

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL:

MAIS UM CRIME BÁRBARO

Mais um crime bárbaro, o assassinato da criança João Hélio Fernandes Vieites, de seis anos, arrastado por quilômetros preso ao cinto de segurança de um carro, alimenta a ilusão de que basta aumentar o rigor da legislação penal para se for fim à crise da segurança pública. Como ocorreu em outras tragédias, a indignação da sociedade se converteu em caldo de cultura para a proposição de medidas vingativas que, amplificadas por uma mídia ávida de audiência e por demagogos em busca de platéia, não passam de respostas irracionais à irracionalidade da violência urbana e à escalada do crime.

Sob a forma de tortura e outras formas de dor física e crueldade, tanto a violência quanto o desejo de vingança sempre estiveram presentes na trajetória da humanidade. Contudo, nunca é demais lembrar — e a história contemporânea está repleta de evidências nesse sentido — que a conjugação de intolerância e radicalismo com maior rigor punitivo-repressivo em matéria penal costumam desaguar em truculência; costumam agravar o esgarçamento do tecido social; mais precisamente, costumam culminar em experiências fracassadas, quanto aos propósitos de garantir segurança, e muitas vezes desastrosas para as instituições democráticas.

A história também mostra que, quanto maiores são a repressão e a vigilância, mais as garantias fundamentais e as liberdades civis tendem a ser ameaçadas. Quanto mais ilimitado é o poder dos órgãos de segurança, como se a importância dos fins justificasse o recurso de quaisquer meios para se assegurar a ordem, menor tende ser o respeito aos direitos mais elementares.

Foi assim nos sombrios tempos do fascismo, na Europa. Foi assim na época das ditaduras militares, na América Latina. E infelizmente tem sido assim desde o início da atual década, principalmente após a tragédia do 11 de setembro, em Nova York, quando alterações legais votadas em cima dos fatos imediatos, sem distanciamento crítico e sob forte comoção social, abriram caminho para a chamada “legislação do pânico”. São respostas dadas às pressas, sem reflexão acerca das conseqüências que um Estado policial pode acarretar para as salvaguardas jurídicas, substituindo a segurança do direito pelo arbítrio e pela opressão.

Por isso, neste momento de compreensível indignação da população brasileira com a banalização da violência, com o aumento da delinquência juvenil, com a escalada do crime,

com as diferentes formas de insegurança e com a impunidade, é fundamental discernir entre mitos e fatos, entre impulso e prudência, entre razão e emoção, entre propostas sérias que merecem ser debatidas e soluções farisaicas, a fim de que a sociedade e o País não baixem a guarda do respeito à lei, ao direito de defesa e às liberdades públicas.

Quando se sabe que no Estado de São Paulo apenas 1% de jovens com menos de 18 anos se envolveu em homicídios, como levar a sério a proposta de tornar jovens acima de 16 anos responsáveis por seus crimes. Até que ponto a promoção da emancipação judicial penal de adolescentes infratores aumenta, de fato, a segurança pública? Em que medida a “estadualização” da legislação penal, justificada como uma medida capaz de “responder às peculiaridades de cada região”, é compatível com a realidade e com as tradições institucionais do país? E se endurecimento penal significa mais gente na prisão, o que ocorrerá com um sistema prisional que, além de saturado, oferece condições de vida cruéis, vergonhosas, desumanas e degradantes aos que nele vivem?

Em termos comparativos, pesquisas realizadas por investigadores conceituados sobre a relação entre taxa de encarceramento e taxa de criminalidade revelam por exemplo que, na Inglaterra, o acréscimo de 25% na primeira teve o pífio resultado de reduzir a segunda em somente 1%. Nos Estados Unidos, os estados com os maiores acréscimos nas taxas de encarceramento tiveram, em média, menores reduções em suas taxas de criminalidade. O grupo de estados que mais investiu em repressão e em prisões aumentou sua taxa de encarceramento em 72%, mas obteve uma redução de somente 13% nos índices de criminalidade⁽¹⁾.

Esses números não deixam margem a dúvidas e não podem ser desprezados no debate sobre a reforma da legislação penal. Eles mostram que a relação custo/benefício da pena de prisão é absolutamente desfavorável. Ou seja, eles sinalizam que, apesar do endurecimento penal e do aumento das taxas de encarceramento não há a esperada redução da criminalidade, sobretudo nos crimes mais violentos.

Além disto, o Levantamento Nacional do Atendimento Sócio-Educativo ao Adolescente em Conflito com a Lei — divulgado em 2006 pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República — aponta que o déficit de 3.396 vagas nas unidades de atendi-

Editorial

Índice

EDITORIAL:

MAIS UM CRIME BÁRBARO 1

AS POLÍTICAS DE JUSTIÇA E O BEM-COMUM

Marina Pereira Pires Oliveira 3

POLÊMICA SOBRE A REMISSÃO NA LEI Nº 8.069/90

André Del Grossi Assumpção 4

SISTEMA PENAL, POLÍTICA CRIMINAL E OUTRAS POLÍTICAS

Cristina Zackseski 6

O DIREITO DE MORRER EM PAZ E COM DIGNIDADE

Mário Roberto Hirschheimer e Clóvis Francisco Constantino 9

CORONÉIS, JUÍZES E ECONOMISTAS: É O PODER, ESTÚPIDO!

Ivan César Ribeiro e Brisa Lopes de Mello Ferrão 12

A LEI Nº 11.435, DE 28.12.2006 E O “NOVO” ARRESTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Gustavo Henrique R.I. Badaró 13

A RETENÇÃO DO PASSAPORTE COMO MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO PROVISÓRIA

André Pires de Andrade Kehdi 15

A OTIMIZAÇÃO, AINDA TÍMIDA, DA ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO AO PRESO

Rogério Schietti M. Cruz 17

LEI Nº 11.449/07: O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PRISÃO EM FLAGRANTE

Carlos Henrique Borlido Haddad 18

Caderno de Jurisprudência
PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO

1065

EMENTAS 1068

mento socioeducativo chega a 22% da população de internos, sendo que 685 jovens e adolescentes encontram-se recolhidos em cadeias. Os dados apontam ainda um acréscimo de 34% na internação provisória, ao passo que o número de internos em semiliberdade teria crescido apenas 9%, o que sugere a prevalência do critério da suposta “periculosidade” dos adolescentes no atendimento. Tais parâmetros devem ser ponderados quando se cogita do aumento do tempo máximo de internação dos adolescentes — estaria o sistema preparado para as consequências deste aumento? Mais do que isto: a qualidade do tratamento não seria afetada?

Revoltada e indignada, a sociedade brasileira tem todo o direito de cobrar respostas do Estado. É imperioso discutir medidas legislativas que modifiquem os benefícios do regime semi-aberto, penalizem o uso de celulares em estabelecimentos prisionais, exijam o exame criminológico para autores de crimes hediondos, proíbam contingenciamento de recursos orçamentários destinados à segurança e tornem o processo penal mais dinâmico.

Há necessidade de medidas mais rigorosas para conter o avanço da violência e criminalidade, não há dúvida. Mas, negar os valores do Estatuto da Criança e do

Adolescente e enfatizar a redução da maioria penal como solução para a crise de segurança é mais do que escamotear a verdade. É iludir a opinião pública com fantasias e alimentar a hipocrisia. Acima de tudo, é um lamentável equívoco histórico, pois estigmatizar crianças como criminosos, penalizar adolescentes e criminalizar jovens, é negar às novas gerações o direito de forjar seu projeto de sociedade. É impedi-las de construir seu futuro em bases alicerçadas na idéia de inclusão social, no princípio da solidariedade e no respeito aos direitos civis.

Como o **IBCCRIM** já afirmou anteriormente nestas colunas, o problema da violência urbana e a contenção da escalada do crime, seja ele difuso ou organizado, transcendem o âmbito das mudanças legais e das reformas penas, exigindo como condição necessária o enfrentamento das causas estruturais da delinquência juvenil — e estas, como é sabido, estão relacionadas à extrema desigualdade social, à concentração de renda, à precariedade da educação básica, à ausência de redes de apoio às novas gerações e à falta de emprego. Esta não é e nunca foi uma “falsa questão”. Ao contrário, é um problema decisivo para a própria efetividade da ordem jurídica, em cujo âmbito todos são iguais perante a lei e podem ser pena-

lizados por suas transgressões.

Portanto, é ilusório imaginar que o problema da violência criminal tenha soluções de curto prazo e que basta o voluntarismo dos defensores das políticas de “tolerância zero” e do “Direito Penal máximo” para se por fim à crise da segurança pública. Enquanto milhões de jovens continuarem sem conseguir entrar no mercado formal de trabalho, porque o poder público lhes negou a escolaridade necessária, eles permanecerão economicamente excluídos e, por tabela, condenados a viver em uma cultura de marginalidade social e de criminalidade.

Ninguém discute a necessidade de se adotar providências para evitar novas tragédias, como a que levou o menino João Hélio a uma morte brutal. O que não se pode admitir, voltamos a enfatizar, é achar que basta reduzir a maioria penal e passar a criminalizar jovens socialmente excluídos para se dar resposta ao clamor por segurança. ●

Nota

- (1) **Roger Tarling**, *Analysing Offending Data, Models and Interpretations*; e **Marc Mauer** e **Jenni Gainsborough**, *Diminishing returns: crime and incarceration in the 1990's*, apud **Julita Lembruger**, “Controle da Criminalidade”, in *Think Tank*, Rio de Janeiro.

ELEITO O PRESIDENTE DO CONSELHO CONSULTIVO DO IBCCRIM

Foi eleito, em 15/02/07, presidente do Conselho Consultivo do **IBCCRIM**, o dr. **Márcio Bártoli**.

A eleição contou com a presença de todos os conselheiros do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**.

CICLO DE PALESTRAS FAAP / IBCCRIM

Data: 14/03/2007

Palestrante: Sérgio Salomão Shecaira

Tema: *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*

Horário: das 11h10 às 13h00

Local: Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP

Auditório 1 - Rua Alagoas, 903

Pacaembu - São Paulo - SP

Data: 10/05/2007

Palestrante: Carlos Vico Mañas

Tema: *Princípio da Intervenção Mínima*

Horário: das 11h00 às 13h00

Local: Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP

Auditório 2 - Rua Alagoas, 903

Pacaembu - São Paulo - SP

Informações e Inscrições:

Apenas para os alunos da FAAP.

MESA DE ESTUDOS E DEBATES

CyberCrimes – O Crime na Era da Informática

Data: 15 de março de 2007 às 10h00

Local: Auditório do **IBCCRIM**

Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar - São Paulo/SP

Expositores: Augusto Rossini, promotor de Justiça

e Antônio Tavares, diretor presidente da Abranet

Vagas Limitadas!

Inscrições e informações: (11) 3105-4607 - ramal 124

V ENCONTRO DO GRUPO DE ESTUDOS SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA

De 19 a 22 de março de 2007 será realizado o

“V Encontro do Grupo de Estudos sobre a Implementação do Estatuto de Roma” em Bogotá, Colômbia.

O evento é uma iniciativa da Pontifícia Universidade Javeriana da Colômbia, do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional do Instituto de Ciências Criminais da Universidade de Göttingen/Alemanha e do Programa Estado de Direito da Fundação Konrad Adenauer. Participarão, representando o **IBCCRIM**, a doutora Maria Thereza Rocha de Assis Moura, colaboradora permanente do **IBCCRIM**, o doutor Marcos Alexandre Coelho Zilli, coordenador do Departamento de Relações Internacionais do **IBCCRIM** e a doutora Fabíola Monteconrado Ghidalevich, coordenadora regional da 2ª Região (AC, AM e RR) do Instituto.

Mais informações: relinter@ibccrim.org.br

AS POLÍTICAS DE JUSTIÇA E SEGURANÇA E O BEM-COMUM

Marina Pereira Pires Oliveira

Brasileiro deixa tudo para a última hora. A máxima que explica as filas no último dia de entrega da declaração de imposto de renda, nas papelarias na véspera da volta às aulas e nos cemitérios no final do dia de finados, infelizmente, também se aplica aos debates públicos sobre Segurança e Justiça. Quando a violência, com todas as suas cores, explode na nossa cara no *Jornal Nacional*, com direito a ser comentada na novela das oito (que hoje é das nove), todos os poderes se mobilizam para falar da impunidade, das cadeias superlotadas, da “frouxidão” do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O problema é que, quando o assunto é Segurança Pública e Justiça, essa histeria coletiva, com direito a cenas de preconceito e clamor de vingança diante das câmeras, não consegue passar de ato político, e político na pior acepção da palavra — aquela que designa atos pensados para impressionar a platéia, completamente vazios de conteúdo.

Aqueles cidadãos com mandato e, portanto, responsabilidade para mudar essa situação, que deixaram para a última hora o seu trabalho, aproveitam o clima para fugir do problema, para gritar bem alto e pedir mais penas, mais cadeia, redução da maioridade penal e outras panacéias. Recebem aplausos e, nas próximas eleições, votos de brasileiros reféns do medo. Mas nada muda no reino das políticas públicas e do acesso à Justiça. O Brasil está perdido?! Não existe nada de novo no horizonte?!

Muito antes pelo contrário, existem sim exemplos interessantes mas ainda incipientes, em curso no país, na área da Justiça e da Segurança. Eles mostram que é possível aliar interesses políticos — aí no sentido mais elevado do termo, o da capacidade de trabalhar em conjunto pelo bem de todos — à competência técnica para permitir ao Estado responder de forma mais eficiente e eficaz às demandas da sociedade. Puxando a brasa para a sardinha que conheço porque participei dos trabalhos, gostaria de fazer uma breve reflexão sobre o processo de elaboração da “Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas”, editada via decreto presidencial de número 5.948 de 26 de outubro de 2006.

Trata-se de um marco normativo cuja importância ultrapassa o seu teor, mas está na própria construção do texto e na maneira como foi possível conduzir um processo político, sim, mas norteados pelo debate técnico qualificado de dentro do governo e também da sociedade civil.

Ninguém precisa escamotear a sua ideologia para contribuir de forma positiva na formulação de uma política pública.

Mas é preciso que haja responsabilidade coletiva para decidir baseado em informações, dados estatísticos, conhecimento e não apenas para satisfazer os interesses deste ou daquele grupo, ou para impor a nossa visão particular de mundo.

Só a razão nos aproxima do bem comum. Foi em cima dessa premissa que a Revolução Francesa inaugurou a democracia como a conhecemos hoje. Se os debates forem pautados pela emoção, estaremos sempre olhando para o nosso próprio umbigo e jamais conseguiremos sair dele para promover a sociedade como um todo.

O desafio de transformar princípios, diretrizes e ações contidas na “Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas” em realidade concreta para quem precisa do Estado para ser protegido, precisa ser vencido cotidianamente. Ele começa na briga por mais recursos dentro do apertado orçamento da União, durante a elaboração do Plano Plurianual de Investimentos do governo (PPA) para os anos de 2008-2011. Uma batalha que será travada no segundo semestre de 2007.

Mas também passa por ter coragem de defender os direitos humanos de pessoas consideradas nem tão direitas assim, pela grande maioria da população. Falamos de prostitutas, de transgêneros, de meninas e meninos explorados sexualmente, de peões em frentes de desmatamento, sem documento, de pele escura, sem dentes. De pessoas que, tradicionalmente, são vistas como perdidas. Fato é que vivemos numa sociedade apavorada e por isso mesmo desesperada por “salvar” os cidadãos de bem ou aqueles que não caíram ainda na tentação do crime, ou da carne, ou das drogas, ou de tentar uma vida melhor no exterior...

No Brasil, entretanto, as questões de Segurança e Justiça estão tão misturadas com a desigualdade social que é impossível atacar a violência, sem refletir sobre a maneira perversa como se estrutura nossa sociedade. Então, teremos de recorrer à competência técnica para informar e justificar as nossas decisões políticas de investir sim, recursos preciosos, para garantir direitos também para os que já “caíram” porque eles fazem parte da sociedade e não existe bem que possa ser comum a um grupo de cidadãos completamente desiguais. E, a julgar pelos números e histórias chocantes que lotam os jornais, a última hora para os brasileiros encararem essa realidade de frente chegou. ●

Marina Pereira Pires Oliveira

Gerente de projetos da Secretaria Nacional de Justiça e coordenadora das ações de enfrentamento ao tráfico de pessoas do Ministério da Justiça



IBCCRIM

INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
- IBCCRIM -
(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2007/2008

DIRETORIA EXECUTIVA
PRESIDENTE:

Alberto Silva Franco

1º VICE-PRESIDENTE:

Sérgio Mazina Martins

2º VICE-PRESIDENTE:

Theodomiro Dias Neto

1º SECRETÁRIO:

Carlos Alberto Pires Mendes

2º SECRETÁRIA:

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

2ª TESOUREIRA:

Silvia Helena Furtado Martins

CONSELHO CONSULTIVO:

Carlos Vico Mañas, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Zanoide de Moraes e Tatiana Viggiani Bicudo

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA: Sergio Salomão Schecaira

BOLETIM: Carina Quito

CURSOS: Cristiano Avila Maronna

COMUNICAÇÕES: Renato Sérgio de Lima

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Guilherme Madeira Dezem

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Thais Aroca

Datcho Lacava

INTERNET: Heloisa Estellita

NÚCLEO DE PESQUISAS: Jacqueline

Sinhoretto

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina

Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM

junto ao Olapoc: Flávia D'Urso,

Glauber Callegari e Renata Flores Tybiriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS: Juliana Garcia Belloque

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama

de Magalhães Gomes

CONVÊNIOS: André Augusto

Mendes Machado

HISTÓRIA: Roberto Mauricio Genofre

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato

Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo

Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo

Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Andrei Koerner

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Rui Stoco

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS:

Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico

Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

A remissão prevista no artigo 126 da Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, é instrumento de uso cotidiano na Justiça da Infância e da Juventude, mas a incompreensão dos limites de sua aplicação, especialmente a vedação do artigo 127, 2ª parte, da mesma lei (relativa às medidas privativas de liberdade), tem gerado desacordo e incentivado alternativas práticas que enfraquecem as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Sem importar análise aprofundada do mérito (razão pela qual não se presta como antecedente), a remissão é uma forma alternativa de exercício da pretensão socioeducativa presente de forma expressa no Estatuto a partir da prática do ato infracional. Exclui ou extingue o processo judicial já em curso e pode ser *simples* (reconhecendo a desnecessidade de intervenção do Poder Público) ou cumulada com medidas socioeducativas ou de proteção (ECA, artigos 101 e 112). Antes da instalação do processo, a remissão é ato do Ministério Público em conjunto com o jovem implicado e está sujeita à homologação judicial (ECA, artigo 126, *caput*). Durante o processo, a iniciativa da remissão cabe essencialmente à autoridade judiciária, sem prejuízo da possibilidade de provocação pelo Ministério Público (ECA, parágrafos únicos dos artigos 126 e 186).

Trata-se de instituto assemelhado à transação penal estabelecida no artigo 76 da Lei nº 9.099/95 (Flávio Américo Frasseto. "Propostas de Lei de Diretrizes Sócio-educativas. Comentários", Associação de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude. Internet. www.abmp.org.br, 06/09/2002), tendo como característica em comum a exigência de prova bastante da materialidade e indícios de autoria de infração penal, diferenciando-se dela, no entanto, com relação aos pressupostos objetivos e subjetivos. Se, por um lado, a transação se perfaz apenas em infrações determinadas na própria lei e desde que os antecedentes do agente permitam, por outro, a remissão pode ser aplicada ao adolescente a princípio sem excluir nenhum ato infracional e mesmo que o jovem conte com outros registros (incluindo remissão anterior a qualquer tempo). Isto porque, embora atendendo às circunstâncias e consequências do fato em concreto, ao contexto social, à personalidade do agente e à sua maior ou menor participação no ato infracional, a remissão será essencialmente vinculada à necessidade de intervenção do Poder Público para educa-

ção do jovem. Deverá, de consequente, ser concedida sempre que a provocação do juízo mediante representação ou a completa instrução e o julgamento do mérito se mostrarem impertinentes ou desnecessários.

Em que pese a possibilidade de remissão simples mesmo em caso de materialidade comprovada e autoria confessa de ato infracional de qualquer espécie, é um erro confundir a remissão prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente como "perdão" (aproximando-a da figura correspondente ao artigo 120 do Código Penal), justamente porque não diz respeito ao mérito, afastando a cognição aprofundada do tema. Por decorrência lógica, só se perdoa uma falta que se conclui efetivamente praticada, conclusão esta de que se não cogita. Aquela "remissão" do Código Penal, esta sim é o verdadeiro "perdão judicial" e se refere à eventualidade de o juiz, embora perfeita a constituição do crime, deixar de aplicar a pena, verificadas determinadas circunstâncias previstas na própria lei. É uma causa de extinção da punibilidade, direito subjetivo do réu e que se opera independentemente de sua aceitação (Código Penal, artigo 107, inciso IX. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 562.)

O equívoco tão presente no dia-a-dia do Judiciário brasileiro é explicado de forma curiosa por João Batista da Costa Saraiva, que aponta sua origem na tradução imprópria da versão em castelhano "*remisión*" para a versão em português adotada pelo Estatuto, a partir do princípio nº 11 das Regras de Beijing, um dos documentos internacionais que deram molde à lei especial. O erro, segundo o mesmo autor, é mais facilmente percebido quando comparadas as duas versões acima indicadas com a versão em língua inglesa, que contém expressão bastante diversa: "*Como se sabe, os documentos oficiais da ONU são editados em inglês, espanhol, francês, russo e chinês. No documento em inglês, o instituto chama-se diversion (que poderia ser traduzido para o português como 'encaminhamento diverso do original'. Cumpre observar que a palavra inglesa resimion, ato de remitting (significa perdoar, ou deixar de infligir uma pena) não foi utilizada na versão em inglês*" (SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 56).

Ter em vista a natureza transacional e eventualmente sancionatória da remissão no Estatuto é importante porque, sem análise aprofundada do mérito não há ins-

trução completa em Juízo e, como decorrência natural desse caráter sumário, há um sensível relaxamento dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, conforme previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República. É justamente por força dessa restrição aos princípios constitucionais que regem todo o processo judicial que existe a restrição às medidas privativas (ECA, artigo 127, 2ª parte): poderão ser aplicadas, exclusiva ou cumulativamente, a advertência; a obrigação de reparar o dano; a prestação de serviços à comunidade; e a liberdade assistida. Não é possível a aplicação de inserção em regime de semiliberdade; e a internação em estabelecimento educacional.

O tema se torna crítico a partir do momento em que o adolescente beneficiado descumpra reiteradamente a medida que lhe foi aplicada em remissão e o órgão judiciário se vê tentado a converter aquela medida em meio aberto em semiliberdade ou internação (a chamada "regressão", como é denominada no dia-a-dia).

Autores como João Batista da Costa Saraiva (*op. cit.*, pp. 59 e seguintes) defendem que o descumprimento reiterado da medida imposta na remissão permite sim ao juízo determinar a conversão em medida privativa de liberdade, porque, em suma, a avaliação do comportamento do adolescente instaura um novo procedimento, assegurada ao adolescente a possibilidade de justificar sua contumácia, não decorrendo a medida mais grave diretamente da remissão (com amparo dos artigos 88 e 128 do Estatuto). No entanto, como adverte o mesmo autor, grande parte da doutrina se inclina pela negativa e a jurisprudência, embora seja simpática à regressão, há tempo costuma temperar a matéria com exigências preliminares (*i.e.* presença de advogado por ocasião da remissão – I Encontro de Juízes e Promotores da Infância do Grande ABC, entre 26 e 27 de agosto de 1993), o que entende não ser o foco do problema.

Procurando esquivar-se da polêmica, há juízos que têm aplicado o texto seco do artigo 186, § 2º, somente instruindo o feito quando houver previsão de que será aplicada medida privativa de liberdade. Nesse sentido: "*As Varas Especiais da Infância e da Juventude da Capital (São Paulo) adotam a praxe de aplicar aos adolescentes acusados de envolvimento de ato infracional, nos casos em que somente temos a realização de audiência de apresentação e há confissão, medidas socioeducativas em meio aberto, sem cumulação com a remissão, o que entendemos contrária o art. 186 do Estatuto*

➔ *da Criança e do Adolescente*” (CASTRO, João César Barbieri Bedran de. “Interpretação constitucional do artigo 186, §§ 1º e 2º do ECA”, **Boletim IBCCRIM**, ano 13, nº 158, janeiro 2006, p. 5).

Embora essa prática afaste a dúvida sobre a possibilidade de privação de liberdade decorrente do descumprimento reiterado das medidas em meio aberto (porque terá havido sentença de mérito), o certo é que a “sumarização” da colheita de provas para julgamento aprofundado da pretensão socioeducativa compromete com nulidade absoluta a validade do procedimento e da sentença então proferida, por ofensa aos princípios constitucionais sobreditos.

Assim, por imperativo constitucional, toda sentença que julgar o mérito sobre ato infracional deve ser precedida do devido processo legal em sua inteireza, com atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ouvindo-se as testemunhas em Juízo e assegurando-se a defesa técnica. Essa também é a opinião de pesquisador do gabarito de **Wilson Donizeti Liberati**: “*Em face do preceito constitucional (art. 227, § 3º, IV) e estatutário (art. 111, III), o adolescente a quem se atribui a autoria de ato infracional*

terá garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição da infração, igualdade na relação processual e defesa técnica por advogado, mesmo que o ato praticado não seja grave. Isso quer dizer que, não concedida a remissão, o juiz deverá verificar se o adolescente está representado por advogado; em caso negativo, nomeará defensor, nem que seja só para aquele ato processual, independentemente da gravidade do ato praticado”” (LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 193.).

Concluindo, permanece a polêmica sobre a conversão de medidas aplicadas em remissão; talvez sempre permaneça até mudança legislativa. No entanto, a busca de alternativas que evitem a discussão judicial tem levado a procedimentos nulos por ofensa a garantias constitucionais, exigindo das partes e do Estado-juiz atenção para que a “sumarização” cotidiana dos processos de apuração de ato infracional não negue aos educandos algumas das conquistas mais importantes que traduzem o Estatuto da Criança e do Adolescente. ●

André Del Grossi Assumpção
Promotor de Justiça em Iretama (PR)

IBCCRIM HOMENAGEADO EM PORTUGAL

Nos dias 13 e 14 de abril de 2007 será realizado no Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, o evento *Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: Tendências de Reforma - Colóquio em Homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*.

Os professores brasileiros convidados são:

Alberto Silva Franco (presidente do IBCCRIM),
Édson Luís Baldan (doutor em Direito Penal),
Fábio D’Ávila (doutor em Ciências Jurídico-Criminais)
e Maria Thereza Rocha de Assis Moura
(professora doutora de Direito Processual Penal da USP).

PARCERIA IBCCRIM

O Espaço Jurídico Bovespa acaba de fechar parceria com o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)** para seu público ter acesso a mais informações.

O Instituto dará acesso direto ao Espaço Jurídico Bovespa por meio de um canal disposto em seu *site* e os consultores também poderão ingressar na página da Internet pelo endereço eletrônico do **IBCCRIM**, que passa a fazer parte de um dos itens do segmento *instituições* de nossa seção *links*.

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Últimos dias para as inscrições para o **Laboratório de Ciências Criminais**, um programa de iniciação científica destinado a estudantes do 3º ao 5º ano das faculdades de Direito. Ao longo do curso serão abordadas questões atuais de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Política Criminal.

O Laboratório é gratuito para os alunos associados; os não-associados pagam mensalidade equivalente àquela associativa do **IBCCRIM** para estudantes.

O regulamento para participar do **Laboratório de Ciências Criminais** já se encontra no *site* do **IBCCRIM**. Mais informações podem ser obtidas no *site* do **IBCCRIM** (www.ibccrim.org.br), pelo e-mail (laboratorio@ibccrim.org.br) ou pelo telefone (11) 3105-4607, ramal 124.

André Del Grossi Assumpção

COORDENADORES REGIONAIS:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):

João Guilherme Lages Mendes

2ª REGIÃO (AC, AM e RR):

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

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):

Marcio Gaspar Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Assis Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawnsnicker

10ª REGIÃO (SP):

Janaina Paschoal

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Carina Quito

COORDENADORES ADJUNTOS:

André Pires de Andrade Kehdi,
Caroline Braun, Cecília Tripodi,
Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta
Viana 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) 6215-3596
E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO:

Ativa/M - Tel. (11) 6602-3344

“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: 15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Administrativo Financeiro	2
Comunicação e Eventos	3
Biblioteca	4
Diretoria/Presidência	5
Internet	6
Secretaria	7
Núcleo de Pesquisas	8

<http://www.ibccrim.org.br>
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e boletim@ibccrim.org.br

“Crime, sistema punitivo, percepção de risco e medo da criminalidade são noções que fazem parte de um contexto cultural das vidas cotidianas. Verdadeiras políticas públicas de prevenção serão as que favorecerem o desenvolvimento de contextos culturais nos quais a temática do crime e a do risco tenham um lugar diverso daquele que têm na atualidade”.⁽¹⁾

A Criminologia Positivista tomava como consensual a interpretação da sociedade como um bem a ser preservado e o desvio criminal como um mal a ser expurgado. A política criminal, nesse sentido, aparecia como *“legítima e necessária reação da sociedade para a tutela e a afirmação dos valores sobre os quais se baseia o consenso da maioria”*.⁽²⁾ Dessa forma, o sistema repressivo se legitimou como defesa social, através de uma ideologia que exerceu a função de justificar o controle social em geral, e aquele repressivo em particular, para que a sociedade se defendesse do crime. Essa perspectiva foi superada pela Criminologia Crítica, com sua política criminal alternativa e hoje se encontra diante de um novo modelo, que excede os termos de política criminal.⁽³⁾

As estratégias de governo para uma segurança urbana, em termos democráticos não repressivos, na visão do criminólogo italiano **Massimo Pavarini**,⁽⁴⁾ pertencem à cultura da Criminologia Crítica. No seu convencimento, a Criminologia é uma ciência que não existe somente numa dimensão de reflexão acadêmica, pois cada teoria criminológica se traduz, de alguma forma, em uma política criminal. Não se trata, pois, de teorizar no vazio, e sim de encontrar sua imagem refletida nas produções de política. Isso vale para as tendências abolicionistas e as intenções de seus representantes de que elas fossem reflexões voltadas a produzir uma política abolicionista; para as teorias reducionistas, ou do Direito Penal Mínimo, e as projeções de políticas garantistas, entre outras.

As políticas criminais que produzem mais impacto na atualidade permanecem direcionadas ao controle social de tipo penal. Elas estão representadas por questões que alternam, basicamente, a penalização e a despenalização. Em contrapartida, as novas políticas de prevenção⁽⁵⁾ desviam-se da ilusão do primado da lei penal (embora existam projetos no sentido de estabelecer uma ordem jurídica condizente com as novas perspectivas, mas que não ocupam o lugar central das políticas, nem recaem exclusivamente sobre a esfera penal), procurando firmar

a atenção sobre estratégias políticas, sociais, culturais e econômicas que possibilitem responder às necessidades de segurança da sociedade e que possam ser utilizadas no futuro.

Como diz **Pavarini**: *“Isso significa que a questão da afirmação histórica de uma redução do Direito Penal não possa ser perseguida unicamente através de um Direito Penal mínimo ‘nos códigos’, mas sobretudo na determinação das condições para uma justiça penal mínima ‘nos fatos’*.⁽⁶⁾

Essa posição adquire relevo no momento em que se pretende trabalhar com as novas demandas por segurança, considerando-se sempre as diferentes reações da população em relação à criminalidade ou ao risco de vitimização, fortemente vinculados ao sentimento de insegurança.⁽⁷⁾ No momento em que as pessoas se sentem inseguras, manifestam sua insegurança reclamando da oferta pública, na maioria das vezes relacionada ao modo de “resolução” dos conflitos típico do Direito Penal — mais recursos para a polícia, mais vagas nas penitenciárias, mais repressão, legislações severas e, obviamente, menos tolerância. Outras vezes elas reivindicam um espaço privado para suprir as falhas da resposta pública, com o recurso a empresas privadas de segurança ou com a instalação de toda uma parafernália tecnológica.

Quanto ao primeiro aspecto, é natural que o reflexo da insegurança seja uma demanda no sentido de satisfazer essa necessidade. O perigo está em hipervalorizar as ações repressivas, como pretendem os movimentos de cunho autoritário conhecidos como Movimentos de Lei e Ordem,⁽⁸⁾ que apelam para o recrudescimento dos mecanismos penais de controle, alardeando sobre o aumento da criminalidade, o descumprimento da lei pelos cidadãos desrespeitosos e sobre os “avanços do inimigo interno”. Busca-se o aumento de recursos repressivos na ilusão de que estes, de maneira ainda mais requintada, consigam resolver problemas irresolúveis através do remédio (ou veneno) do Direito Penal, alimentando falsas esperanças na população de que com tais recursos os problemas sejam eliminados, quando se sabe que nem com estes ou com outros recursos isso possa acontecer, dado que a criminalidade continuará existindo.⁽⁹⁾

Os problemas com que se trabalha podem ser complexos, mas quanto mais são estudados e relativizados, mais se abre espaço na política. Quando são evitadas generalizações pode-se discutir a respeito, e se há a possibilidade de intervenção,

os problemas vão se tornando solúveis. Assim, o que se pretende é a compreensão dos fenômenos criminais difundidos na realidade, para que se possa reduzir a sua agressividade. No entanto, no que se refere às questões criminais, ainda não temos no Brasil a cultura da pesquisa (nem mesmo a quantitativa) e do armazenamento de dados,⁽¹⁰⁾ o que torna excessivamente frágeis as afirmações sobre a elevação ou o decréscimo da violência. Trabalhamos num universo precário até mesmo no que tange aos dados oficiais, que nunca podem ser usados com segurança em função da forma com que são feitos os registros, quando existem.⁽¹¹⁾ Navegamos mais intuitivamente do que mergulhados em um mar de cientificidade.

Segundo **Pavarini**, na Itália, até bem pouco tempo, também se trabalhava com uma realidade sobre a qual, no plano empírico, não se sabia nada,⁽¹²⁾ e hoje está sendo construído um quadro de referência da criminalidade. Além disso, ninguém deve se iludir pensando em deixar uma cidade segura, assim como fazendo política criminal ninguém se ilude em vencer a criminalidade: *“Estas são duas hipóteses utópicas e ingênuas, o problema é que se pode deixar mais segura uma cidade ou pode-se deixá-la mais insegura”*.⁽¹³⁾

Com este grau de incerteza sobre a criminalidade conjugado ao aspecto político e às diversas crises econômicas, corre-se o risco de que as demandas por segurança venham a ser entendidas como necessidade de uma “nova legalidade”, realizável por meio dos aparatos repressivos do sistema penal. Ainda que fosse projetada uma alternativa aos recursos repressivos e se desenvolvesse um processo de contração do sistema de justiça criminal, através de reformas, essa solução permaneceria inadequada como potencializadora de um novo processo construtor de condições de segurança. Essa medida não seria suficiente para produzir transformações significativas na redefinição das fronteiras sociais da legalidade. Por isso algumas das políticas de segurança europeias e americanas da atualidade estão propensas a conjugar esforços e incidir, não somente do ponto de vista jurídico formal e de seus desdobramentos, mas a partir do ponto básico que é a cidadania e todo o seu lastro de complexidade.

No Brasil, quando surpreendentemente são aventadas estratégias de segurança que não sejam tipicamente repressivas, imediatamente vemos diversas tentativas de desqualificá-las em sua capacidade de contribuir para a segurança a partir da imposição do rótulo “políticas sociais”, ➡

➔ como se qualquer medida não repressiva ou não jurídico-formal fosse incapaz de contribuir para a composição de um quadro de alívio do sentimento de insegurança e dela própria. É a concepção conservadora de segurança que está sendo exposta nestes momentos.

Em relação à suplência das condições de segurança realizada pela oferta não pública ou não institucional, pode-se sentir hoje uma progressão que pode perfeitamente alcançar a oferta pública ou ultrapassá-la. Esse aumento esteve vinculado a processos sociais complexos na Itália, e podemos observá-los também no Brasil.

O primeiro deles seria o aumento quantitativo e qualitativo da percepção das situações de risco, excedendo as possibilidades de resposta pelas vias tradicionais. O segundo seria a tentação de dar respostas à insegurança através da militarização. Por último, a visualização da segurança como um negócio. Isso conduz ao que **Pavarini** denominou “*refeudalização do bem social segurança*”, em que cada um, em razão do lugar que ocupa no mercado, tornar-se-á mais ou menos protegido, ou mais ou menos desprotegido.⁽¹⁴⁾

Segundo o autor supracitado, na ótica privatizadora neoliberal, a partir do momento em que o Estado não tem mais condições de atender às demandas sociais por segurança, a sociedade civil assume a posição de provedora, regulando a questão da segurança conforme as leis do mercado. Essa tendência prejudica a condição de bem público da segurança — cuja demanda deveria ser suprida e este bem distribuído de maneira uniforme entre os seus destinatários — no que ela passa a ser um bem escasso a ser desfrutado por aqueles que dispõem de facilidades econômicas, deixando vulneráveis os demais.⁽¹⁵⁾

Uma análise semelhante pode ser observada em um importante trabalho de pesquisa sobre a juventude da periferia de Brasília: “*Diante da incapacidade do poder público de controlar a diversidade das situações, difundem-se o pessimismo social, o temor e o sentimento de impotência da população que, por um lado, reduz suas expectativas e liberdades (circular por determinadas áreas, locais ou horários) e por outro, assume particularmente os riscos e/ou custos da defesa (armando-se, contratando empresas privadas de segurança etc.). Como consequência, registra-se uma perda, por parte do Estado, do monopólio do uso legítimo da violência. Esse monopólio começa a ser disputado pela delinquência territorializada (organizações de traficantes, gangues delituo-*

sas etc.) e pela segurança privada. Sem alternativas, os poderes públicos aceitam a nova ‘normalidade’ imposta pelo crime e pela violência. Por um lado, adotam políticas destinadas a otimizar os escassos recursos disponíveis para o controle e a repressão do delito e, por outro, permitem a institucionalização e a legitimação da crescente privatização das responsabilidades referentes à segurança dos cidadãos”.⁽¹⁶⁾

A segurança também pode ser revertida em mercadoria política, quando se troca o consenso eleitoral por uma representação simbólica de segurança através de mais punição. Assim, enquanto a segurança material é oferecida pela esfera privada, a oferta simbólica é promovida pelos recursos penais, públicos por natureza.

As novas estratégias de segurança apon-tam para a resolução dos problemas a partir dos próprios cidadãos, sem que isso represente uma “*mercantilização*” da segurança. Eles devem estar em condições de se reapropriarem da gestão deste bem, contestando o monopólio estatal na medida em que se tornam sujeitos ativos, capazes de resolver seus próprios problemas de segurança,⁽¹⁷⁾ garantidos por mecanismos estatais com influência local.⁽¹⁸⁾ Não se trata, porém, de preencher os espaços ociosos deixados pelas instituições, e sim de envolver os diversos partícipes dos programas de segurança em uma estratégia conjunta, privilegiando as ações de caráter preventivo. Esta é uma advertência no sentido de evitar iniciativas repressivas por parte da população ou de grupos organizados para este fim, como os de extermínio, pois além de não haver novidade nenhuma nestas atitudes, a repressão não é um elemento de controle que deva ser compartilhado.

Infelizmente, no Brasil, ainda estamos em uma situação em que as pessoas apenas intuem sobre o fracasso da resposta penal, especialmente no que corresponde à vertente “caos penitenciário”, mas não existe uma compreensão da violência estrutural e institucional que poderia esclarecer as reais dimensões daquele fracasso,⁽¹⁹⁾ pois guardam uma distância “segura” das políticas que lhes permite somente uma postura indignada quando falha a repressão.

Tal situação mascara os sentidos, a forma e a própria compreensão das demandas. Há, por exemplo, uma exigência de presença da polícia no ambiente urbano, enquanto, paradoxalmente, não podemos afirmar que as pessoas se sintam mais seguras com a presença da polícia. Esta deve, ainda, tomar “medidas enérgicas para reprimir a violência”, se for a violência

dos outros, daqueles a quem é negada a condição humana por conhecidos políticos conservadores que facilmente aderem e reproduzem o discurso da Lei e da Ordem.

Para esclarecermos melhor o conteúdo deste paradoxo, vale a pena refletirmos sobre o significado da tortura. Tal “procedimento” é consentido e muitas vezes incentivado quando dirigido a criminosos, apesar de extrapolar todos os limites legais, ao passo que as formas de punir admitidas por lei são “suficientemente” violentas, momento em que podemos voltar ao referido “caos penitenciário” e a todas as constatações relatadas por organismos internacionais e comissões de Direitos Humanos nacionais sobre o caso brasileiro, cuja síntese é a pior possível.⁽²⁰⁾

Reclama-se, de outro lado, da impunidade e atribui-se a esta as falhas no funcionamento do sistema penal, o que justifica as demandas explicitadas anteriormente pelo melhor aparelhamento deste. Todavia, este sentido atribuído à palavra impunidade em nada se aproxima da superação dos obstáculos que impedem a criminalização de condutas praticadas por agentes que não participem do estereótipo de criminoso presente em nosso contexto cultural, como é o caso dos criminosos do colarinho branco, que permanecem sempre à margem do sistema (e não da sociedade, como no caso dos crimes convencionais).

Portanto, a política de segurança não pode mais ficar girando sobre este conhecido eixo repressor, dependendo de quem somos ou quanto valem os. Assim como não foi possível, no século XIX, a elaboração de um catálogo geral de crimes (**Garófalo**), ou de um rol de características que distinguíssem o homem delinquente do normal (**Lombroso**), também hoje não poderemos pensar em “defender” a sociedade a partir de visões simplistas, deterministas e individuais que, durante todo o século XX, no Brasil, guiaram a política criminal e que hoje nos apresentam um desastroso resultado. ●

Referências Bibliográficas

- ABRAMOVAY, Miriam; WAISELFSZ, Julio Jacobo; ANDRADE, Carla Coelho; RUA, Maria das Graças.** *Gangues, Galeras, Chegados e Rappers: Juventude, Violência e Cidadania nas Cidades da Periferia de Brasília*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de.** *Dogmática e Sistema Penal: Em Busca da Segurança Jurídica Prometida*. Florianópolis, 1994. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação, Universidade Federal de Santa Catarina.
- AYMONE, Tullio.** “Disagi e allarmismo urba-

- no”, *Quaderni di Cittàsicure*, anno 1, n° 4, settembre/ottobre, 1995.
- BARATTA, Alessandro.** “Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal”, *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, n° 2, abr./maio/jun., 1993.
- HASSEMER, Winfried.** *Três Temas de Direito Penal*, Porto Alegre: ESMP, 1993.
- LOTKE, Eric.** “A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n° 24, pp. 39-50.
- MARINER, Joanne.** *O Brasil Atrás das Grades*, EUA: Human Rights Watch, 1998.
- PAVARINI, Massimo.** *Control y Dominación*, México: Siglo Veintiuno, 1988.
- . “Bisogni di sicurezza e funzioni di polizia”, *Sicurezza e Territorio*, Bologna, n° 5, 1992.
- . “Produrre le condizioni materiali della sicurezza”, *Sicurezza e Territorio*, Bologna, n° 3, 1994.
- RAMOS, Sílvia.** *Mídia e Violência Urbana*, Rio de Janeiro: FAPERJ, 1994.
- ZACKSESKI, Cristina.** “Considerações sobre a violência o medo e a insegurança”, in CONSELHO FEDERAL DA OAB. *Cidadania e Segurança: Superando o Desafio*, Brasília, 1999, pp. 16-20.
- . “Da prevenção penal à ‘nova prevenção’”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais – Temas Atuais de Criminologia*. Ano 8, n° 29, janeiro/março. São Paulo: RT, 2000, pp. 167-191.

Notas

- (1) **BARATTA, Alessandro.** “Filósofo de uma criminologia crítica”. In **RAMOS, Sílvia.** *Mídia e Violência Urbana*. Rio de Janeiro: FAPERJ, 1994, p. 19.
- (2) **PAVARINI, Massimo.** *Control y Dominación*, México: Siglo Veintiuno, 1988, p. 49.
- (3) A Criminologia Crítica não se autodelimita pelo Direito Penal, tendo superado a função de auxiliar deste, uma vez que converte o próprio sistema penal em seu principal objeto de estudo. Assim, também as alternativas políticas para esta área não estão restritas às possibilidades internas daquele sistema.
- (4) Entrevista concedida à autora em 23/03/96, Instituto Gramsci - Bolonha.
- (5) Sobre este assunto ver **ZACKSESKI, Cristina.** “Da prevenção penal à ‘nova prevenção’”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais – Temas Atuais de Criminologia*, ano 8, n° 29, janeiro/março, São Paulo: RT, 2000, pp. 167-191.
- (6) **PAVARINI, Massimo.** “Produrre le condizioni materiali della sicurezza”, *Sicurezza e Territorio*, Bologna, n° 3, 1994, p. 16.
- (7) Sobre este assunto ver **ZACKSESKI, Cristina.** “Considerações sobre a violência o medo e a insegurança”, in CONSELHO FEDERAL DA OAB. *Cidadania e Segurança: Superando o Desafio*, Brasília, 1999, pp. 16-20.
- (8) Segundo **Vera Regina Pereira de Andrade**, esses movimentos, que ela chama de “contra-reforma ressocializadora”, “(...) respondem ao problema da criminalidade violenta, seja individual ou organizada e da ‘segurança pública’ (‘alarme da criminalidade’), especialmente nos grandes centros urbanos, com a demanda pela radicalização repressiva. Que vai, se acrescente, desde um incremento do discurso da retribuição e prevenção geral negativa (aumento do quantum das penas, restrição de garantias processuais, maximização do aparelho policial etc.) até o apelo à prevenção especial negativa (neutralização e incapacitação dos criminosos mediante prisão de segurança máxima, prisão perpétua e pena de morte, onde inexistem).” *Dogmática e Sistema Penal: Em Busca da Segurança Jurídica Prometida*. Florianópolis, 1994. Tese (doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 448.
- (9) “Sempre foi uma marcante característica do pensamento autoritário (...) acalantar a população com a cantiga da ‘sociedade isenta do crime’. O reverso da medalha (...) consiste na obstinação em produzir esta ‘purificação da sociedade’ mediante iterativos arrochos dos parafusos do controle social (que não terão fim, já que a meta jamais será alcançada)” (**HASSEMER, Winfried.** *Três Temas de Direito Penal*, Porto Alegre: ESMP, 1993, p. 78).
- (10) Para dar apenas um exemplo, segundo **Eric Lotke**, nos EUA existem dados sobre encarceramentos desde 1860. (“A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n° 24, p. 39).
- (11) Não podemos perder de vista as considera-

ções sobre a cifra oculta da criminalidade, que é a diferença entre a criminalidade real (todas as violações da lei penal) e a criminalidade aparente (aquela parte mínima dos crimes que tiveram registro, pelo menos na polícia, que são as referências oficiais, quando tomadas a sério).

- (12) “— Então qualquer um que se levantasse pela manhã podia dizer o que queria. Vai você verificar o que é verdade e o que não é! Não havia nenhuma verificação empírica” (entrevista em 23/03/96).
- (13) *Idem.*
- (14) “Bisogni di sicurezza e funzioni di polizia”, *Sicurezza e Territorio*. Bologna, n° 5, 1992, p. 9.
- (15) Além das desigualdades sociais acentuadas pela oferta privada de segurança, **HASSEMER** também alerta para outras consequências da privatização deste campo, que considera o “cerne do Estado”, como a perda da sujeição à lei, da proteção dos Direitos Humanos e do controle do Estado de Direito no combate ao crime. (*Três Temas...*, op. cit., 1993, p. 77).
- (16) **ABRAMOVAY, Miriam; WASELISZ, Julio Jacobo; ANDRADE, Carla Coelho; RUA, Maria das Graças.** *Gangues, Galeras, Chegadas e Rappers: Juventude, Violência e Cidadania nas Cidades da Periferia de Brasília*, Rio de Janeiro: Garamond, 1999, p. 17.
- (17) *Idem*, p. 13.
- (18) Como exemplo desta reapropriação podemos citar programas como a “vigilância de bairro”, nos quais a comunidade envolvida é desencorajada a agir, cabendo-lhe comunicar a autoridade policial da área quando do surgimento de problemas na vizinhança.
- (19) **BARATTA, Alessandro.** “Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal”, *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, n° 2, abr./maio/jun., 1993.
- (20) Como exemplo, podemos citar o relatório sobre a situação penitenciária brasileira, publicado pela Human Rights Watch em 1998, intitulado “O Brasil Atrás das Grades”.

Cristina Zackseski

Doutoranda do Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas, disciplina Reforma do Estado

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO PENAL

Realização: Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB/SP

Apoio: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM

A **Escola Superior de Advocacia (ESA)** da OAB/SP, está com matrículas abertas para diversos cursos de especialização, na modalidade pós-graduação *lato sensu*, com habilitação para docência no ensino superior, destinados a advogados inscritos na OAB e bacharéis em Direito em geral. A grade contempla, dentre outros, o de Direito Penal, que tem o apoio do **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM**.

Data: Início em 23/04/2007, com aulas às segundas e terças-feiras

Horário: Das 19 às 22 horas — **Carga horária:** 381 horas/aula — **Valor:** R\$ 300,00 mensais

IMPORTANTE: Há vagas limitadas com desconto de 15% (quinze por cento) para associados do IBCCRIM.

Informações e Inscrições: pessoalmente, na sede da ESA (Largo da Pólvora, 141 – Sobreloja – Bairro Liberdade).

Telefones para informações: (11) 3277-7392/3209-4055/3277-8456.

Palestrantes convidados: Alberto Silva Franco, Antonio Luis Chaves Camargo, Carlos Vico Mañas, Fernando Galvão, Flávia Rahal, Janaína Conceição Paschoal, Jorge de Figueiredo Dias, Juarez Tavares, Luiz Flávio Borges D’Urso, Manoel da Costa Andrade, Marco Antonio Rodrigues Nahum e Sérgio Salomão Shecaira, dentre outros.

Coordenadores: Cristiano Avila Maronna, Luciano Anderson de Souza, Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi e Renato de Mello Jorge Silveira.

O DIREITO DE MORRER EM PAZ E COM DIGNIDADE

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006

(Publicada no *Diário Oficial da União*, em 28 de novembro de 2006, Seção I, p. 169)

Mário Roberto Hirschheimer e Clóvis Francisco Constantino

Dor e sofrimento não são a mesma coisa. A dor está relacionada com extremo desconforto físico, enquanto o sofrimento relaciona-se a um estado mental de desconforto, opressão, medo e ansiedade.⁽¹⁻²⁾

O alívio da dor e do sofrimento é um dos mais antigos deveres do médico, mas, mesmo com a existência de um amplo arsenal terapêutico para aliviar a dor, o sofrimento que acompanha a doença é freqüentemente negligenciado, mesmo quando percebido.

Tentar evitar a morte também é um dos objetivos da Medicina, mas há a necessidade de um equilíbrio que aceite a morte como o destino de todos os seres humanos e que os médicos estejam preparados para possibilitar uma morte com dignidade, sem considerá-la como inimiga. A Medicina moderna faz isto não só ao dar às doenças potencialmente fatais priorização nas pesquisas, mas ao postergar a morte para além de qualquer benefício, negligenciando o cuidado humano dos que estão morrendo.⁽³⁻⁴⁾ Prática, assim, a **distanásia**, ao priorizar a quantidade da vida, investindo muitos recursos para postergar a morte ao máximo, postura ligada a paradigmas não só científicos, mas também comerciais.⁽⁵⁻⁶⁾

Atribuir valor à vida não significa optar por resistir à morte até as últimas consequências, com uma obstinação que vai além de qualquer esperança de beneficiar o paciente. É imprescindível compreender o que significa saúde, redefinida pela Organização Mundial de Saúde, não como mera ausência de doença, mas como bem-estar físico, mental e social da pessoa. Quando a estes três elementos se acrescenta o bem-estar espiritual, cria-se uma estrutura de pensamento que permite uma abordagem adequada ao paciente terminal.

O critério para avaliar o atendimento médico é se ele vai beneficiar ou não a saúde do paciente (art. 2º do Código de Ética Médica - CEM). Assim, o compromisso com a promoção do bem-estar do paciente permite desenvolver o conceito de **ortotanásia** — a morte sem dor, em paz, digna e na hora certa. Isto inclui rejeitar toda forma de **mistanásia** — a morte miserável, fora e antes da hora, como ocorre com grande massa de doentes que, por motivos estruturais, econômicos, sociais ou políticos, não chegam a ser pacientes, por não conseguirem ingressar no sistema de saúde, ou

que o conseguem, mas se tornam vítimas de sua má-prática. Inclui, também, rejeitar a **eutanásia**, que provoca a morte antes da hora, de modo suave e sem dor — alternativa atraente para muitas pessoas, por tirar da morte o sofrimento, não sacrificando pessoas em nome de princípios morais restritivos que não valorizam a autonomia das pessoas e a liberdade que as dignificam. Entretanto, se o objetivo é proteger a dignidade da pessoa, eliminando o sofrimento, o questionável é que esta forma de compaixão leva a um ato que mata o paciente, tirando da pessoa não apenas a possibilidade de sofrer, mas, também, qualquer outra possibilidade existencial. Isto torna a eutanásia ativa condenável (art. 42 do CEM).

A promoção do bem-estar físico do doente terminal não consiste na sua cura, mas nos cuidados necessários para assegurar seu bem-estar global. Garantir o bem-estar físico é o primeiro passo para manter sua saúde enquanto morre, mas é o mal-estar mental que leva o doente terminal a pedir a morte antes da hora. Por isto, uma estratégia importante para permitir a pessoa repensar seu pedido de eutanásia é ajudá-la a recriar o equilíbrio e o bem-estar mental, componentes fundamentais da saúde do doente terminal. Da mesma forma, o bem-estar social e o espiritual agregam às outras formas de bem-estar uma condição que permite à pessoa viver plenamente dentro de suas possibilidades e aguardar com tranquilidade a morte enquanto ela não vem.

A ortotanásia permite ao doente que já entrou na fase final de sua doença, e àqueles que o cercam, enfrentar seu destino com certa tranquilidade porque, nesta perspectiva, a morte não é uma doença evitável, mas algo que faz parte da vida. Uma vez aceito este fato, que a cultura ocidental contemporânea tende a esconder e a negar, abre-se a possibilidade de trabalhar a distinção entre cuidar e curar, entre manter a vida, quando isto for o procedimento correto, e permitir que a pessoa morra, quando sua hora chegar.

O desafio que se impõe é integrar os conhecimentos tecnocientíficos e a sensibilidade ética e humanitária numa única abordagem. O respeito pela autonomia do doente terminal é fundamental. Ele tem o direito de: saber tudo a respeito de sua doença; decidir sobre si mesmo; não ser abandonado; receber tratamento para amenizar seu so-

frimento e não ser tratado como objeto cuja vida pode ser encurtada ou prolongada.⁽⁵⁻⁶⁾

A dificuldade é que se insiste em tratar a morte como um fenômeno puramente biológico. Aspectos institucionais, jurídicos, sociais, culturais e religiosos se intrometem e complicam a situação, reivindicando o direito de seus agentes interferirem, negligenciando o direito das pessoas à autonomia e à dignidade. É desta forma que o receio de um processo jurídico por omissão (art. 13, § 2º do Código Penal - CP) contribui para o excesso terapêutico, que leva o médico a desempenhar o máximo de sua competência, sem considerar se isto beneficia objetivamente o paciente. Outras vezes, a ganância é o motivo desta obstinação, que identifica no paciente terminal oportunidades para realizar procedimentos que postergarão sua morte, mas pelos quais se pode cobrar.

Uma avaliação sistemática das implicações de uma conduta médica requer consideração de pelo menos quatro dos princípios básicos da Bioética: beneficência, não maleficência, autonomia e preservação da vida.

Beneficência (fazer o bem) e não maleficência (não fazer o mal)

Fazer o bem ao paciente é agir em seu melhor interesse. Isto não significa usar toda tecnologia médico-científica para preservar a vida a qualquer custo (arts. 6º e 57 do CEM). Deve-se considerar a relação entre riscos e benefícios fundamentada em estimativas de resultado para os procedimentos que melhor se adequarem para cada situação e, assim, obter um equilíbrio entre não maleficência e beneficência, no melhor interesse do paciente (arts. 5º e 21 do CEM).⁽⁷⁾

São estes princípios que devem ser aplicados quando é necessário decidir quando se vai usar procedimentos terapêuticos de prolongamento da vida, ou adotar procedimentos paliativos, excluindo a utilização de recursos que só irão provocar desconforto e postergar a morte.

Autonomia

Este princípio confere às pessoas o direito de escolher livremente seu próprio destino. O modelo paternalista, onde apenas o médico assume a decisão, é reprovável (arts. 46, 48 e 56 do CEM).

Problema maior surge nos casos envolvendo adultos inconscientes, crianças

➔ e adolescentes. No caso destes últimos, como ambos os pais são os defensores dos interesses de seus filhos, *a priori*, são eles que decidem (art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), mas este princípio não se aplica quando a decisão dos pais conflita com o melhor interesse destes pacientes. Neste caso, deve-se recorrer à decisão judicial.

A participação de menores nas decisões deve ser considerada. Seu direito à autonomia deve ser preservado. Idade, capacidade intelectual, cognitiva e emocional estão envolvidas na sua habilidade de contribuir para as decisões (arts. 15 e 16 do ECA). A capacidade de compreender a consequência de seus atos é um processo que se inicia a partir dos seis anos de idade e que vai amadurecendo até o final da adolescência.⁽⁸⁾ Desta forma o menor tem o direito de fazer opções relativas a seu tratamento, embora, em situações de risco, seja sempre necessário o consentimento dos pais ou responsáveis.

Sempre deve haver uma relação de confiança, boa comunicação e respeito mútuo entre o médico e o paciente e seus responsáveis, considerando os aspectos culturais, legais, morais e religiosos da família.⁽⁹⁾ Detalhes sobre a doença e seu prognóstico e sobre as opções terapêuticas devem ser explicados claramente à família para que esta lide com a situação de forma racional, pois decisões de pais muito ansiosos e angustiados, ou com sentimentos de culpa, podem ser o resultado de julgamentos intempestivos e emocionais.

Preservação da vida

Apesar de ser inquestionável a atitude de tentar preservar a vida (Declaração Universal dos Direitos do Homem; Declaração de Genebra; Código Internacional de Ética Médica; art. 4º do ECA; art. 6º do CEM), podem surgir dúvidas a respeito de determinados tratamentos que poderiam só estar postergando a morte e prolongando a agonia.

A interpretação do art. 57 do CEM, que veda ao médico *"deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente"* gera controvérsias. Permite questionar se utilizar meios para postergar a morte são do interesse do paciente terminal, ou se *"utilizar todos os meios disponíveis"* em seu favor é lhe oferecer alívio através de cuidados paliativos que lhe proporcionem uma morte em paz e digna.⁽⁷⁻⁸⁻⁹⁾

O art. 135 do CP conceitua o crime de omissão de socorro como: *"Deixar de prestar assistência, ..., à criança abandonada ou*

extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparo, ou em grave e iminente perigo; ...". Muitos entendem que suspender ou não indicar medidas de suporte de vida caracteriza, em qualquer circunstância, omissão de socorro. Estimula tal atitude o que diz o art. 13 do CP: *"O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido."*

Partindo da premissa de que pacientes terminais estão em processo inexorável de morte e não há como salvar suas vidas, é permitido entender que o art. 135 do CP não se aplica a estes casos. Prestar assistência na forma de atenções para o bem-estar físico, social, mental e espiritual do paciente, com apoio, informações e esclarecimentos apropriados a ele e a seus familiares não significa *"deixar de prestar assistência"*.⁽⁷⁻⁸⁻⁹⁾

A Lei nº 10.241/99, que estabelece os direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo, entre eles o de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida, representa um amparo legal a mais para não aplicar medidas de suporte de vida quando não adequadamente indicadas.⁽⁷⁻⁹⁻¹⁰⁾ Projeto de lei federal com conteúdo equivalente tramita atualmente no Congresso Nacional.

O grande valor que várias religiões atribuem à preservação da vida não significa, no caso de pacientes terminais, utilizar sempre todos os recursos disponíveis. O Papa João Paulo II esclarece o pensamento da Igreja Católica nos seguintes termos: *"Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. (...) A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana defronte à morte"*.⁽¹¹⁾

É oportuno lembrar o conceito de morte encefálica.⁽¹²⁾ Nestes casos não mais se aplicam os conceitos de preservação da vida, pois não se pode manter vivo quem já morreu. Tentar fazê-lo seria ocultar o diagnóstico de óbito.

Decisões conflitantes na manutenção do suporte à vida

Conceituar paciente terminal é uma tarefa ingrata e só tem importância discutí-lo em função da conduta que se vai

adotar. Procuramos conceituá-lo aqui como o portador de uma doença em um estágio que evoluirá inexoravelmente para o óbito, que causa grande sofrimento, sem possibilidades terapêuticas de cura ou controle. É imprescindível a análise caso a caso. O conceito jamais poderá ser estático, na medida em que os avanços contínuos da Medicina modificam os prognósticos, que são os pontos meritórios desta conceituação.

Enquanto se considerar que o paciente poderá se recuperar, o princípio de preservação da vida prevalecerá. Em outras situações, o princípio do alívio do sofrimento preponderará, exigindo a implementação de cuidados paliativos, ou seja, a canalização das atenções para o bem-estar global do paciente e de sua família (art. 12 do ECA).

Todos os componentes da equipe de saúde (médicos, enfermeiros, psicólogos, fisioterapeutas, assistentes sociais) que atende o paciente devem participar do processo de decisão. Se houver consenso a respeito da indicação de cuidados paliativos, a família deve ser esclarecida quanto às justificativas de tal orientação e participar da decisão quanto às condutas a implementar. Identificar as expectativas da família em relação aos resultados do tratamento e conscientizá-la quanto às suas reais potencialidades é fundamental no processo de decisão.

A família que tem acesso a informações, através da Internet, por exemplo, pode, às vezes, sugerir o uso de recursos irreais e fantasiosos e não aceitar limites terapêuticos. Situações em que a família quer fazer de tudo para salvar o paciente pelo uso de procedimentos inúteis, merecem que o médico pacientemente esclareça aos mesmos suas expectativas e não utilize um tratamento sem finalidade (arts. 33 e 157 do ECA; art. 42º do CEM). É importante esclarecer que não existe boa ou má tecnologia, mas seu bom ou mau uso.

O paciente adulto tem o direito de decidir como deseja ser tratado (arts. 48 e 57 do CEM).⁽¹⁰⁾ No caso de menores, o médico não está obrigado a acatar os desejos dos pais quando estes são claramente ineficazes (art. 42 do CEM). Nestes casos deve-se avaliar a relação entre benefícios e sofrimentos impostos ao paciente e evitar que o estresse psicológico ou financeiro determine a indicação ou não de determinado tratamento.

Os profissionais de saúde, quando frente a um paciente em situação de final de vida, além de questionar sua competência profissional, costumam apresentar ➔

➔ uma mistura de sentimentos que incluem esgotamento, impaciência e impotência. Alguns relutam em indicar-lhes condutas só paliativas, em parte, por sentirem que estarão desistindo deles e pelo desconforto em lidar com assuntos que envolvem a vida e a morte. A eles é importante assegurar o direito de receber suporte emocional para trabalhar no melhor interesse do paciente. Igualmente importante é assegurar o direito do médico de atuar segundo sua consciência e afastar-se do caso quando não se sentir confortável com as decisões tomadas pelo paciente e sua família (arts. 20 e 28 do CEM).⁽¹³⁾

Comentários finais

Cuidar é mais que curar e deve ser o objetivo principal da atuação médica, mesmo quando não é possível curar.⁽¹³⁾ Cuidar inclui controlar os sintomas (medidas de alívio), definir o local onde os cuidados serão ministrados (domicílio, hospital ou serviços de cuidados paliativos) e quem irá efetuar-los (familiares ou equipe de instituição). Isto não significa abdicar de tecnologias que, em algumas situações, podem ser utilizadas com finalidade paliativa de alívio.

Todos os serviços deveriam estabelecer protocolos de cuidados paliativos com embasamento ético, que evitem a utilização imotivada e fútil de recursos terapêuticos, priorizando medidas de bem-estar e buscando proporcionar cuidado integral ao paciente e à sua família durante todo o processo de final de vida, sendo importante assegurar o direito a acompanhamento familiar, espiritual e psicológico na medida em que o paciente e sua família necessitarem e maximizar o tempo com os familiares e amigos.⁽¹³⁾

O aparato tecnológico existente vem

exigindo dos profissionais da saúde uma conduta equilibrada quanto à sua aplicação no cuidar dos pacientes terminais, considerando que valores sociais, crenças, cultura, religiosidade tendem a predominar sobre a legislação existente, mostrando a necessidade de elaboração de leis e normas a partir de valores e princípios morais e éticos, que sofrem a influência não só dos usos e costumes transmitidos de geração em geração, mas também dos avanços científicos e da mídia, e não baseada em opiniões pessoais. É importante, portanto, estender esta discussão para todos os segmentos da sociedade, com a participação interprofissional, para atingir o objetivo comum à ortotanásia, definida como morte digna, de evolução natural, sem prolongamento artificial e em paz. ☺

Notas

- (1) PESSINI, L. *Distanásia: Até Quando Prolongar a Vida?*, São Paulo: Ed. Loyola, 2001.
- (2) PESSINI, L. *Eutanásia: Por Que Abreviar a Vida?* São Paulo: Ed. Loyola, 2004.
- (3) KÜBLER ROSS, E. *Sobre a Morte e o Morrer*, 10ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- (4) LEPARGNEUR, H. *Lugar Atual da Morte - Antropologia, Medicina e Religião*, São Paulo: Paulinas, 1986.
- (5) MARTIN, L.M. *A Ética Médica Diante do Paciente Terminal*, Aparecida/SP: Santuário, 1993.
- (6) MARTIN, L.M. "Eutanásia e Distanásia", in COSTA, S.I.F.; OSELKA, G.; GARRAFA, V. (coords.). *Iniciação à Bioética*, Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998: 171-192.
- (7) HIRSCHHEIMER, M.R.; CONSTANTINO, C.F.; KOPELMAN, B.I. "Bioética em terapia Intensiva Pediátrica", in CARVALHO, W.B.; HIRSCHHEIMER, M.R.; MATSUMOTO, T. (eds.). *Terapia Intensiva Pediátrica*, 3ª ed., São Paulo: Liv. Atheneu Ed., 2006: 87-97.
- (8) DEPARTAMENTOS DE BIOÉTICA E DE CUIDADOS INTENSIVOS DA SOCIEDADE DE PEDIATRIA DE SÃO PAULO.

"Dilemas éticos no tratamento intensivo pediátrico - ressuscitação cardiopulmonar", *Rev Paul Pediatr*, 18(4), 2000: 186-190.

- (9) KOPELMAN, B.I.; CONSTANTINO, C.F.; TORREÃO, L.A.; HIRSCHHEIMER, M.R.; CIPOLLOTTI, R. & KREBS, V.L.J. "Bioética e Pediatria", in LOPEZ, F.A.; CAMPOS JÚNIOR, D. (eds.), *Tratado de Pediatria*, São Paulo: Ed. Manole, 2007: 15-25.
- (10) GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO - Lei nº 10.241. *Diário Oficial do Estado de São Paulo* de 18/03/1999.
- (11) IOANNES PAULUS, P.P. II. *Evangelium vitae - Capítulo III: Não Matarás - A Lei Santa de Deus*, em 25/03/1995. Internet: http://www.vatican.va/edocs/POR0062/_PO.HTM, acessado em fev/2007.
- (12) CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA: Resolução nº 1.480/97, *Diário Oficial da União* de 21/08/1997.
- (13) GUTIERREZ, P.C. "A ética e o atendimento ao paciente terminal", *Menino Jesus Notícias* (17), maio-junho 2005: 2.

Mário Roberto Hirschheimer

Supervisor médico do Hospital Municipal Infantil Menino Jesus da PMSP, responsável pela UTI do Pronto Socorro Infantil Sabará (São Paulo/SP), secretário-geral da Sociedade de Pediatria de São Paulo e membro dos Departamentos de Bioética da Sociedade Brasileira de Pediatria e da Sociedade de Pediatria de São Paulo

Clóvis Francisco Constantino

Coordenador do Curso de Ética e Bioética do Conjunto Hospitalar do Mandaqui (São Paulo/SP), membro do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp), 3º vice-presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM), ex-presidente da Sociedade de Pediatria de São Paulo, presidente do Departamento de Bioética da Sociedade Brasileira de Pediatria e membro do Departamento de Bioética da Sociedade de Pediatria de São Paulo

13º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

Você não pode perder o maior evento das Ciências Criminais do Brasil. O 13º Seminário Internacional do IBCCRIM acontecerá no período de 8 a 11 de outubro de 2007 no Hotel Gran Meliá Mofarrej em São Paulo. Em breve divulgaremos a programação que se encontra em fase de elaboração. Para mais informações acesse o site www.ibccrim.org.br, ou contate o Depto. de Cursos e Eventos pelo tel.: (11) 3105 4607

11º CONCURSO DE MONOGRAFIAS JURÍDICAS DO IBCCRIM

Em breve serão abertas as inscrições para o 11º Concurso de Monografias Jurídicas do IBCCRIM. O regulamento estará à disposição dos interessados no site www.ibccrim.org.br e no Departamento de Cursos e Eventos do IBCCRIM, a partir de meados de março de 2007. O trabalho premiado será conhecido no 13º Seminário Internacional do IBCCRIM, que será realizado no período de 8 a 11 de outubro de 2007. Mais informações: www.ibccrim.org.br ou pelo tel. 3105-4607, ramais 144 ou 140.

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL UNIRITTER / IBCCRIM - 2ª EDIÇÃO

Aula inaugural: Carlos Vico Mañas
Data: De março a dezembro de 2007
Horário: de segunda a quinta-feira, das 07h45 às 22h50 e às sextas-feiras, das 07h45 às 17h00.
Local: Sede da Faculdade de Direito: Rua Santos Dumont, 888 - Niterói Canoas - RS
Informações e Inscrições: www.uniritter.edu.br ou pelo fone: (51) 3464-2024, com Rafael Gaston ou Fatten Zaidan (de segunda a quinta-feira, das 9h30 às 22h30 e às sextas-feiras, das 9h30 às 17h).

A preocupação com o aumento do investimento público e privado, como estratégia para promover o crescimento econômico, tem estado na pauta das discussões em tempos recentes. Um dos aspectos considerados é o da necessidade de um ambiente que garanta os investimentos, assegurando os direitos de propriedade e o cumprimento dos contratos, tarefa que cabe principalmente ao Judiciário.

A reforma do Judiciário tem como premissa, portanto, melhorar este ambiente de investimentos. As reformas, iniciadas na legislação processual há mais de dez anos e que resultaram em uma emenda constitucional, combatem a lentidão e a ineficiência do Judiciário, procurando eliminar as distorções que este provocaria na economia. Algumas das reformas atacam os supostos efeitos de uma politização do Judiciário, tese sustentada por diversos economistas e alguns dos reformadores. Os juízes, segundo eles, não dariam garantia ao cumprimento dos contratos, preferindo violar a lei e proferir decisões em favor das partes mais fracas. Este ativismo judicial teria como objetivo mitigar as agudas diferenças sociais, e teria como resultado espantar o investimento e travancar o desenvolvimento econômico, com consequências para todos.

A idéia de um juiz ativista, entretanto, causa espécie aos que militam na profissão e aos que freqüentaram cursos jurídicos. O processo de seleção dos juízes e sua forma de carreira faz com que apenas os mais cílios da declinação perfeita do latim e os mais orgulhosos do conhecimento pormenorizado do Direito escolham a carreira. Difícil imaginar este juiz que põe a ideologia à frente de seu conhecimento jurídico e orgulho profissional. De onde viria esta idéia de um ativismo judicial, que tanto diverte aos economistas?

Na realidade, encontramos, de tempos em tempos, movimentos como o *uso alternativo da justiça*, proposta de um grupo de juízes, advogados e militantes do Direito da Região Sul, ou ainda o *direito livre de Hermann Kantorowicz*. Todos têm em sua base a idéia de garantir maior liberdade ao juiz para decidir sem tanto apreço pela lei, podendo até mesmo decidir contra ela. As propostas são revolucionárias e seus defensores ruidosos, mas o impacto sobre o dia-a-dia das decisões judiciais é pífio.

Também não ajuda muito a postura da maioria dos juízes que, quando perguntados, garantem terem preocupações sociais e ainda que manifestariam essa preocupação na análise de ações judiciais que envolvem contratos. Em dois estudos diferentes, **Bolívar Lamounier** e **Armando Castelar Pinheiro** colocam estes juízes frente a um dilema: em um extremo manter um contrato independente de to-

das as suas conseqüências sociais, no outro extremo ignorarem o contrato como forma de alcançar justiça social. Os juízes, envergonhados de seu papel de aparato neutro em uma sociedade tão injusta, tendem a concordar com a segunda posição. É uma resposta que diz tanto sobre a forma como decidem quanto pesquisas que perguntam sobre hábitos de filantropia das pessoas: responde-se o que parece socialmente certo, não o que realmente se faz.

Para entender o fenômeno é necessário olhar o que acontece nas decisões judiciais. Esta análise de casos, de pouca tradição no Brasil, deve pautar-se por rigorosos métodos de pesquisa e estatísticos, tarefa árdua para os acadêmicos de Direito. As hipóteses e resultados devem ser submetidos ao escrutínio da comunidade científica, sendo apresentados em congressos, para discussão não apenas entre pesquisadores do Direito, mas também entre economistas, estatísticos, sociólogos e antropólogos.

Foi este o percurso feito por nós em dois anos de pesquisas, resultando até agora em dois trabalhos: "Os juízes favorecem a parte mais fraca?" e "Robin Hood *versus* King John: Como os juízes locais decidem casos no Brasil". Os testes são, em síntese, bastante simples. A segurança jurídica adviria da manutenção dos contratos por seus próprios méritos. Vale o que está escrito, pouco importando se o contrato favorece ao rico, ao pobre ou ao papa. Se quando o contrato favorece ao papa temos uma chance maior de que ele seja mantido pela Justiça, temos um viés danoso para a sociedade. O resultado destas pesquisas é surpreendente.

Quando a cláusula contratual favorece a parte mais fraca, ela tem *menos* chance de ser mantida. O fenômeno ocorre tanto se o teste é feito apenas em São Paulo quanto quando se inclui outros estados. Também não faz diferença se analisamos diversas áreas do Direito ou se nos concentramos apenas nos contratos de crédito e comerciais (segundo **Arida, Bacha e Lara-Resende**, estas seriam as áreas onde o suposto viés em favor do hipossuficiente prejudicaria mais o desempenho econômico). Em todos os casos, a parte mais forte tem uma vantagem entre 39% e 45% em relação à parte mais fraca.

Quando a cláusula contratual favorece os "novos coronéis", na expressão criada por **Victor Leal** e renovada por **Barbosa Lima Sobrinho**, este se dá melhor ainda. Não apenas ganha do hipossuficiente, mas também leva de goleada as grandes empresas nacionais ou as multinacionais. Empresas familiares, de propriedade de chefes políticos ou membros da elite local têm entre 26% e 38% mais chances de ter uma cláusula contratual em seu favor mantida do que empresas do porte da Pe-

trobrás, Citibank e outras. Quanto maior a desigualdade social, maior o poder dos "novos coronéis". É o que chamamos de *subversão paroquial da justiça*.

O que salta aos olhos é a ampla vantagem do pequeno contratante, do pequeno investidor e consumidor. Não é suficiente ter apenas os contratos que favorecem grandes investidores sendo garantidos, mas é necessário assegurar a qualquer um que decida contratar que os acordos serão respeitados. Existem grandes obstáculos quando se trata de proteger os direitos do pequeno contratante e isso pode ser igualmente danoso ao desenvolvimento econômico. Ilustrativo dessa situação é a pesquisa que o Supremo Tribunal Federal conduziu no Rio de Janeiro em 2004, mostrando que 49,5% das ações em matéria de responsabilidade civil nos Juizados Especiais Cíveis foram ajuizadas contra apenas 16 companhias. Estas empresas foram condenadas a pagamentos totais equivalentes a 2,3 bilhões de dólares, e ainda persistem nas práticas que levaram às condenações. Neste contexto, uma pessoa que percebe que seus direitos não serão assegurados evitará contratar com uma parte mais poderosa, deprimindo o mercado de crédito, diminuindo o valor das marcas comerciais (pois a suposta garantia oferecida pelas marcas não teria credibilidade) e aumentando o tamanho do mercado informal.

Também não se trata de dizer que a justiça não favoreça ao devedor de má-fé. A simples demora dos procedimentos judiciais torna muito vantajosa a posição de devedor. Também ensina comportamentos oportunistas de quem não deseja cumprir obrigações contratuais. Porém, as políticas públicas para contornar esses problemas são bem diferentes das que se aplicaria no caso de um viés em favor do hipossuficiente. A reforma do Judiciário necessita um estudo profundo e cuidadoso de suas premissas, sob pena de se incorrer em alterações legislativas tumultuárias e inócuas para a melhora do ambiente de investimentos. ●

Ivan César Ribeiro

Graduado pela FEA/USP e pela FD/USP, mestre em Economia de Empresas pela FEA/USP, editor-chefe da *Review of Economic Development, Public Policy and Law* e pesquisador em Direito e Economia

Brisa Lopes de Mello Ferrão

Graduada pela FD/USP, mestranda em Direito pela mesma instituição, editora-associada da *Review of Economic Development, Public Policy and Law*, membro-fundador da *T&D - The Young Researchers' Worldwide Network on Economic Development, Public Policies and Law* e pesquisadora do IDCID/Ford Foundation e da EDESP/FGV

A LEI Nº 11.435, DE 28.12.2006 E O “NOVO” ARRESTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

As medidas cautelares patrimoniais penais previstas no Código de Processo Penal eram o seqüestro, a inscrição da hipoteca legal⁽¹⁾ e o seqüestro prévio à inscrição da hipoteca legal, por muitos também denominado *arresto*.⁽²⁾

Especificamente com relação ao seqüestro, o Código de Processo Penal apresentava quatro modalidades distintas de seqüestros: (1) o seqüestro de bens imóveis que fossem proventos da infração penal (CPP, art. 125 a 132); (2) o seqüestro dos bens móveis que fossem proventos da infração penal e não pudessem ser objeto de busca e apreensão (art. 132); (3) o seqüestro dos bens imóveis, prévio à inscrição da hipoteca legal (CPP, art. 136); (4) o seqüestro dos bens móveis, prévio à inscrição da hipoteca legal (CPP, art. 137). Além dessas quatro modalidades de seqüestro do CPP, há quem entenda que ainda subsiste o seqüestro do Decreto-lei nº 3.420/41.

A Lei nº 11.435, de 28 de dezembro de 2006, alterou o Código de Processo Penal para fazer uma correção terminológica. A doutrina já destacava uma inadequação na denominação *seqüestro*, sobre bens imóveis e sobre bens móveis, prévio à inscrição da hipoteca legal (CPP, art. 136 e 137, respectivamente). Muitos, inclusive, a despeito da terminologia legal, já denominavam tal medida de *arresto*.⁽³⁾

A nova lei modificadora alterou os nomes dos institutos para adequar o CPP ao que já proclamavam a doutrina e a jurisprudência. Os seqüestros prévios à inscrição da hipoteca legal passaram a ser denominados *arrestos*. Além disso, corrigiu-se um erro evidente na parte final do art. 137 do CPP, que se referia à hipoteca legal dos *móveis*, quando o correto seria *imóveis*.

De qualquer forma, não se deve menosprezar o significado da lei. Seria equivocada dizer que a nova lei só alterou nomes ou que foi uma *mera* correção terminológica. Corrigir erros no emprego de vocabulário técnico não é pouca coisa. Como adverte **Cândido Rangel Dinamarco**, “*mede-se o grau de desenvolvimento de uma ciência, pelo refinamento maior ou menor de seu vocabulário específico. Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados, onde o método não chegou ainda a tornar claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem e as palavras se usem sem grande precisão técnica*”.⁽⁴⁾ Portanto, aclarar ou aprimorar conceitos não deixa de ser um objetivo significativo de uma lei, mesmo que desta distinção ou depuração conceitual não decorra uma consequência prática direta ou imediata, como no presente caso. Não se constrói uma ciência sem rigor terminológico e conceitual.

Mas faltaria à Lei nº 11.435/06 uma maior relevância prática. Todavia, devemos procurar ler as entrelinhas e tentar decifrar seus significados ocultos. Nos últimos anos, cresceu muito a utilização das esquecidas medidas cautelares patrimoniais que, até bem pouco tempo, não tinham relevância prática. Procurou-se atingir criminosos e organizações criminosas no fim específico de suas atividades: o lucro.

Eis que o patinho feio se transforma no belo cisne da persecução penal. As bombásticas e midiáticas operações policiais, em especial da Polícia Federal, além de interceptações telefônicas e prisões temporárias e preventivas, também incluem buscas e apreensões de bens móveis, para fins de seqüestro de “todos” os bens dos investigados. Prendem-se os investigados e seqüestra-se todo seu patrimônio. A imprensa — que já sabe de tudo o que corre nos autos sigilosos do intitulado “procedimento criminal diverso” — não se contenta mais em mostrar o investigado sendo preso e algemado... tem que exibir as mansões cinematográficas e os caríssimos carros importados que serão seqüestrados.

Partindo desse novo interesse nas medidas cautelares patrimoniais penais é que surge a alteração do Código de Processo Penal. A mudança tem o grande mérito de destacar duas classes de medidas cautelares patrimoniais: o **seqüestro**, de bens imóveis ou móveis, incidente sobre determinado e específico bem, provento da infração; o **arresto**, de bens imóveis ou móveis, prévio à inscrição da hipoteca legal que, em tese, pode incidir sobre todo e qualquer bem do investigado ou acusado.

O **seqüestro de bens imóveis está disciplinado nos arts. 125 a 131** do CPP, tendo por objeto o produto do crime. Embora o art. 125 se refira aos “*proventos da infração*”, tem-se admitido que eles abrangem tanto o produto direto da infração (p. ex.: um imóvel cuja propriedade foi obtida mediante um estelionato) quanto seu produto indireto ou proveito do crime (p. ex.: uma fazenda comprada com o dinheiro do contrabando),⁽⁵⁾ desde que existam “*indícios veementes da proveniência ilícita dos bens*” (CPP, art. 126). O mesmo regime se aplica ao **seqüestro de bens móveis (CPP, art. 132)**, caso não seja possível a medida cautelar de busca e apreensão.

Fica claro, portanto, que o seqüestro só pode recair sobre bem ligado à atividade criminosa. Ou seja, somente são passíveis de seqüestro os bens que tenham sido ilicitamente incorporados ao patrimônio do acusado ou investigado, seja porque foram adquiridos após a prática da infração, seja porque dela são o produto direto. Conseqüentemente, os bens adquiridos

antes da prática delitiva jamais poderão ser seqüestrados.⁽⁶⁾ Mais do que isso, sendo a medida cautelar um instrumento destinado a assegurar a utilidade e eficácia de uma provável sentença penal condenatória, obviamente o seqüestro somente poderá incidir sobre bens que tenham relação com o próprio crime objeto da investigação ou da ação penal. Não se pode seqüestrar bens que integrem o patrimônio ilícito do acusado, mas que tenham sido obtidos pela prática de um crime diverso daquele que é objeto do inquérito policial ou da ação penal em que se requereu a medida cautelar.

Estes seqüestros dos arts. 125 a 132 do CPP permaneceram inalterados. E, embora a expressão *seqüestro* não seja unívoca, seu emprego se mostra adequado, posto que se trata de medida incidente sobre bens determinados,⁽⁷⁾ mesmo que não sejam litigiosos, no sentido do art. 822 do Código de Processo Civil. Ou seja, são medidas cautelares patrimoniais que têm por objeto bens específicos e individualizados sobre o patrimônio de alguém.

Já no caso do “novo” **arresto prévio à inscrição da hipoteca legal, previsto no art. 136 do CPP**, poderão ser arrestados, em tese, todos os bens que integrem o patrimônio do acusado: bens adquiridos antes ou depois da prática delitiva, bens adquiridos lícita ou ilícitamente, enfim, bens relacionados ou não com o crime objeto da ação penal.

Importante observar, porém, que a medida não deve recair sobre todo o patrimônio, mas apenas sobre a parte dele que poderá vir a ser especializada, segundo a estimativa da responsabilidade e do valor dos imóveis sobre os quais incidirá a hipoteca legal. Todos os bens imóveis do acusado estão sujeitos à hipoteca legal e, por conseguinte, ao *arresto* prévio à inscrição da hipoteca legal. Assim, para definir o que poderá ser arrestado é necessário saber o que pode ser hipotecado.

A hipoteca legal deverá incidir, concretamente, sobre os bens na exata medida do que seja necessário para garantir a futura reparação do dano causado pelo delito. Poderá bastar um ou alguns bens. O ofendido ou o Ministério Público não poderão exorbitar, fazendo inscrever mais bens do que os necessários, cabendo ao juiz verificar se o valor dos bens especializados não excede o valor estimado da responsabilidade.

Na especialização e inscrição da hipoteca legal não se deve confundir o valor da responsabilidade (aquilo pelo qual é responsável o obrigado à hipoteca legal) com o valor do bem ou dos bens sobre os quais recairá a hipoteca. No requerimento de especialização haverá duas operações: uma para estimar o valor da responsabilidade

➔ civil, e outra, para estimar o valor dos imóveis (CPP, art. 135, *caput*). Depois, durante o procedimento de especialização e inscrição, um avaliador judicial ou, na sua falta, um perito nomeado pelo juiz, deverá fazer o “*arbitramento do valor da responsabilidade e a avaliação dos imóveis designados*” (CPP, art. 135, § 2º).

A especialização e a “inscrição” da hipoteca legal têm por objetivo assegurar e fazer valer o direito real de garantia (CC, art. 1.489, inc. III), visando resguardar parte do patrimônio do indiciado ou acusado para a reparação do dano causado pelo delito e, em caráter secundário, para o pagamento da pena de multa e das despesas processuais (CPP, art. 140).

Se o arresto do art. 136 é um arresto prévio à especialização e inscrição da hipoteca legal, seu escopo tem que estar ligado ao daquele. A finalidade do arresto do art. 136 é evitar o perigo que advirá com a demora da especialização e inscrição da hipoteca legal.⁽⁸⁾ Assim, na petição em que se requer o arresto do art. 136 já deve ser estimado o valor da responsabilidade e o valor dos bens. O juiz não poderá, ainda que com base em uma cognição sumária, decretar o arresto do art. 136 do CPP sem que haja tal estimativa, nem em relação a bem ou bens cuja estimativa de valor seja superior ao prognóstico do valor da responsabilidade civil *ex delicto*.

Não havendo bem imóvel ou sendo estes insuficientes, poderá haver o **arresto de bens móveis suscetíveis de penhora, previsto no art. 137 do CPP**.

Em suma, a segunda conclusão parcial é que os antigos *seqüestros* prévios à hipoteca legal, previstos nos artigos 136 e 137 do CPP, tiveram a sua denominação alterada para *arresto*. Não houve mudança quanto ao conteúdo dos institutos, mas a alteração de seu *nomen iuris* indica a necessidade de se atentar para o fato de que se tratam de medidas a incidir sobre bens determinados e individualizados, na estrita medida do necessário para assegurar futura responsabilidade civil que, desde logo, deverá ser estimada.

Não se pode deixar de observar, por fim, que já existiu outro seqüestro no processo penal brasileiro. O **Decreto-lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941**, anterior ao CPP, tratava de um seqüestro de bens em favor da Fazenda Pública. A doutrina já se manifestava pela ab-rogação do decreto com o início de vigência do CPP.⁽⁹⁾ A questão, contudo, não é pacífica, havendo acórdãos recentes do STJ reconhecendo a vigência do instituto. Todavia, a nova lei deixou ainda mais evidente que o referido instituto não mais subsistia. Primeiro, porque se ainda estivesse em vigor, a preocupação terminológica a ele também deveria ter se estendido, passando a ser deno-

minado *arresto*. Segundo, porque o seqüestro de imóveis previsto no Decreto-lei nº 3.420/41 era um “seqüestro prévio à inscrição da hipoteca legal”, que passou a ser integralmente regulado pelo CPP, e que agora passou a se chamar “arresto”. O seqüestro do Decreto-lei nº 3.420/41 podia “*recair sobre todos os bens do indiciado*” (art. 4º, *caput*), desde que houvesse “*indícios veementes da responsabilidade*” do acusado (art. 3º, *caput*), por crime de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública (art. 1º). Uma vez operado o “seqüestro” dos imóveis, o juiz deveria determinar, *ex officio*, “*a averbação do seqüestro no registro de imóveis*”, e o Ministério Público promovia “*a hipoteca legal em favor da fazenda pública*” (art. 4º, § 2º, n.ºs 1 e 2, respectivamente). Já no caso dos bens móveis, o juiz deveria nomear depositário (art. 4º, § 1º), a quem incumbiria a guarda e conservação do bem, sendo o mesmo regime que atualmente está disciplinado no CPP, no art. 137 c/c art. 139. Fica claro, portanto, que não se tratava de um seqüestro sobre os proventos da infração, nos moldes do previsto nos arts. 125 a 132 do CPP, mas sim de um “*seqüestro prévio à inscrição da hipoteca legal*”, nos termos dos arts. 136 e 137 do CPP. A finalidade desse seqüestro era assegurar o futuro perdimento em favor da Fazenda Pública, dos produtos e proveitos do crime (art. 8º), bem como o ressarcimento do prejuízo causado à Fazenda Pública (art. 9º), não satisfeito pela perda dos produtos ou proveitos do crime.

Em conclusão: no CPP havia o seqüestro dos bens imóveis e móveis que fossem proventos da infração penal e integravam ilícitamente o patrimônio do acusado (CPP, art. 125 a 132), que continua com o mesmo nome e disciplina legal. Somente poderão recair sobre bens que sejam produto direto ou indireto da infração, não podendo atingir outros bens do indiciado ou acusado. Já os *seqüestros* sobre imóveis ou móveis, prévios ao requerimento de especialização e inscrição (*rectius*: averbação) da hipoteca legal, que poderiam recair, em tese, sobre quaisquer bens do patrimônio do acusado, inclusive aqueles adquiridos lícitamente e, mesmo que anteriormente à prática do delito (CPP, art. 136 e 137), passaram a ser chamados de *arrestos*. Neste caso, porém, será necessário especializar o bem ou bens, somente podendo ser arrestados tantos quantos bastem para garantia a futura reparação do dano, conforme estimativa feita pelo requerente da medida. Por fim, não é demais ressaltar, o antigo seqüestro do Decreto-lei nº 3.420/41 foi ab-rogado pelo CPP de 1941. ◉

Notas

(1) Melhor analisando a questão, concluímos que

o requerimento de especialização e “inscrição” da hipoteca legal não é uma medida cautelar, mas um procedimento de jurisdição voluntária, tal qual ocorre no processo civil (CPC, art. 1.205 a 1.210), promovido perante o juiz penal. A hipoteca legal de imóveis, em si, é um direito real de garantia que existe *op legis* (CC, art. 1.489, inc. III), mas para ser efetivado deve ser requerida a especialização dos bens (CPP, art. 135, *caput*) — para se saber sobre quais recai o direito — e a sua inscrição no registro de imóveis (CPP, art. 135, § 4º).

- (2) Embora haja respeitáveis posicionamentos em contrário, entendemos que a restituição de coisa apreendida não é medida cautelar. Para uma análise mais profunda da questão, cf.: **Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró** “Tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 59, pp. 260-286, mar./abr. 2006.
- (3) Em sentido contrário, **Rogério Lauria Tucci** (“Seqüestro prévio e seqüestro no CPC: Distinção”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 5. São Paulo, p. 145) nega que a medida prevista no art. 136 consista em *arresto*, posto que não poderia ser “*dirigido indiscriminadamente a todo e qualquer bem integrante do patrimônio do indiciado ou acusado*”, devendo ser indicado “*expressamente, o bem ou os bens sobre os quais ele deva recair*”.
- (4) “Vocabulário de Direito Processual”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000. v. I, p. 136.
- (5) Nesse sentido, cf.: **Roberto Lyra**. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. II, p. 462; **José Frederico Marques**. *Tratado de Direito Penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1966, v. III, p. 300; **Sérgio Marcos de Moraes Pitombo**. *Do Seqüestro no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 11; **Tucci**, “*Seqüestro prévio ...*”, p. 143.
- (6) Na jurisprudência: STF, REExt. nº 40.253/MG, rel. min. **Cândido Lobo**, j. 12.05.1959, RTJ 12/111; STF, REExt. nº 26.068, rel. min. **Hahnemann Guimarães**, j. 21.11.1961, RTJ 24/427; TJSP, Ap. nº 1.071-3, 1ª C. Crim., rel. des. **Ítalo Galli**, j. 07.04.1980, RT 544/350; TJSP, MS nº 25.916-3, 4ª C. Crim., rel. des. **Gonçalves Sobrinho**, j. 27.02.1984, RT 594/333.
- (7) **Sérgio Marco de Moraes Pitombo**. *Do Seqüestro no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 128.
- (8) **Hélio Tornaghi**. *Comentários ao Código de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. I, t. I, p. 378.
- (9) Cf.: **Pitombo**, *Do Seqüestro ...*, p. 107; **Tucci**, “*Seqüestro prévio ...*”, p. 138. Na jurisprudência, embora minoritária: STJ, RMS nº 6.728/RS, 6 T., rel. min. **Luiz Vicente Cernicchiaro**, j. 26.08.1996, v.u., RT 738/578. Aliás, não se pode deixar de observar que a chamada “Lei de Lavagem de Dinheiro”, Lei nº 9.613/98, ao disciplinar a apreensão e o seqüestro de bens, em seu art. 4º, na disciplina do modo de efetivação de tais medidas, determina que se proceda “*na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal*”. Por que não houve referência ao Decreto-lei nº 3.420/41? Certamente porque tal diploma foi ab-rogado pelo Código de Processo Penal.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
Professor doutor de Direito Processo Penal
da Faculdade de Direito da USP e da
Universidade de Taubaté e advogado

A RETENÇÃO DO PASSAPORTE COMO MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO PROVISÓRIA

André Pires de Andrade Kehdi

André Pires de Andrade Kehdi

Ao julgar o HC nº 86.916, o STF, em decisão relatada pelo o min. **Sepúlveda Pertence** (1ª T., j. 02.05.06, m.v., DJU 08.09.06), cassou a ordem de prisão preventiva existente contra os pacientes. Condição suas solturas, contudo, ao depósito dos passaportes em juízo.

Agora tomada pela nossa Suprema Corte, essa medida há tempos é adotada nos mais variados processos como forma de cautela, a fim de impedir que, viajando para o exterior, possam os acusados furtar-se à eventual aplicação da lei penal.

Por imbricar com a liberdade individual, entretanto, a (i)legalidade dessa prática está a merecer maior reflexão.

Como enfatiza **José Cretella Júnior**,⁽¹⁾ o “*Preâmbulo costuma dar a altura ideológica, numa fórmula imperativa, à Constituição*.” Exprime, por outras palavras, os propósitos a que a Carta se presta.

Não é por acaso, portanto, que Textos Constitucionais outorgados no Brasil por regimes autoritários como os de 1937, 1967 e 1969 (EC nº 1) não dirigiram uma palavra sequer nos seus prefácios à aspiração de se garantir, ao povo, a liberdade.

Nessa linha, revela-se muito significativa a abertura da Constituição Federal de 1988. Nela, registrou-se que intenção do povo brasileiro foi instituir “*um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*.”

A nação, traumatizada com a repressão imposta pela ditadura militar, buscou dar redobrada atenção à liberdade. Mesmo consciente de que ela está incluída no “*exercício dos direitos sociais e individuais*”, houve por bem o Constituinte Originário referi-la separadamente. E mais: mencionou-a como o primeiro dos direitos individuais, de modo a deixar inequívoca a sua relevância para a ordem normativa hoje imperante.

Num Estado Democrático de Direito, que se traduz na “*experiência imemorial de que o poder tende ao abuso, e que este só é evitado, ou, ao menos, dificultado, quando o próprio Estado obedece à lei e está enquadrado num estatuto jurídico a ele superior*”,⁽²⁾ é imprescindível, como enfatiza **Canotilho**,⁽³⁾ o princípio da legalidade, “*instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei)*”.

Nesse sentido, não espanta que à li-

berdade, decorrência direta do basilar princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), tenha dedicado a Carta de 1988, em várias de suas facetas, diversos e específicos dispositivos, a começar por aquele que prevê que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” (art. 5º, II).

O princípio da legalidade ali instituído implica, entre outras imposições, que “*nenhuma autoridade pode tomar decisão individual, obrigando alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, que não se contenha nos limites fixados por uma disposição ou regra geral, ou seja, por uma lei formal ou material*”.⁽⁴⁾

Embora seja sabido que “*só a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias*”,⁽⁵⁾ há casos específicos nos quais a Constituição Federal, demonstrando zelo redobrado por determinado tema, impôs expressamente o princípio da reserva de lei.

É a hipótese da liberdade de locomoção (art. 5º, XV, CF), uma das vertentes da liberdade amplamente assegurada a todos os que estejam no nosso país: “*é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*”.

Determinou o Constituinte, assim, que só a lei, “*entendida como decisão emergente de um procedimento onde participaram forças sociais e políticas, maioritárias e minoritárias, representadas no parlamento, e a idéia de lei como acto de consentimento (auto-ordenação) dos cidadãos relativamente às medidas nela previstas*”,⁽⁶⁾ pode estabelecer restrições à entrada e saída do país.

Nesse caso, fora das hipóteses expressamente nela previstas, a liberdade de locomoção — parcela desse direito fundamental que, como se viu, é consagrado como um dos mais relevantes pela Carta — não pode ser de forma alguma cerceada, sob pena de inconstitucionalidade.

No âmbito do processo penal, essa norma deve emergir obrigatoriamente da Função Legislativa da União, nos termos do que dispõe o art. 22, inciso I, da Constituição. Lei Federal, portanto.

Analisando-se a legislação pátria, porém, verifica-se que a retenção do documento de identidade internacional não está prevista entre as medidas restritivas de liberdade aplicáveis contra o imputado.

De fato, considerando que a liberdade é a regra democrática, e como vige entre nós o princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF), “*regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judi-*

ciário”,⁽⁷⁾ se não for o caso de responder o réu ao processo preso por força das hipóteses excepcionais do art. 312 do CPP, qualquer restrição somente poderá ser-lhe imposta se estiver em liberdade provisória, com ou sem fiança. Ainda assim, dependerá de taxativa previsão legal.

E, nesses casos, quando concedida a *contracautela* nos termos do art. 310 do CPP, basta ao acusado comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício. Quando libertado mediante fiança — a forma mais intensa de vinculação do defendente solto ao processo hoje existente em nosso ordenamento — prevê o art. 328 do CPP que não poderá o réu “*mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado*”.

Assim, só se exige autorização judicial para a mudança de residência. No mais, pode ausentar-se dela o réu (leia-se: ir a outro bairro, cidade, estado ou país...) por até oito dias sem nada comunicar ao juízo. Essa providência só se fará necessária se tal prazo for superado.

É por isso que o STJ, no julgamento do HC nº 42.994 (5ª T., rel. min. **José Arnaldo da Fonseca**, j. 18.10.05, v.u., DJU 21.11.05), deixou assentado que nem o acusado em liberdade provisória pode ser impedido de viajar ao exterior.

O que dizer, então, daquele que não foi preso em flagrante e que responde ao processo em liberdade plena?

O que dizer, então, se tivermos em conta que a vetusta previsão do art. 369 do CPP⁽⁸⁾ — que impunha aos réus nessa situação o dever de comunicar ao juiz, caso fosse ausentar-se de sua residência por mais de 8 dias ou dela mudar-se, o local onde poderia ser encontrado ou o novo endereço — não mais vige entre nós?

Mesmo que referida norma não tivesse sido revogada pela Lei nº 9.271/96, ainda assim seria ilícita a retenção do passaporte!⁽⁹⁾

Nessa linha, tendo em mente que “*as hipóteses de cerceamento ao exercício do direito de liberdade são prefixadas em lei. Obedecem, ademais, ao critério numerus clausus*”⁽¹⁰⁾ e, outrossim, a advertência de **Thornaghi**,⁽¹¹⁾ para quem a “*lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes*”, não tememos em dizer, com **Alberto Zacharias Toron**,⁽¹²⁾ que “*revogado o art. 369 do CPP, soa odioso impor àquele que responde ao processo em liberdade e não está sob fian-*

A RETENÇÃO DO PASSAPORTE COMO MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO PROVISÓRIA

➔ *ça, tratamento mais rigoroso do que o dispensado ao réu afluído*”.

E nem se diga que seria possível, por força do art. 3º do CPP, impor tal medida com base no poder geral de cautela do juiz, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil. Afinal, é “*inadmissível restrição ao direito de ir e vir por interpretação extensiva, ou aplicação analógica do dispositivo legal, bem como com base em princípios gerais do direito*”,⁽¹³⁾ pelo que a “*autorização de restrição à liberdade individual tem que constar de texto expresso de lei. É o que deflui de diversos dispositivos da Carta Magna*”.⁽¹⁴⁾

Não por outra razão, está o Congresso Nacional preocupado em prever expressamente no Código de Processo Penal a medida em discussão.

De fato, consta da exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.208/01 (um daqueles que compõe o projeto de reforma do Código processual), após a afirmativa de que, entre as alterações pretendidas, está “*o aumento do rol das medidas cautelares, antes [atualmente] centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança do artigo 310, parágrafo único*”, a conclusão de que o “*grande avanço pretendido no sistema resulta da ampliação do leque de medidas cautelares diversas da prisão cautelar, proporcionando-se ao juiz a escolha, dentro de critérios de legalidade e de proporcionalidade, da providência mais ajustada ao caso concreto (artigo 319)*”.

Se e quando aprovado o projeto, a teor dos seus arts. 319, IV e 320,⁽¹⁵⁾ será lícita a medida. Por ora, todavia, afigura-se manifestamente ilegal, sendo passível de correção pela via do *habeas corpus*, já que cerceia nitidamente o direito de locomoção daquele a ela submetido.

Bem por isso, nossos Sodalícios têm repellido reiteradamente tal constrangimento ilegal. A propósito, ao julgar o HC nº 2006.03.00.047907-0 (j. 15.08.06, v.u., DJ 05.09.06), tratou o relator do sensível tema da fuga do paciente que, na hipótese apreciada, afirmou expressamente seu intuito de voltar a residir no seu país de origem, a Suíça. Após mencionar copiosa jurisprudência em seu respaldo, pontuou o relator, juiz convocado **Luciano Godoy**, uma das expressões do TRF da 3ª Região:

“*Deixo consignado que não escapa a este relator a suposição de o paciente, cidadão suíço, não mais retornar ao Brasil, o que ensejaria a frustração de eventual persecução penal.*”

Contudo, tal hipótese não se mostra bastante para a limitação ao direito de ir e vir de cidadão estrangeiro. Se assim o fosse, todo estrangeiro suspeito de envolvimento com crime estaria fadado a aguardar no Brasil o encerramento tanto de inquérito policial como de processo-crime.

A medida, ainda, acaba por gerar situa-

ções dispares, em evidente afronta ao princípio da igualdade insculpido no artigo 5º, da Constituição Federal. Os brasileiros investidos no mesmo procedimento administrativo detêm seus passaportes, podendo sair do país a qualquer momento.

Como mais um elemento de convicção, leva-se em conta que o Estado brasileiro poderá ser responsabilizado na hipótese de retenção de estrangeiro em seu território se o mesmo não for nem indiciado nem denunciado criminalmente.

Por fim, impõe-se considerar que o paciente encontra-se em liberdade e, independentemente da necessidade de autorização judicial para viajar, se assim quisesse, poderia empreender fuga.”

Nessa ordem de idéias, não obstante a recente decisão do STF mencionada no início deste artigo, é de se frisar que tanto o STJ⁽¹⁶⁾ como as demais Cortes pátrias,⁽¹⁷⁾ têm entendido de forma diversa — a nosso ver, com toda razão.

Além disso, também no Excelso Pretório o min. **Marco Aurélio** — que, não obstante tenha ficado vencido para soltar também outro paciente naquela ordem de *habeas corpus* (86.916), acabou por acompanhar o voto do min. **Sepúlveda Pertence** quanto ao tema aqui tratado —, já manifestou posicionamento diametralmente oposto nos autos do Inquérito nº 1.959 (decisão monocrática de 08.06.03, DJU 01.08.03).

Nessa medida, até que entre em vigor o projeto de Reforma do CPP — que é salutar em todos os sentidos, e reflete as tendências mais modernas do direito processual penal, em consonância com legislações estrangeiras — afigura-se ilegal a medida tomada nos autos do HC nº 86.916 pela Suprema Corte,⁽¹⁸⁾ como também o é a costumeira imposição de proibição de viajar sem autorização judicial, substancialmente análoga à retenção do passaporte.⁽¹⁹⁾ ●

Notas

- (1) *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, v. 1, p. 75.
- (2) **FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves**. *A Democracia Possível*, São Paulo: Saraiva, 1972, p. 34.
- (3) **CANOTILHO, José Joaquim Gomes**. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 371.
- (4) **CRETELLA JÚNIOR, José**. *Comentários...*, op. cit., p. 196.
- (5) **CANOTILHO, José Joaquim Gomes**. *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 793.
- (6) *Ibid.*, pp. 790/791.
- (7) STF, HC nº 80.719, 2ª T., rel. min. **Celso de Mello**, j. 26.06.01, v.u., DJU 28.09.01.
- (8) “Art. 369. Ressalvado o disposto no art. 328 [hipótese de fiança], o réu, depois de citado, não poderá, sob pena de prosseguir o processo à sua revelia, mudar de residência ou dela ausentar-se, por mais de oito dias, sem comunicar à autoridade proces-

sante o lugar onde passará a ser encontrado.”

- (9) [13] Como se vê pela sua redação, não se tratava de um **pedido de autorização** sujeito ou não ao deferimento, mas sim de uma simples **comunicação**, o que demonstra que estava **plenamente assegurado** o direito subjetivo à **locomoção**.
- (10) STJ, HC nº 4.252, 6ª T., rel. p/acórdão min. **Luiz Vicente Cernicchiaro**, j. 05.03.96, v.m., DJU 24.02.97.
- (11) *Instituições do Processo Penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1, p. 75.
- (12) “Retenção do passaporte do acusado: constrangimento ilegal”, in **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, nº 88, mar. 2000, p. 15. Tanto o julgado a que se refere a nota de rodapé nº 14, quanto a citação a que alude a de nº 15 foram também tirados deste artigo de **Toron**.
- (13) TRF2, HC nº 97.02.41744-9, 3ª T., rel. juiz **Valmir Peçanha**, j. 11.02.98, v.u., DJU 31.03.98.
- (14) *Idem*.
- (15) “**Capítulo V - Das Outras Medidas Cautelares**. Art. 319. As medidas cautelares diversas da prisão serão as seguintes: ... IV - proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução;” “Art. 320. A proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de vinte e quatro horas.”
- (16) Verbi gratia: RHC nº 12.575, 5ª T., rel. min. **Jorge Scartezini**, j. 12.11.02, v.u., DJU 16.12.02 e RHC nº 1.944, 6ª T., rel. min. **Pedro Acioli**, j. 09.06.92, v.u., DJU 24.08.92.
- (17) No **TJSP**: HC nº 289.581-3/0-00, 6ª Cam. Crim., rel. des. **Barbosa Pereira**, j. 05.08.99, v.u. No **TRF1**: RHC nº 94.01.29169-1/GO, 3ª T., rel. des. fed. **Fernando Gonçalves**, v.u., DJ 19.12.94. No **TRF2**, entre muitos outros: HC nº 97.02.18978-0, 4ª T., rel. juíza conv. **Simone Schreiber**, j. 24.09.97, v.u., DJU 13.11.97; HC nº 97.02.41744-9, 3ª T., rel. des. fed. **Valmir Peçanha**, j. 11.02.98, v.u., DJU 31.03.98; HC nº 98.02.09314-9, 2ª T., rel. des. fed. **Paulo Espírito Santo**, j. 02.06.98, v.u., DJU 15.09.98; HC nº 98.02.46106-7, 2ª T., rel. juiz conv. **Luiz Antônio**, j. 03.03.99, v.u., DJU 29.07.99; HC nº 1999.02.01.058420-4, 3ª T., rel. des. fed. **Maria Helena Cisne**, j. 25.04.00, v.u., DJU 04.07.00.
- (18) É digno de nota que esse acórdão parece só tê-la imposto porque sua concessão se deu para estender os efeitos de HC que, julgado no TRF da 4ª Região, libertou acusados no mesmo processo sob a condição de entrega dos passaportes. Não entrou o STF, portanto, na discussão sobre o tema. Não nos parece, contudo, que, a teor do art. 654, § 2º, do CPP, não pudesse (na verdade *devesse*) o Tribunal Constitucional, tomando com ela contato, extirpá-la do cenário jurídico.
- (19) Por essas e por outras, aquele que tem apego à liberdade, apego, enfim, à nossa Carta Maior, deve aplaudir em pé decisões como a do TRF da 1ª Região que, no notório caso relativo ao acidente com o Boeing da GOL, que custou a vida de 154 pessoas, reafirmou seu firme posicionamento sobre o tema (HC nº 2006.01.00.043351-1, 3ª T., rel. des. fed. **Cândido Ribeiro**, j. 05.12.06, v.u., pendente de publicação).

André Pires de Andrade Kehdi

Advogado em São Paulo, especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM e membro do IDDD - Instituto de Defesa do Direito de Defesa

A OTIMIZAÇÃO, AINDA TÍMIDA, DA ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO AO PRESO

Rogério Schietti M. Cruz

Rogério Schietti M. Cruz

A recente entrada em vigor da Lei nº 11.449/07 — que alterou o artigo 306 do CPP — supre antiga omissão do legislador brasileiro em prover a grande clientela da justiça criminal de assistência judiciária em momento de completa sujeição ao poder punitivo e cautelar do Estado.

A mudança é positiva, sobretudo porque abranda a seletividade do sistema punitivo brasileiro, o qual, mais do que em outras terras, exala forte “cheiro de *Direito Penal de classe*”,⁽¹⁾ como parece resultar claro da leitura de duas dissertações de mestrado defendidas recentemente na Universidade de Brasília, ambas fruto de notável pesquisa. Na primeira delas, de autoria de **Marina Grosner**, analisaram-se 3.249 *HCs* e *RHCs* julgados pelo STJ, de 1989 até 2004, envolvendo “trancamento” de inquérito policial e de ação penal. Em uma das dezenas de conclusões constatou-se que, perante aquela corte, houve um número bem maior de *writs* impetrados por advogados constituídos do que por defensores públicos. No outro estudo, realizado por **Fabiana Oliveira** a partir de dados coletados na Justiça Criminal de algumas capitais brasileiras, entre os anos de 2000 e 2004, demonstrou-se que os réus representados por advogado particular saíram mais cedo da prisão se comparados aos que foram patrocinados pela defesa pública,⁽²⁾ o que parece confirmar a *bontade* existente no foro criminal, de que “*o advogado do réu pobre é o juiz*”.

No tocante ao tema da assistência jurídica ao preso, vale lembrar que até bem pouco tempo chegava-se a admitir a realização de interrogatório judicial sem a presença de advogado. “*E isso porque — como ironicamente mencionado por Aduato Suannes — a Constituição diz que o advogado é indispensável. Imagine-se se ela dissesse ser ele dispensável!*”⁽³⁾ A despeito do mérito da nova lei, continua-se a admitir o interrogatório do preso, em Delegacia de Polícia, sem a presença de um profissional do Direito.

Dáí porque se mostra elogiável a intenção, manifesta na Justificativa do PL que deu origem à nova lei, de “*conferir maior celeridade à defesa do preso, assegurando-lhe, destarte, o regular exercício dos direitos subjetivos constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A rápida atuação da Defensoria, nos casos de réu preso, possibilitará ao acusado, logo na fase investigatória, ter conhecimento claro da imputação, poder apresentar alegações contra a acusação, poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova, ter defesa técnica elaborada por advogado, cuja função, aliás, é essencial à Administração da Justiça e poder*

recorrer da decisão que decretou a prisão.”

Com esse norte, reproduz-se na nova cabeça do artigo 306 do CPP a letra do artigo 5º, LXII, da Constituição da República, determinando-se a comunicação da prisão e do local em que a pessoa presa se encontra ao juiz competente e à família ou a pessoa por ela indicada. Saliente-se que a **comunicação** — que pode, a meu juízo, ser efetivada por diversos meios (telefone, fax, e-mail ou qualquer outra forma idônea a dar notícia do ato) — deve ser **imediata, a fim de que todos tenham notícia do paradeiro de determinada pessoa e sob que condição ela se encontra em uma delegacia**.

A novidade mais importante está na parte final da redação dada ao § 1º do mesmo dispositivo, onde se determina o **encaminhamento** — até 24 horas contadas da prisão — **do auto de prisão em flagrante** não só ao juiz competente (e ao Ministério Público, *ex vi* art. 10 da LC nº 75/93), como também à **Defensoria Pública**, “*caso o autuado não informe o nome de seu advogado*”.

Sem embargo, a novel legislação, embora mostrando inaudita preocupação com o preso economicamente desfavorecido, poderia ter avançado um pouco mais e exigir duas outras providências por ocasião desse momento de substancial importância para o desenvolvimento da persecução penal e para o destino da pessoa presa.

Primeiramente, para **efetivamente** cumprir a Constituição — quando assegura ao preso “*a assistência da família e de advogado*” (art. 5º, LXIII) — seria mister não apenas o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao defensor público, mas a obrigatoriedade de manterem-se profissionais do Direito disponíveis para prestar assistência jurídica ao preso antes mesmo da lavratura do auto de prisão em flagrante e, principalmente, antes de ser formalmente interrogado. A medida permitiria ao indivíduo privado de sua liberdade contar com a indispensável orientação sobre seus direitos e deveres, bem assim lhe protegeria a integridade física e moral, servindo como instrumento de controle da legalidade e da correção policial, no trato do encarcerado.

Outra providência correlata que poderia ter sido albergada pelo legislador diz respeito ao direito do preso de ser “*conduzido sem demora à presença de um juiz*”, conforme já incorporado ao sistema normativo brasileiro (Decreto nº 678/92, o qual reproduz a Convenção Americana sobre Direitos Humanos), circunstância que, todavia, não torna írrita norma similar mais explícita e detalha-

da, constante de diploma legal com maior carga de aceitação, o Código de Processo Penal.

A relevância da medida é manifesta, visto que o indivíduo preso permanece nessa condição por vários dias — quase sempre sem contar com a assistência de um profissional do Direito — até que se conclua o inquérito policial, se ofereça denúncia e seja ele judicialmente interrogado. Na hipótese de prisão temporária, a situação é muito pior, porquanto a Lei nº 7.960/89 prevê a possibilidade de perdurar a custódia por até 60 dias, sem prejuízo da substituição do título da prisão *ante tempus*. Além do prejuízo que essa longa demora em ter a assistência de um advogado ou defensor público acarreta para a defesa do futuro acusado, a longa demora de ser conduzido à presença do juiz faz desaparecer eventuais vestígios de outra grande chaga nacional, a tortura, que certamente é inibida se o policial sabe que o preso, horas após a prisão, vai avistar-se com um juiz de Direito.

Essas duas providências — (1) assistência efetiva de advogado, em regime de plantão, nas delegacias de polícia e (2) condução, sem demora, do preso à presença do magistrado (o próprio juiz plantonista) — foram sugeridas, por ofício da Procuradoria-Geral de Justiça do MPDFT à Presidência do Tribunal de Justiça, à OAB e à Defensoria Pública do Distrito Federal, em novembro de 2004, e, posteriormente, aos órgãos congêneres de outras unidades federativas, na expectativa de que, mesmo sem a edição de nova lei, sejam tais medidas implementadas, por meio dos instrumentos legais já disponíveis e suficientes, otimizando a racionalidade e a dignidade da justiça criminal. Afinal, “*se boas são as leis, melhor o bom uso delas*” (**Antônio Ferreira**). ◻

Notas

- (1) **Lênio Streck**. “A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico”, *Revista da Ajuris*, ano XXXII, nº 97, março/2005, p. 180.
- (2) Outras conclusões a que chegaram ambas as pesquisas são referidas em **Rogério Schietti M. Cruz** (*Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*, RJ: Lumen Juris, 2006).
- (3) **Aduato Suannes**. “O ativismo judicial”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, nº 27, jul-set 1999, p. 349.

Rogério Schietti M. Cruz

Procurador de Justiça (DF), mestre e doutorando em Processo Penal (USP)

O processo penal brasileiro não conhece a figura do acusado dissociada do defensor. *"Vivem, acusado e defensor, em verdadeira simbiose"*.⁽¹⁾ Qualquer que seja o procedimento, previsto na legislação comum ou especial, qualquer que seja a infração praticada, crime ou contravenção, qualquer que seja o acusado que a cometeu, o acompanhamento por profissional habilitado é imperativo. A Lei nº 11.449/07, seguindo a diretriz principiológica que se extrai do Código de Processo Penal, pretendeu tornar inequívoca a necessidade de assistência de defensor antes mesmo de iniciado o processo, na fase pré-cautelar da prisão em flagrante. A nova regulamentação legal procurou estender o papel da defesa além do processo judicial, ao exigir a comunicação à Defensoria Pública acerca da prisão em flagrante, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, *in verbis*:

"Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada."

§ 1º Dentro de 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública."

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas."

A Constituição Federal, no art. 5º, LXII, prevê a comunicação da prisão em flagrante ao juiz competente, à família do preso ou a pessoa por ele indicada, nos exatos termos da nova redação do art. 306, *caput* do CPP, dada pela Lei nº 11.449/07. Assim como as comunicações a serem realizadas pela autoridade policial, a fixação do prazo de 24 horas para a lavratura do auto de prisão em flagrante pouco inovou o ordenamento jurídico, seja porque a *Charta Magna* já dispunha sobre a cientificação da detenção a determinadas pessoas, seja porque se inferia do prazo de entrega da nota de culpa qual seria o lapso de tempo em que deveria finalizar a lavratura do auto de prisão e operar-se a comunicação da captura à autoridade judiciária.

Posto que pouco se alterou o panorama jurídico atinente às comunicações e prazos a que deve subordinação a autoridade policial, verdadeira inovação verificou-se na necessidade de informar a De-

fensoria Pública sobre a prisão efetuada.

O autuado pode ser atingido nos seus direitos pessoais e reais logo que a prisão se efetiva. A presença do defensor é necessária, pois a defesa não começa com a acusação formal. É do conhecimento geral que entre o início do inquérito policial e o começo da instrução criminal medeiam dias, semanas ou meses. Se o defensor não atuar na fase inquisitória, muitos elementos de interesse para a defesa não chegarão à fase contraditória e, mesmo confiando na autoridade policial, cujos atos presumem-se revestir de legalidade, não seria exagero imaginar, ao menos, o uso de critério seletivo de provas. São essas as razões pelas quais se conferiu ao autuado o direito de gozar de patrocínio da Defensoria Pública, a fim de que tenha tutelado, quanto antes, seus interesses, especialmente os concernentes à liberdade.

A remessa à Defensoria Pública da cópia do auto de prisão em flagrante, em relação ao autuado que não tenha indicado advogado constitui medida indispensável à manutenção da detenção. A omissão da autoridade policial não importa em nulidade do auto de prisão, desde que obedecidas as demais formalidades exigidas nos artigos 304 e 305 do CPP. A consequência da falta de comunicação à Defensoria Pública não afetaria o auto de prisão lavrado, perfeito e acabado, mas teria repercussões sobre a manutenção da prisão provisória do autuado, que passaria a ser ilegal em virtude de se negar efetiva assistência de advogado, como determinada no art. 5º, LXIII da Constituição de 1988.

A obrigatoria presença do defensor durante o interrogatório judicial foi determinada pela Lei nº 10.792/03. Mas a regulamentação não apenas exigiu a presença do defensor em juízo. Em combinação com o art. 6º, V do CPP, a audiência do indiciado na fase extrajudicial passou a reclamar a presença do defensor, porque, ao procedimento administrativo, são

aplicáveis, no que for cabível, a disciplina do interrogatório judicial. A inquirição realizada em sede extrajudicial não é diferente da efetivada em juízo, salvo pelas autoridades que as presidem e pelo momento procedimental em que ocorrem.

Não basta reconhecer o direito insculpid no art. 5º, LXIII da Constituição da República na esfera judicial. É imensamente mais raro o juiz cometer algum abuso durante o interrogatório, realizado em audiências públicas e acessível a todas as pessoas, do que a autoridade policial em sede extrajudicial. Tomado de surpresa e sem a presença de defensor, torna-se o interrogatório, cuja publicidade da consecução é restrita, palco de declarações nem

sempre proferidas com plena liberdade de autodeterminação.

A efetividade da defesa técnica, que deve ser garantida ainda na fase extrajudicial, não se perfaz com a mera indagação se o acusado deseja comunicar sua prisão a advogado. Há de ser garantida a concreta assistência, a começar pela presença do defensor ao ato de inquirição, salvo manifestação em contrário do próprio autuado. A preocupação com a assistência técnica durante o procedimento extrajudicial é necessária em face da miserável freguesia de nosso sistema penal.

Por esse motivo, pecou a Lei nº 11.449/07 ao impor a comunicação da Defensoria Pública sobre a prisão em flagrante do autuado após lavrado o respectivo auto e contrariou, em certa medida, o que dispõe o art. 185, *caput* e § 2º c/c art. 6º, V, ambos do CPP, de acordo com os quais o interrogatório, qualquer que seja, realiza-se na presença do defensor, após prévia entrevista. Em sua tentativa de adequar-se às disposições da Constituição de 1988, o Código de Processo Penal sofre sucessivas alterações que, se por um lado apresentam aspecto positivo na concatenação de normas constitucionais e ordinárias, por outro lado eliminam a sua estrutura sistêmica e conferem ao diploma

A presença do defensor durante o interrogatório em nada pode melhorar a condição processual do autuado se não lhes foi permitido prévio contato, capaz de integrar a defesa técnica à autodefesa. Às vezes, por mais que o defensor tente afastar ou diminuir a responsabilidade assumida por ele no interrogatório, baldam-se os esforços. A prova já se tornou maciça e contundente, não mais infirmável por qualquer outra.

➔ aspecto de colcha de retalhos.

A comunicação da prisão deve ser feita imediatamente, desde que o autuado não se oponha a aconselhar-se com advogado. Conquanto a comunicação posterior à lavratura do auto de prisão em flagrante atenda as recentes exigências normativas do Código de Processo Penal, não satisfaz o direito constitucionalmente assegurado de assistência de defensor ao preso, por se tratar de tardia medida. O direito constitucional somente estará assegurado se fornecida a assistência por defensor antes de se prestar declarações perante a autoridade policial, sobretudo em relação aos presos pobres, que encontram maiores dificuldades em obter auxílio técnico. Caso contrário, o autuado, informado sobre a possibilidade de assistência do defensor e de ser inquirido em sua presença, mas sem condições materiais de providenciar a defesa técnica, seria capaz de produzir elementos prejudiciais a si mesmo, sem que a posterior remessa de cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública elidisse a situação gravosa eventualmente criada.

Se a prova coletada no auto de prisão em flagrante é ordinariamente trazida, de maneira integral, para dentro do processo e se as condenações são calcadas nos atos de investigação, conquanto disfarçadas no discurso do “cotejamento com” ou da “corroboração pela” prova judicial, mostra-se indispensável assegurar ao preso as mesmas garantias de que dispõe quando formalmente acusado em juízo.

Não apenas a presença do defensor no interrogatório, mas também a possibilidade de entrevista com o autuado previamente à inquirição é medida a ser observada em cada processo. **Suannes** já afirmava a necessidade de o magistrado assegurar ao acusado o contato com o defensor antes mesmo de alertá-lo do direito ao silêncio.⁽²⁾ A presença do defensor durante o interrogatório em nada pode melhorar a condição processual

do autuado se não lhes foi permitido prévio contato, capaz de integrar a defesa técnica à autodefesa. Às vezes, por mais que o defensor tente afastar ou diminuir a responsabilidade assumida por ele no interrogatório, baldam-se os esforços. A prova já se tornou maciça e contundente, não mais infirmável por qualquer outra.

À parte as ineffectíveis críticas e os ineffectíveis elogios à Lei nº 11.449/07, deixou-se entrever a renovada preocupação do legislador ordinário com a defesa do acusado antes mesmo da instauração da ação penal. Ela teve o grande mérito de, em nível infraconstitucional, estender à fase pré-judicial da persecução penal a assistência do defensor ou, ao menos, cientificar a instituição apta a postular em favor do preso sobre a ocorrência de uma restrição à liberdade, para ensejar a tutela de interesses dele. Entretanto, preocupou-se mais em garantir a comunicação da prisão em flagrante do que fornecer meios para que o preso contasse com efetiva assistência técnica quando interrogado durante a confecção do auto de prisão. A extensão que se pretendeu conferir à atuação da Defensoria Pública foi curta quanto um monossílabo, porque deixou de estabelecer a assistência da defesa técnica durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, com base no qual, conforme a experiência revela, não poucas condenações são sustentadas. ●

Notas

- (1) **AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de.** *Curso de Direito Judiciário Penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1958, p. 92.
- (2) **SUANNES, Adauto Alonso S.** “O interrogatório judicial e o art. 153, §§ 15 e 16, da Constituição Federal”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 572, jun., 1983, p. 289.

Carlos Henrique Borlido Haddad
Juiz federal, mestre e doutor em
Ciências Penais pela UFMG

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Ministério Público do Amazonas

■ CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

■ DISTRITO FEDERAL

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

■ GOIÁS

- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmego

■ MATO GROSSO DO SUL

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

■ MINAS GERAIS

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda. - Praetorium

■ PARÁ

- Associação do Ministério Público do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ RIO DE JANEIRO

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

■ RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

■ SÃO PAULO

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPESP
- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação Paulista de Magistrados - Apamagis
- Curso C.P.C.
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

A VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS DE SÃO PAULO E O JUIZ NATURAL

No dia 1º de fevereiro último, representantes do **IBCCRIM** e de diversas entidades (entre elas a Associação Juizes para a Democracia – AJD, a Pastoral Carcerária, o Conselho Estadual de Defesa da Pessoa Humana – Condepe) compareceram ao Tribunal de Justiça/SP para uma audiência junto ao Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, órgão composto pelo presidente, vice-presidente do TJ/SP e pelo corregedor-geral de Justiça, com o fim de se reiterar antiga postulação da sociedade civil no sentido de prover a Vara das Execuções Criminais da Capital com um cargo de juiz titular, em atenção ao princípio constitucional do juiz natural, garantia do jurisdicionado, que vem sendo ferido há pelo menos duas décadas pelo Judiciário paulista. Na ocasião, os representantes das entidades reafirmaram os termos da representação formulada oito anos atrás pelo **IBCCRIM** e pela AJD, tendo referidos desembargadores se mostrado favoráveis ao encaminhamento da questão junto ao Órgão Especial do TJ em caráter prioritário.



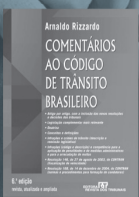
Integrado

Editora RT. 95 anos lançando produtos que refletem a transformação da sociedade brasileira.

A Editora RT comemora 95 anos acompanhando as novas necessidades da sociedade com lançamentos constantes. Produtos que traduzem a evolução do pensamento jurídico brasileiro. Confira abaixo os mais recentes lançamentos que a RT preparou para você.

EDITORIA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS
WWW.RT.COM.BR

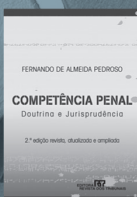
LANÇAMENTOS



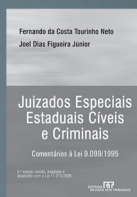
Arnaldo Rizzardo
766 páginas – R\$ 146,00



Coord. Luiz Manoel Gomes Júnior
576 páginas – R\$ 98,00



Fernando de Almeida Pedrosa
128 páginas – R\$ 26,00



Fernando da Costa Tourinho Neto
Joel Dias Figueira Jr.
862 páginas – R\$ 139,00



Guilherme de Souza Nucci
1.022 páginas – R\$ 174,00



Rogério Sanches Cunha
Ronaldo Batista Pinto
176 páginas – R\$ 32,00

Preços sugeridos para março de 2007.