes desses mesmos campos pelo controle do discurso de poder simbólico – tradicionalmente monopólio do campo jurídico – que cria enquanto descreve a realidade social. O campo jurídico, e, portanto, o sistema penal, estabelece sua estratégia de manutenção do monopólio discursivo sobre a “verdade”⁽³⁾, apoiado na tradição de uma legitimidade herdada ao longo da história da formação da instituição estatal, que estabelece o monopólio sobre esse discurso pelo campo político, especialmente a partir da massiva difusão da lógica administrativa jurídico-econômica pela burguesia dominante a partir da Revolução Industrial. Observe-se, entretanto, que, no caso brasileiro, essa legitimidade baseada na história não existe, originando-se aí a fraqueza de nossas instituições políticas e econômicas e, portanto, o fraco efeito civilizatório que resulta no descontrole social e na criminalidade.

O campo jornalístico luta pelo monopólio discursivo sobre a mesma “verdade” sustentada pelo sistema penal, mas apenas como forma de legitimação sobre a audiência e, portanto, para a consolidação de seu poder simbólico. Entretanto, o fato de orientar suas ações pela busca de lucro financeiro e/ou simbólico, sem preocupar-se com o bem comum, faz com que a mídia perca a legitimidade para a obtenção de efeitos sociais reais e duradouros. Arrisque-se, portanto, nesse processo, a deslegitimar ou a enfraquecer o poder simbólico estatal ou público, criando as condições para a instabilidade institucional e para o agravamento da instabilidade social. Entretanto, é preciso observar que a luta da mídia por poder simbólico, se justifica apenas pelos lucros que ocorrem durante a dinâmica da luta. Isso implica dizer que a mídia não pode levar sua luta às últimas consequências, pois isso implicaria no disparate de

vir a mídia a tomar o lugar do Estado, assumindo o poder político originado da posse reconhecida do poder simbólico, devendo, a partir disso, assumir as funções do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, e especialmente as funções do sistema penal, algo a que as empresas de comunicação não se propõem, limitando-se à busca de legitimação como ator político em posição privilegiada, já que dotado de supremacia sobre os atores tradicionais, efeito, contudo, ilegítimo, pois decorre da crença geral em um “poder” simbólico, criado e difundido pela mesma mídia, e também porque as empresas de comunicação estão abertamente orientadas para o lucro financeiro, e não para o bem de todos, como o é o Estado, conforme a Constituição Federal Brasileira. Entretanto, é por essa razão que não é estranha a frequente entrada de jornalistas no campo político e as posições no campo jornalístico serem vistas muitas vezes como um dos meios mais eficientes para o ingresso no campo político.

No que se refere ao sistema penal, destacado aqui como parte do campo jurídico, este último inserido no grande campo do Estado, é preciso ter presente que a interação com a mídia pode produzir o resultado positivo de conscientizar os cidadãos sobre os problemas que aquele apresenta no que se refere, por exemplo, às falhas na legislação e na execução penal, à violência urbana descontrolada, aos problemas objetivos e éticos dos organismos de controle social (Judiciário, Ministério Público, Polícias etc.). Entretanto, dessa interação também surgem, por exemplo, os aspectos negativos da banalização, pela mídia, de temas penais de extremo relevo, a difusão do medo social, a omissão da maioria dos graves problemas que estão na origem da criminalidade, como a miséria, o analfabetismo, o desemprego, a injustiça social etc., por estes demandarem profundas análises científicas interdisciplinares, e sua solução, ou condução a níveis toleráveis, necessitar da implementação de políticas públicas adequadas, de médio e longo prazo, as quais, entretanto, não produzem os frequentes escândalos de que necessita a mídia, em sua ansiosa busca por

“novidades” atrativas ao público, que permitam valorizar financeiramente os espaços comerciais de seus canais de comunicação, junto aos seus anunciantes/patrocinadores,

e disputar o poder simbólico com o Estado, especificamente com o sistema penal. Mídia e sistema penal têm, portanto, objetivos muito diferentes, os quais se aproximam apenas no que se refere à disputa pelo poder resultante da afirmação da “verdade”. Os problemas que surgem dos atritos entre esses campos sociais são

muitos e decorrem principalmente das características internas de cada campo, como linguagens ou códigos internos muito diferentes, estratégias diversas de legitimação utilizadas por seus respectivos agentes, e das inúteis tentativas de redução das referências linguísticas e taxionômicas concorrentes às categorias de pensamento do campo socialoposto⁽⁴⁾.

Mídia e sistema penal têm, portanto, objetivos muito diferentes, os quais se aproximam apenas no que se refere à disputa pelo poder resultante da afirmação da “verdade”.

NOTAS

- (1) Uma versão mais completa deste trabalho (com notas de rodapé e referências) pode ser enviada aos interessados, por solicitação direta ao autor (alvaro.rocha@puccs.br).
- (2) Por se tratar de tema de grande complexidade, exigindo muitas notas explicativas e referências das obras utilizadas, optamos por disponibilizar esses dados aos interessados no trabalho completo eventualmente solicitado, conforme nota 1.
- (3) Não cabe nesse trabalho, nem é sua proposta, uma discussão sobre “verdade”, conceito discutido há séculos, com muita propriedade, pela Filosofia. Para os fins desse trabalho, utilizamos a definição da Sociologia Política, pela qual, para o Estado e para o Direito, verdade é o que se impõe e se toma por verdadeiro, dentro da ideia de um “arbitrário cultural”, quer dizer, a “naturalização” de uma escolha arbitrária, feita pelo grupo social dominante, em determinado momento histórico e social, objetivada no texto legal vigente em cada época (normalização = normatização), o que torna a lei escrita, por essa mesma razão, passível de “envelhecer”, ou seja, deixar de refletir a dinâmica social, devendo, assim, ser alterada, no intuito de preservar a “ordem” vigente.
- (4) O desenvolvimento completo dessa análise está disponível, como referido na nota 1 da primeira parte desse trabalho.

Álvaro Filipe Oxley da Rocha

Doutor em Direito do Estado. Mestre em Ciência Política. Professor e pesquisador no Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUC-RS.

O NOVO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA E O CRIME DE OMISSÃO PERANTE A TORTURA

Eduardo Luiz Santos Cabette

A Constituição Federal (artigo 5.º, XLIII) condena a prática da tortura e a legislação ordinária a criminaliza de forma rigorosa (Lei 9.455/97). Não será incomum que o médico se encontre diante de situações de tortura perpetrada por órgãos públicos através de seus agentes, seja como atendente em hospitais, consultórios, clínicas e prontos-socorros, seja na qualidade de perito médico legista. Em qualquer circunstância, caber-lhe-á denunciar o caso às autoridades competentes para apuração e repressão. Também, obviamente, é vedado ao médico, como a qualquer pessoa, participar ou ser conivente com esse tipo de prática degradante do ser humano (vide Resolução CFM n. 1931/09 – Código de Ética Médica, Capítulo IV, artigo 25). O médico também estará, como todos os demais, sujeito a penas da Lei 9.455/97, caso pratique diretamente ou colabore de qualquer forma para a prática da tortura.

No entanto, há um dispositivo da Lei de Tortura que pode ocasionar certas dúvidas quanto a sua aplicabilidade aos médicos no exercício da profissão. A Lei 9.455/97 prevê cinco modalidades criminais de tortura em seu artigo 1.º, I, “a”, “b” e “c”, II e § 1.º, inclusive com formas qualificadas (§ 3.º) e causas de aumento de pena (§ 4.º). O médico poderá incidir normalmente como autor ou partícipe desses crimes de tortura quando perpetrá-los diretamente ou prestar colaboração a outrem em caso de concurso

de agentes. Malgrado isso, a Lei de Tortura prevê em seu artigo 1.º, § 2.º, um crime que se convencionou chamar de “Omissão perante a tortura”, o qual não constitui propriamente uma espécie de crime de tortura, mas somente uma figura criminal prevista na Lei 9.455/97 por questão de conveniência. Na realidade, o crime previsto no artigo 1.º, § 2.º, da Lei 9.455/97 constitui uma espécie de “Prevaricação” que excetuará o artigo 319 do CP por força do Princípio da Especialidade. A conduta ali descrita consiste em se omitir em face da prática de tortura todo aquele que tenha “o dever de evitá-la ou apurá-la”. Assim

sendo, trata-se de um crime próprio, somente podendo cometê-lo pessoas que detenham especiais qualidades exigidas pelo tipo penal, quais sejam, aquelas que ostentam o dever de apurar ou evitar a tortura. Seriam então sujeitos ativos dessa conduta somente policiais civis e militares, delegados de polícia, juízes de direito, promotores de justiça, diretores de presídios, agentes penitenciários. O médico normalmente não poderia incidir nessa prática diretamente, pois que não seria pessoa incumbida da prevenção e muito menos da repressão à tortura. A questão que se põe com o advento do dispositivo do Código de Ética

ora em estudo é que agora se erige em obrigação deontológica dos médicos a “denúncia” da tortura. O advento desse dispositivo pode levar a crer que os médicos passam a integrar

o rol de sujeitos ativos do crime próprio de “Omissão perante a Tortura” previsto na legislação respectiva. No entanto, tal conclusão não parece ser a mais correta. É necessário considerar que o tipo penal obriga aqueles que têm o dever jurídico de “evitar e apurar” a tortura, nada mencionando acerca dos que ostentem o dever de “denunciar”, que é o verbo reitor do artigo 25 do Código Deontológico.

O advento desse dispositivo pode levar a crer que os médicos passam a integrar o rol de sujeitos ativos do crime próprio de “Omissão perante a Tortura” previsto na legislação respectiva.

Assim sendo, o advento do Código de Ética Médica não altera a responsabilização criminal do médico por infração à Lei de Tortura, como poderia parecer numa análise açodada da matéria.

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia; Mestre em Direito Social; Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia; Professor de Direito Penal, Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal e Criminologia na graduação e na pós-graduação da Unisal e membro do Grupo de pesquisa de bioética e biodireito do programa de mestrado da Unisal.

O MAL USO DA INTERNAÇÃO INVOLUNTÁRIA PARA DEPENDENTES QUÍMICOS

Valéria Lacks

De acordo com a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, existem 3 tipos de internação: – voluntária: com o consentimento do usuário; – involuntária: sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; – compulsória: determinada pela Justiça.

Tanto a internação voluntária como a involuntária devem ser autorizadas por médico com competência para avaliar a real necessidade de tal intervenção em cada caso. Já a internação compulsória é determinada pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e dos funcionários.

Do ponto de vista médico, psicológico e sociológico, a opção pela internação volun-

tária nas dependências químicas é sempre preferível à involuntária, pois conta com a colaboração do paciente para o tratamento, respeita suas opções e o coloca como protagonista ativo de um processo que usualmente requer várias etapas para sua efetivação, sendo que a internação é apenas uma pequena parte dele. Este protagonismo é fundamental em todo tratamento das dependências, pois inverte a ideia de que o usuário passivamente se deixa levar até uma inexorável escravidão provocada unicamente pelos efeitos deletérios de uma substância química qualquer. Não devemos esquecer que o uso da droga em si é mais um fator no intrincado quebra-cabeças dos elementos que culminam na dependência química: a personalidade, os efeitos biológi-

cos das drogas e o contexto sociocultural no qual está inserido o indivíduo dependente. A internação involuntária ou a compulsória marginaliza o indivíduo, que se vê privado de seu direito básico de escolha sobre o tratamento a que deseja ser submetido.

A questão do crack, que invade nossas ruas, chegando a atingir esferas sociais antes pretensamente protegidas, em nenhum momento deve ser subestimada em relação à gravidade de sua disseminação pela nossa sociedade. O que se passa é que, no desespero ao se buscar alternativas para uma questão complexa, a internação acena como uma possibilidade que conforta momentaneamente, produzindo uma falsa sensação de que nossos pacientes estão seguros atrás dos

muros de uma instituição de tratamento, longe dos riscos que nossas ruas oferecem. O tratamento não acaba na internação (e também raramente deve começar por ela, já que pode produzir a falsa sensação de que o tratamento se reduz a esta intervenção). Ele é um processo que necessita que o indivíduo esteja na vida para poder tomar decisões, fazer escolhas que transcendam o consumo de substâncias. A internação compulsória produz ainda um viés bastante complicado na atualidade. Segundo **Haroldo Caetano da Silva**, promotor de justiça de Goiás, a legislação atual provoca algumas distorções, como, por exemplo, famílias que, ao não conseguir internação pelo sistema de saúde, recorrem ao Ministério Público, o qual, por sua vez, provoca o juiz e este determina a internação. Esta maneira de forçar a internação gera todo

um processo ilegal que mantém pessoas em locais onde não deveriam estar. Neste sentido, as famílias, sem seguir orientações quanto às alternativas dadas para o tratamento, recorrem ao judiciário para fazer valer uma alternativa contrária às orientações médicas.

O conceito de *cuidado* utilizado pelo Ministério da Saúde (MS) relaciona-se ao de rede pública ampliada, com intervenção simultânea nos fatores clínicos – dependência e condições psíquicas dos usuários – e sociais, como vulnerabilidade e fragilidade dos laços de pertencimento à família, à escola, ao trabalho, ao lazer e à comunidade. O MS tem estimulado a criação, segundo as diversidades locais, de redes que incluam o Caps-AD, pequena unidade de internação curta em ambiente de hospital geral, hospedaria ou casa de passagem e centro de convivência. Além

disso, tem estimulado a intensa articulação com a atenção básica e com as redes de proteção social e de cidadania (assistência social, juizado de infância e juventude, defensoria pública, serviços culturais, rede escolar etc.).

A diversificação do cuidado não se trata apenas de separar o usuário do consumo ou tratar a intoxicação pela droga, mas protegê-lo da situação de vulnerabilidade e ajudá-lo a reconstruir alternativas que possam assegurar experiência de dignidade, promover um processo paulatino de reinserção em sua comunidade de origem e oferecer melhores perspectivas diante da vida.

Valéria Lacks

Médica psiquiatra.

Coordenadora da Unidade de Psiquiatria do Hospital Estadual de Diadema.

PEDRO YAMAGUCHI FERREIRA, FOI UMA HONRA TER CONHECIDO E CONVIVIDO COM VOCÊ!

Homenagem da Pastoral Carcerária

Pedro Fukuyei Yamaguchi Ferreira, 27 anos, filho de Paulo Teixeira Ferreira, e de Alice Yamaguchi Ferreira, formou-se como advogado na PUC-SP. Estagiou e trabalhou na Pastoral Carcerária e, nos últimos três meses, trabalhava como assessor jurídico da Diocese de São Gabriel da Cachoeira, a serviço dos Povos Indígenas. No dia 1º de junho, perto do meio dia, Pedro foi banhar-se no Rio Negro e foi arrastado pela correnteza. Seu corpo foi encontrado 48 horas depois, em Tapereira, a mais de 40 quilômetros de São Gabriel.

Pedrão, você já faz falta em nosso trabalho, em nosso Brasil e, especialmente, em nossos corações!

Nestes 27 anos de vida, Pedro muito honrou a profissão de advogado, honrou seu nome, honrou a vida missionária e o compromisso cristão, e muito honrou o seu País.

Esta homenagem é para Pedro, mas também reconhece a família e a importância daqueles que o influenciaram. Pedro recebeu o nome em homenagem ao grande profeta e poeta Dom Pedro Casadálga e teve como padrinho de batismo outro grande militante da defesa dos mais pobres e excluídos: Dom Angélico Sândalo Bernardino. E Pedro não somente “incorporou” estes modelos e influências na vida, mas cresceu e sua vida se tornou um testemunho. Pedro honrou o nome, honrou a militância, e a simplicidade e a fé de Dom Angélico. Na sua missa de envio para o Amazonas, Pedro disse: *“Aos meus queridos pais, também faltam palavras. Obrigado pelo exemplo, por me ensinar a olhar*

pelo outro, a ter consciência do mundo em que vivemos, a lutar por nossos sonhos. Muito obrigado por serem parceiros comigo e com meus irmãos em nossas investidas, em nossos projetos”.

Pedro estagiou em grandes escritórios de advocacia, mas, realmente, se encontrou quando começou estagiar na Pastoral Carcerária de São Paulo. O irmão dele, Caio, uma vez disse: *“Houve uma época na vida de Pedro que ele estava muito inquieto, meio -perdido, buscando algo. Isso ele encontrou com vocês na Pastoral Carcerária”.*

Nós, da Pastoral Carcerária, tivemos o imenso privilégio de conviver e trabalhar com Pedro por três anos. Começou como estagiário, já com aquela paixão de mudar o mundo, de abraçar as causas dos mais excluídos, e de indignar-se com as injustiças que vêm em nome da justiça.

Um das unidades prisionais que Pedro visitava como agente da Pastoral Carcerária e advogado foi a Penitenciária feminina de Sant’Ana, com mais de 2.700 mulheres presas, e 30% delas ainda provisórias. Aí, Pedro brilhou como agente de pastoral, escutando as histórias, sendo solidário às lágrimas, indignando-se com as injustiças. Ele dava atenção e orientação jurídica a elas. Falava sério e jogava conversa fora, dava risada e às vezes broncas, e dava conselhos de advogado. Fez valer o nome de advogado quando canalizou sua indignação e militância em petições,

denúncias e ações políticas. Pedro honrou muito a profissão de advogado.

Pedro cativava a todos que encontrava, conhecia e, também, com quem trabalhava. Ele não somente acreditava que era responsabilidade dele (e de todos) empenhar-se para a construção de um mundo melhor e mais justo, mas também acreditava que este mundo realmente era possível.

No discurso dele na missa de envio em fevereiro de 2010, Pedro disse: *“Essa minha decisão de viver essa experiência na Amazônia é*

fruto do convívio com a realidade dos cárceres e a realidade social em sua forma mais cruel, o lado B de nosso País: o País dos esquecidos, dos humilhados. Pude estar em contato com a miséria da miséria, a injustiça, a segregação social e racial, a dor, o esquecimento. Ter visto de perto situações desconhecidas pela maioria das pessoas, ter conhecido um País que ainda maltrata seus cidadãos, tudo isso me despertou para a necessidade de luta, de trabalho para a profunda transformação dessa realidade”. E continuou, dizendo: *“Não dá para ficarmos tranquilos diante de tanta injustiça. Porque preferimos a anestesia à luta? Porque não deixamos de lado um pouco nosso conforto para pensarmos e agirmos por uma sociedade melhor?”*

Pedro juntou tudo que ele era e tudo que aprendeu em São Paulo e resolveu seguir o

Na missa de corpo presente no sábado pela manhã (5/6), o pai dele, Deputado Federal Paulo Teixeira disse que “Pedro tinha, no coração, um nome grande, chamado Brasil e um desejo grande: a justiça”

seu desejo de trabalhar com os povos indígenas no Amazonas. Pedro foi enviado para São Gabriel da Cachoeira como Missionário leigo da Igreja Católica e, no Amazonas, foi recebido e acolhido por Dom Edson Damian, bispo do grande território episcopal de São Gabriel da Cachoeira, que disse: “Pedro testemunhou que a vida não é um capital para ser acumulado, mas um dom de Deus para ser compartilhado. Vida a serviço da vida dos pobres, dos povos indígenas para pagar-lhes a imensa dívida social que lhes devemos pelos massacres e genocídios perpetrados desde o ‘descobrimento’”. Pedro muito honrou sua fé, o evangelho e a Igreja Católica.

Na missa de corpo presente no sábado pela manhã (5/6), o pai dele, Deputado Federal Paulo Teixeira disse que “Pedro tinha, no coração, um nome grande, chamado Brasil e um desejo grande: a justiça”. E, certamente, amava o Brasil e ser brasileiro. Na missa de envio para a missão, desafiou os amigos e colegas: “Não é preciso ir até a Amazônia para mudar essa realidade social brasileira. A cidade de São Paulo está cheia de problemas para serem resolvidos e todos vocês podem colaborar para mudar essa situação. Visitem a favela do Moinho, o Jardim Pantanal, uma unidade prisional... Certamente lá existem muitos problemas e as pessoas que precisam de ajuda!” Pedro muito honrou seu País e sua cidadania brasileira e do mundo.

Em pouco tempo, Pedro já jogava futebol, oferecia o programa de “Cidadania e

Samba” na rádio comunitária da cidade de São Gabriel da Cachoeira e entrava na questão carcerária, pela pastoral, em profundidade.

Ele escreveu em uma carta para o Padre Valdir, coordenador da Pastoral Carcerária:

“Ontem livramos cinco moleques presos por furto. Fui com oficial cumprir os mandados na delegacia, trouxe os cinco para falar com a juíza e, eu levei cada um na sua casa, falei com cada família. Todos terão emprego na diocese, farão tratamento para álcool e drogas... Aqui, vejo eles sem aquela malícia da malandragem dos grandes centros. São moleques ainda, de bom coração, boas famílias, mas as drogas e álcool desestabilizaram. Que mal faz isso aqui!... Faço Pastoral toda 4ª feira. Visito os familiares dos presos em casa. Tenho passado nos supermercados pedindo ajuda para doarem alimentos para essas famílias. Eles estão doando. Existe pobreza aqui, falta comida. Apesar que o índio ainda sabe viver com pouco.”

Na semana em que o Rio Negro levou nosso amigo, percebemos também que Pedro, com seu compromisso, com sua franqueza e amizade, com sua paixão pelo povo brasileiro e pela justiça, também era um grande sinal de esperança para muitas pessoas. Rogério Tomaz Jr. escreveu no blog dele: “Junto com a vida de Pedro, um sonho foi arrastado pela força das águas do Rio Negro, na altura de São Gabriel da Cachoeira, Amazonas, extremo noroeste do Brasil”.

Mais de mil pessoas, entre elas, parentes, juizes, advogados, amigos, agentes da pas-

toral carcerária, colegas de governo do pai, Paulo, militantes de pastorais e movimentos sociais lotaram a Catedral da Sé, na sexta-feira, 4 de junho, para a missa de despedida. Neste momento, Alice, mãe de Pedro disse: “Percebi que meu filho era amado e tinha ajudado muitas pessoas... Meu filho morreu feliz no meio do rio, da floresta, entre os Povos Indígenas. Apesar de sua breve existência, ele soube viver tão intensamente que tenho a impressão de que ele viveu 100 anos em 27”.

Estes momentos de oração, missas, velório à noite toda na Catedral da Sé e enterro eram afirmações da caminhada e da militância de Pedro, e igualmente de seus pais, Paulo e da Alice. As pessoas vieram de longe para confortar e apoiar a família, dividir a dor insustentável e testemunhar uma vida doada para seu povo, para seu País e para um mundo melhor.

Pedro terminou o discurso dele na missa de envio com estas palavras: “Como diz a poesia do sambista Candeia, cantada na voz de Cartola: ‘deixe-me ir, preciso andar, vou por aí a procurar, sorrir pra não chorar. Quero assistir ao sol nascer, ver as águas do rio correr, ouvir os pássaros cantar, eu quero nascer, quero viver’.”

Pedro se foi, mas a missão dele como advogado, como militante, como pessoa de fé, como filho e irmão e como cidadão brasileiro vive entre nós e desafia-nos a não deixá-la morrer.

Homenagem da Pastoral Carcerária

DELAÇÃO PREMIADA: MATIZ POLÍTICA OU UTILITARISTA?

Tiago de Souza Nogueira

A delação é a imputação que o acusado de um crime efetua, sem se desonerar da responsabilidade pelo fato, em detrimento de seu(s) comparsa(s) na empreitada delitosa, culminando na descoberta de outro ou outros crimes.⁽¹⁾ No particular da delação premiada, ao delator é dada uma recompensa (*crownwitness*) pelas informações prestadas.

Originalmente, a delação premiada foi utilizada nos Estados Unidos da América, em primeiro lugar, no combate contra a *Cosa Nostra*.⁽²⁾ Posteriormente, o governo americano, especialmente nas décadas de 80 e 90 do século passado, passou a adotar amplamente o referido instituto na luta contra o terror, objetivando dismantlar os planos criminosos e impedir o cometimento de atos como os que foram praticados contra as torres gêmeas, em Nova Iorque, e contra o Pentágono, em Washington.

No Brasil, a seu turno, o pioneirismo legislativo relacionado à delação premiada ficou a cargo da Lei 8.072/1990, e, posterior-

mente, com o advento das Leis 9.034/1995 (art. 6º), 9.613/1998 (art. 1º, § 5º), 9.807/1999 (arts. 13 e 14) e 11.343/2006 (art. 41). Contudo, a ampla adoção do instituto em análise no combate a atos de terrorismo distancia-se da realidade tupiniquim, quer pela conjuntura social, quer pela *mens legis* com a qual o legislador se pautou.

Pois bem. O agrupamento de pessoas que se dedica a atos de terrorismo possui um matiz eminentemente ideológico: o movimento busca, pela via oblíqua da violência, a desestabilização dos pilares sob os quais a ordem jurídica do Estado contra o qual se insurgem está calcada. Logo, o movimento terrorista é, acima de tudo, político. Por tal motivo, a entrada de novos

membros, bem como a manutenção dos já existentes, liga-se a um critério de crença político-ideológica, eventualmente de cunho religioso, circunstância que, por si só, torna mínimo, ou quase nulo, o sentimento de arrependimento pelos atos violentos praticados. Ao contrário, o agente acredita que a única maneira de mudar a realidade social na qual está inserido é o cometimento daqueles atos.

O Estado, por sua vez, não consegue fazer frente a atos tais, porquanto o corpo normativo vigente é exatamente aquele ao qual os recalcitrantes buscam derrocar. De fato, afigura-se improvável que o destinatário da norma curve-se ao seu comando se, em seu íntimo, discorda diametralmente das bases axiológi-

No Brasil, a seu turno, o pioneirismo legislativo relacionado à delação premiada ficou a cargo da Lei 8.072/1990, e, posteriormente, com o advento das Leis 9.034/1995 (art. 6º), 9.613/1998 (art. 1º, § 5º), 9.807/1999 (arts. 13 e 14) e 11.343/2006 (art. 41).

cas e/ou filosóficas que sustentam sua gênese.

Todavia, a utilização de via tão tormentosa quanto a delação possui uma incompatibilidade axiológica. O Direito deve sempre se pautar pela ética. Não aquela moralista, mas a que prima por um senso universal de equidade, de lisura nas relações.⁽³⁾ Ora, a partir do momento em que o Estado estimula atos de traição, como no caso da delação premiada, emana ele um comando direto para toda a sociedade: “Seja um traidor e receba um prêmio!”⁽⁴⁾

Contudo, a delação premiada, em que pesem os problemas relacionados à ética com a qual o Direito deve se pautar, apresenta-se como o mal necessário nos casos de combate ao terrorismo.⁽⁵⁾ A única possibilidade de convencer o recalcitrante a trair o grupo a que pertence é apostar na desestabilização daquelas bases políticas ou religiosas, oferecendo, posteriormente, a recompensa da não punição pelo auxílio na captura e desmantelamento de todo o esquema voltado à completa destruição da ordem jurídica posta.⁽⁶⁾

Note-se, ainda que a delação do agente repercute na seara penal e processual penal, porquanto existirá processo para a aplicação de sanção aos demais integrantes, o interesse precípua na destruição do grupo é de matiz política. Interessa para o Estado a manutenção das instituições e da ordem jurídica vigente. Nesse campo, então, poder-se-ia aceitar a recompensa ao delator pelos préstimos ao Estado, porquanto antes de se estar travando uma luta entre norma e seus violadores, está em jogo uma luta política pela sobrevivência da ordem constituída.

Contudo, o legislador brasileiro, ao contrário do enfoque dado pelo estadunidense, pretende se utilizar da delação premiada como amplo meio de prova para qualquer espécie de crime, fato que, com a devida vênia dos que acreditam de maneira diversa,⁽⁷⁾ não pode ocorrer, sob pena de se solapar toda a essência do Estado Social e Democrático de Direito.

Ora, aquelas pessoas que, conjuntamente, cometem crimes, não estão unidas por qualquer vínculo ideológico ou político. Ao

contrário, visam, com o conluio, minimizar a possibilidade da ocorrência de falhas no cometimento do delito e maximizar o proveito econômico dele advindo. Nesse contexto, a permissão para que uma delas se valha da delação premiada não possui qualquer cunho político, avaliando apenas que o criminoso busque amenizar sua pena⁽⁸⁾ por meio de um expediente aético e, para o Estado, eminentemente utilitário.⁽⁹⁾

De mais a mais, ao Estado não é permitido transferir o ônus de apurar o cometimento de crimes para a delação de quem os comete, oferecendo como contrapartida uma benesse punitiva. No momento em que a Ele foi dado o monopólio da *persecutio criminis*, é necessário que se aparelhe para obter êxito em tal tarefa. Seu insucesso não pode, em qualquer hipótese e sobre qualquer pretexto, ser compensado com barganhas para a elucidação de crimes. Eis os fatos: delação premiada? Somente para casos excepcionais!

NOTAS

- (1) Neste sentido, **Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini**, os quais afirmam que “*ocorre a chamada delação premiada quando um acusado não só confessa sua participação no delito imputado (isto é, admite sua responsabilidade), senão também delata (incrimina) outro ou outros participantes do mesmo fato, contribuindo para o esclarecimento de outro ou outros crimes e sua autoria*” (**GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Crime Organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/1995) e político-criminal**. São Paulo, 1995. Revista dos Tribunais, p. 131-132).
- (2) **Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha** afirma que, nesta oportunidade histórica, “*por via de uma transação de natureza penal, firmada pelos Procuradores Federais e alguns suspeitos de militância criminosa, a estes era prometida a impunidade desde que confessassem sua participação e prestassem informações que fossem suficientes para atingir toda a organização e seus membros. Estes últimos, além de confessarem sua participação criminosa, prestavam as informações necessárias para o envolvimento, prisão e condenação dos outros participantes. Eram confitentes, informantes e colaboradores. Havia a confissão, a delação, os esclarecimentos sobre a organização e seus membros e, como prêmio, o que era plenamente possível pela legislação americana, a promessa de impunidade, a mitigação da pena ou a*

exclusão do processo” (**CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. Da Prova no Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo, 2006. Saraiva, p. 136).

- (3) “*O Direito, como experiência humana, situa-se no plano da Ética, referindo-se a toda a problemática da conduta humana subordinada a normas de caráter obrigatório*” (**REALE, Miguel. Filosofia do Direito**. 14ª ed. São Paulo, 1991. Saraiva, p. 37).
- (4) **GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl**. Op. cit., p. 133.
- (5) Note-se, aliás, as palavras de **Alberto Silva Franco** que, sem comungar a tese de um direito penal de exceção, ou um direito penal do inimigo, afirma que “*ninguém questiona, os países em que a legislação antiterror adotou a delação premiada, sua eficácia na redução de ações terroristas*” (**FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos**. 6ª ed. São Paulo, 2007. Revista dos Tribunais, p. 336).
- (6) É fato certo que a delação premiada deu, “*no campo da subversão política, uma contribuição essencial para a derrota das maiores organizações terroristas que operavam no país e para a salvação das próprias instituições democráticas*” (**MADDALENA, Marcelo. Enciclopedia del Diritto**. Milão, 1987. Giuffrè. vol. XXXVII, p. 767-769, apud **FRANCO, Alberto Silva**. Op. cit., p. 336).
- (7) Pontuando pela possibilidade de aplicação da delação premiada, **Guilherme de Souza Nucci** afirma: “*A rejeição à idéia da delação premiada constituiria um autêntico prêmio ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos alheios, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião, pois seria moralmente aceitável*” (**NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 945).
- (8) “*Se um terrorista, por denunciar sua organização recebe a título de compensação pelo abandono de seu projeto subversivo, ou mesmo pela renúncia à violência, como meio de expressão da discrepância política, um prêmio punitivo, o membro de agrupamento mafioso não tem ideologia a abandonar e o delinqüente econômico não se considera, a si próprio, um criminoso que tenha necessidade de arrependimento ou de favorecimento punitivo*” (**FRANCO, Alberto Silva**. Op. cit., p. 336).
- (9) “*Dá-se o prêmio punitivo por uma cooperação eficaz com a autoridade, pouco importando o móvel real do colaborador, de quem não se exige nenhuma postura moral, mas, antes de tudo, uma atitude eticamente condenável*” (idem, *ibidem*).

Tiago de Souza Nogueira

Pós-graduando em Ciências Penais pela rede LFG-IPAN. Advogado em São Paulo.

PARTICIPE POR ACREDITAR

2ª VICE-PRESIDENTE DO IBCCRIM É NOVA PROFESSORA DA USP

É com enorme satisfação que noticiamos que a Dra. **Marta Cristina Cury Saad Gimenes**, 2ª vice-presidente do IBCCRIM e presidente da Comissão do 16º Seminário Internacional, foi recentemente aprovada, em concurso público de provas e títulos, para o cargo de Professor Doutor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), a tradicional Faculdade do Largo São Francisco.

Marta Saad, advogada, é graduada pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco, além de ser mestre e doutora pela mesma instituição. Também é pesquisadora na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

A nova professora da USP é ainda autora da importante obra **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**, publicada pela RT.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

INTRODUÇÃO DO HUMANITARISMO JURÍDICO NO BRASIL E SEU REFLEXO NO CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO BRASILEIRO (1830)

Wilson Feitosa de Brito Neto

A partir dos meados do século XVIII, com a mudança de paradigma acerca da Religião, do poder das monarquias no Velho Mundo, e da concepção de “Estado”, sobretudo no que diz respeito à operação e à tutela jurídica, surge – naturalmente após alguma consolidação de entendimentos basilares – a corrente Humanitarista, “filha penalista” do Jusnaturalismo Racionalista e, por isso mesmo, neta do Antropocentrismo e do Iluminismo. Uma vez relacionados os pontos de cariz filosófico, não pode ser esquecido também o fenômeno político que deu azo a tal conceito: o Liberalismo como motor dessa revolução intelectual.

O grande marco da nova doutrina dá-se com os trabalhos de **Beccaria**, **Montesquieu**, **Filangieri**, **Voltaire**⁽¹⁾ – nunca esquecendo o trabalho de **Rousseau** no que diz respeito à função de tutela do Estado nascido do “Contrato Social”.⁽²⁾

As novas teorias espalharam-se pela Europa ocidental com a troca de conhecimentos entre acadêmicos (principalmente através do intercâmbio de professores) e a partir daí, foi fácil – diria inevitável – seu avanço nas colônias (as primeiras universidades brasileiras, em contraposição ao fenômeno das colônias espanholas, só apareceram no segundo quartel do século XIX, sendo hábito que os jovens da nobreza fossem experimentar o ensino superior na então metrópole). Tal encontro vai culminar no Código Criminal do Império Brasileiro de 1830.⁽³⁾

Constata-se um significativo avanço no entendimento da finalidade das penas. Ora, a apreciação anterior falava das teorias retributivas e, simultaneamente, faz-se presente a teoria da prevenção geral negativa. Assim, a pena congregava, por via de consequência, mais uma finalidade intrínseca: a de imposição do poder do soberano. Com a transição, passa-se a conceber a sanção penal como um meio de prevenção, tanto geral como especial, mas em ambos os casos na sua perspectiva positiva. Naturalmente que sendo a prevenção o fim maior das penas, perdem qualquer sentido de oportunidade os suplícios espetaculares até então assistidos em praça pública e assiste-se à célere e substancial evolução do modelo penitenciário.⁽⁴⁾

Mas não fiquemos por aqui. Considerando o Estado como o “regente” das relações jurídicas, só ele é capaz de tutelar direitos e sancionar uma qualquer invasão a estes. Ora, não faz sentido que se permita – ao

menos depois da aceitação de pressupostos racionalistas – que o particular, motivado puramente por vingança, detenha a titularidade do *ius puniendi*. Assim, a junção dessas ideias vai resultar na publicitação do direito-poder de punir, extinguindo o instituto da vingança privada.⁽⁵⁾

Mais uma característica de considerável relevo foi, antes de ser abraçada pela corrente, um meio de se chegar à sua construção. Fala-se agora da repartição da membrana do “núcleo duro” que englobava o tripé da Religião, Direito e Moral. Desta forma, afastam-se os meios probatórios utilizados até então (de forma sintética e caricata – a “Proteção Divina”).⁽⁶⁾

O grande percussor dos ideais humanitaristas em Portugal foi **Mello Freire**. Num período em que a norma vigente já era pouco consultada na *praxis* jurídica em razão da sua inadequação aos novos tempos e das suas falhas estruturais (falamos das Ordenações Filipinas com seus “filipismos”), o Professor da Academia de Coimbra foi solicitado pela Rainha D. Maria I para a elaboração de uma codificação penal que expressasse o pensamento em voga e seu cabimento na sociedade em questão. Tal projeto nunca foi aprovado na Assembleia, mas ficou nas paredes da memória do direito português como o primeiro passo a caminho da razoabilidade.⁽⁷⁾

Uma vez que lecionava a cadeira de Direito pátrio na “Lusa-Atenas”, sua doutrina, acompanhada por outros professores da Academia de Ciências de Lisboa – ganhou ressonância e conquistou larga parte do universo acadêmico. Por via de consequência natural, os escolares de então absorveram tais entendimentos e deram segmento à justa bandeira iluminista – seja na prática processual, seja na produção teórica.

É de ter em atenção o corpo discente: como era de se esperar, majoritariamente composto por portugueses de “boa família”, e os jovens oriundos das colônias (dispensável é dizer que também de famílias bem abastadas). Agora torna-se fácil perceber a “ponte” por onde “caminhou” a doutrina Humanitarista – tal como se havia feito noutros tempos a difusão de escolas e correntes por meio de estudantes estrangeiros que regressavam ao seu País com novos conhecimentos e fazendo uso destes, o mesmo se passou neste contexto.

O principal reflexo dessa ligação acadê-

mica deu-se com a elaboração do Código Criminal do Império, de **Bernardo Pereira de Vasconcelos**, que havia concluído os seus estudos de Direito e de Filosofia na Universidade de Coimbra e deixou clara essa marca no texto que elaborou.⁽⁸⁾ São pontos de destaque da obra normativa: a) o princípio da legalidade criminal; b) um capítulo destinado aos crimes justificáveis (circunstâncias excludentes de ilicitude); c) a objetividade “não humilhante” da pena capital etc. Não havendo cabimento para discorrer acerca da matéria, faz-se necessária a referência a um ponto que não acompanhou os fundamentos humanitaristas: as penas continuavam tendo o fim de “satisfação do mal ou dano causado”, como se pode verificar em todo o Capítulo IV do Código.

Torna-se impensável, tendo em vista tal evolução do direito penal e dignificação da pessoa humana, um contexto de operação do direito alheio ao pensamento iluminista. Contudo, é comum que se perca de atenção um paulatino afastamento deste “norte” sob o pretexto (pseudojustificativo) da segurança pública ou de um possível aumento da criminalidade.⁽⁹⁾ Os juristas e filósofos dos séculos XVIII e XIX foram assombrados pelo mesmo espectro muito mais vigoroso⁽¹⁰⁾ e conseguiram mostrar empiricamente o que já se sabia em teoria: a tolerância e a filosofia jamais poderiam figurar como causa de um qualquer mal social.

NOTAS

- (1) **ALMEIDA, Mário Júlio de.** *História do Direito Português*. 3ª ed. Almedina, p. 362.
- (2) **CRUZ, Guilherme Braga da.** *O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal*. In: *BMJ*, n. 170, p. 53 (lá, nota 51).
- (3) **KOERNER JUNIOR; PEREIRA.** *Código Criminal de 1830*. Buscalegis. 5.3.2009. América do Norte.
- (4) **FOUCAULT, Michel.** *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis. 1987. Vozes, p. 8 e ss.
- (5) **ALMEIDA, Mário Júlio de.** Op. cit., p. 362.
- (6) **FOUCAULT, Michel.** Op. cit., p. 8 e ss.
- (7) **ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de.** *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*. Almedina. 2003, p.66.
- (8) **KOERNER JUNIOR; PEREIRA.** Op. cit.
- (9) **WACQUANT, Loic.** *As Prisões da Miséria*. Celta Editora. 2001.
- (10) **CRUZ, Guilherme Braga da.** Op. cit., p. 53 (lá, nota 51).

Wilson Feitosa de Brito Neto

Aluno do segundo ano de Direito na Universidade de Coimbra

PARTICIPE

POR ACREDITAR

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

SEJA PARCEIRO DO IBCCRIM NA REALIZAÇÃO DO EVENTO MAIS ESPERADO DO ANO.

Escritórios de advocacia de todo o Brasil estão apoiando a realização do **16º Seminário Internacional do IBCCRIM**.

O seu escritório também pode constar como apoiador do maior evento de Ciências Criminais da América Latina. Informações podem ser obtidas na Seção de Comunicação pelo telefone: (11) 3111-1040, ramais 175 ou 123, ou pelo e-mail: comunicacoes@ibccrim.org.br. Confira quem já aderiu a esta parceria!

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 & Andrezza - 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)
Décio Freire & Associados (SP - RJ - MG - DF - ES - BA - PE - PI - AM - USA)
Dias e Carvalho Filho Advogados (SP)
DV - Dias Vieira Consultores e Advogados Associados (MA)
Eduardo Sanz Advogados Associados (PR)
Escritório Professor René Dotti (PR)
Fragone Advogados Associados (SP - PE)
Gamil Föppel Advogados Associados (BA - PE - SE)
Ivahy Badaró Advogados Associados (SP)
J. N. Miranda Coutinho & Advogados (PR)
Joyce Roysen Advogados (SP)
Luis Guilherme Vieira Advogados Associados (RJ - DF)
Malheiros Filho, Camargo Lima e Rahal Advogados (SP)
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)
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

NOTA DE FALECIMENTO

Em 3 de junho último, faleceu, aos 27 anos, o advogado Pedro Yamaguchi Ferreira, em Tapereira, a mais de 40 quilômetros de São Gabriel da Cachoeira/AM, cidade onde trabalhava há 3 meses como missionário leigo em favor dos povos indígenas. Sua trajetória foi marcada pelo caráter transformador e emancipatório de suas ações: Pedro foi um combativo advogado da Pastoral Carcerária, e, por sua atuação e vocação, esteve muito próximo ao IBCCRIM, participando da comissão de direitos fundamentais e da comissão sobre o sistema prisional. Sua breve existência deixará profundas saudades entre aqueles que tiveram a sorte de conhecê-lo.

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

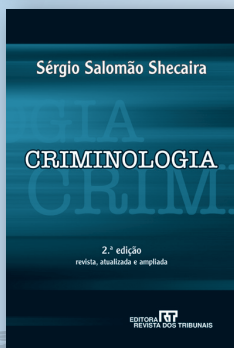
■ SÃO PAULO

- 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

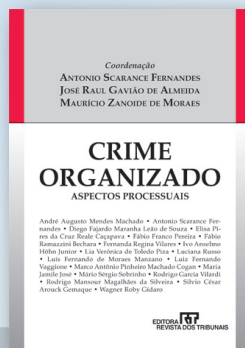


EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

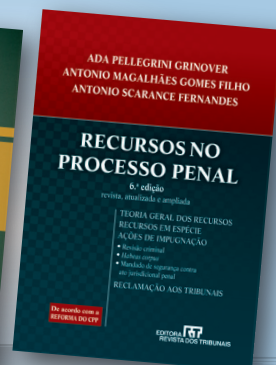
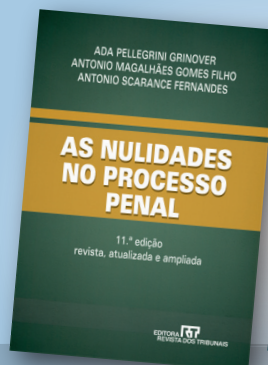
Obras Fundamentais para sua carreira



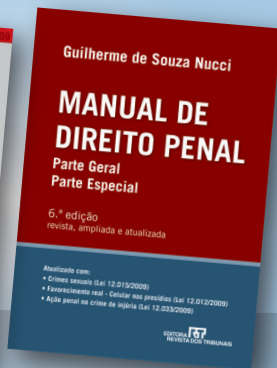
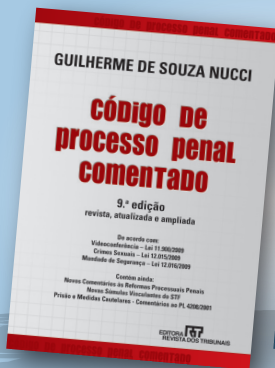
Sérgio Salomão Shecaira



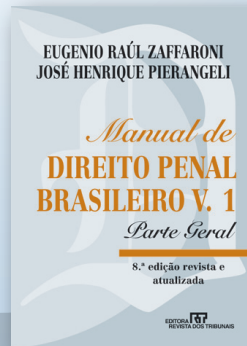
Coords.:
Antonio Scarance Fernandes,
José Raul Gavião de Almeida,
Maurício Zanóide de Moraes



Ada Pellegrini Grinover,
Antonio Magalhães Gomes Filho,
Antonio Scarance Fernandes



Guilherme de Souza Nucci



Eugenio Raúl Zaffaroni,
José Henrique Pierangeli



Antonio Scarance
Fernandes

www.irt.com.br

Siga-nos

