



UNIAnchieta

Revista de

DIRRETTO PENNAL E PROCCESSO PENNAL

ISSN 2674-6093

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Penal e Processo Penal ISSN 2674-6093, v. 1, n. 2, jul./dez. 2019

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Denise Pozzani de Freitas Barbosa

Editora: UNIANCHIETA

Prof. Me. João Antonio de Vasconcellos

Diretor Acadêmico

Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador-adjunto do Curso de Direito

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador-Geral das Revistas Temáticas

FADIPA – UNIANCHIETA

Prof. Me. Sebastião Augusto de Camargo Pujol

Coordenador da Revista de Direito Penal e Processo Penal

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada (FADIPA, TJSP)

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo (Curso de Direito da FADIPA)

Prof. ___ Jefferson Barbin Torelli (Curso de Direito da FADIPA, Juiz de Direito)

Prof. Me. João Carlos José Martinelli (Curso de Direito da FADIPA)

Prof. Dr. João Paulo Orsini Martinelli (Instituto de Direito Público de São Paulo
IDP/SP e IBCCRIM)

Prof. Me. Juliana Caramigo Gennarini (Curso de Direito da FADIPA)

Prof. Me. Luiz Gustavo Fernandes (Curso de Direito da FADIPA)

Prof. Dra. Maria Cristina Zucchi (Curso de Direito da FADIPA)

Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo (Curso de Direito da FADIPA)

Prof. Dr. Pietro Nardella Dellova (PUC/SP, USF e FADIPA)

Prof. Me. Sebastião Augusto de Camargo Pujol (Curso de Direito da FADIPA)

SUMÁRIO

Editorial.....	3
	<i>Sebastião Augusto de Camargo Pujol</i>
O Silêncio e a Mentira dos Acusados no Direito Processual Penal.....	6
	<i>José Lucas Perroni Kalil</i>
A incoerência estatal e o processo de ressocialização.....	17
	<i>Juliana Trajano de Freitas Barão</i>
O sistema nacional do meio ambiente e os órgãos de segurança pública.....	36
	<i>Júlio César Araújo da Silva</i>
O Direito Penal Médico e os Hard Cases: Eutanásia, Suicídio Assistido, Distanásia e Ortotanásia.....	54
	<i>Márcia Maria Pazinato e Sebastião Augusto de Camargo Pujol</i>
O Efeito Suspensivo da Apelação de Sentença Absolutória Imprópria.....	84
	<i>Marina Zanotello</i>
Los Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas y Problemas en Torno a su Prueba en España.....	94
	<i>Virginia Pardo Iranzo</i>

EDITORIAL

Esta é a segunda edição da Revista Eletrônica de Direito Penal e Direito Processual Penal da Faculdade de Direito Anchieta, (FADIPA) vinculada ao Centro Universitário Padre Anchieta (UNIANCHIETA), Instituição de Ensino Superior (IES) que este ano completa meio século de existência, fomentando o desenvolvimento educacional de acordo com a parametrização constitucional que estabelece que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (artigo 205 da CF/1988).

Há 50 (cinquenta) anos, em 1969, o homem chegava à lua com a extraordinária viagem de Neil Armstrong, que marcou esse histórico episódio com a frase “um pequeno passo para um homem e um salto para a humanidade”. Tomando emprestado este raciocínio, diz-se que a pioneira criação de um curso de Direito na cidade de Jundiaí em 1969 constituiu o primeiro passo para uma contínua difusão científica e cultural no hoje Aglomerado Urbano de Jundiaí (AUJ), contribuindo para um salto na excelência profissional e desenvolvimento econômico desta importante região do Estado de São Paulo.

Seguindo a ordem alfabética como critério de apresentação dos autores dos artigos, sublinha-se, inicialmente, o artigo escrito por José **Lucas** Perroni Kalil, atuante Procurador da República em Jundiaí-SP, intitulado *O silêncio e a mentira dos acusados no direito processual penal*. O artigo aborda o interrogatório como ato processual e o direito ao silêncio e não autoincriminação na perspectiva histórica e constitucional, esclarecendo que – ao contrário do que se costuma, equivocadamente, afirmar – não há um direito de mentir, havendo, na verdade, uma interpretação equívoca na doutrina e jurisprudência pátria acerca da significação e alcance do princípio *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a produzir prova contra si).

O segundo artigo, intitulado *A incoerência estatal e o processo de ressocialização*, foi escrito pela jovem e talentosa Juíza de Direito **Juliana** Trajano de Freitas Barão. Trata-se de verdadeira aula de execução penal, em que a autora conseguiu transmitir com plenitude o amálgama entre a oficina de sua prática à frente de uma das mais importantes Varas de Execuções Penais no Poder Judiciário e o laboratório teórico dos diversos institutos previstos na Lei de Execução Penal. A temática desenvolvida nesse artigo científico está a demonstrar

o Estado Inconstitucional do Sistema Penitenciário Brasileiro, que é objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 347 em tramitação no STF.

Ao apontar as incoerências do marco regulatório da execução penal no direito brasileiro, vislumbram-se duas reflexões fundamentais. A primeira consiste na revigorada relação dialética entre a ciência e a experiência do direito penal já apontada pelo penalista Heleno Cláudio Fragoso na década de 1980; a segunda reflexão diz respeito à teoria do direito como integridade defendida pelo jusfilósofo Ronald Dworkin, que postulou a necessidade de coerência para o eficaz funcionamento do sistema jurídico.

O terceiro artigo, denominado *O sistema nacional do meio ambiente e os órgãos de segurança pública* foi escrito pelo Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo **Júlio César Araújo da Silva**, graduado em Direito e atualmente cursando Mestrado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública no Centro de Altos Estudos de Segurança (São Paulo-SP). O autor possui vasta experiência na área ambiental e apresenta um circunstanciado relato do funcionamento dos órgãos atuantes na área de Segurança Pública Ambiental. O relato descritivo apresentado destaca a visão do Direito como Instituição constitutiva de uma das importantes maneiras de enxergá-lo, sendo este, modernamente, não mais considerado apenas como um sistema normativo de regras jurídicas.

O quarto artigo, denominado *O direito penal médico e os Hard Cases: eutanásia, suicídio assistido, distanásia e ortotanásia*, foi escrito conjuntamente pelo infra-assinado e pela brilhante aluna da FADIPA **Márcia Maria Pazinato**, a qual, antes da conclusão da graduação no Curso de Direito, já obteve a aprovação no Exame de Ordem na área de concentração de Direito Penal. O artigo trata do “casamento” entre o Direito e a Medicina no trato de temáticas sensíveis da vida contemporânea, tais como os casos de eutanásia, suicídio assistido, distanásia e ortotanásia, com recorte para a perspectiva do denominado Direito Penal Médico.

O quinto artigo foi escrito pela advogada criminalista **Marina Zanotello**, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que também é professora de Direito Processual Penal da FADIPA. No artigo, intitulado *O efeito suspensivo da apelação de sentença absolutória imprópria*, após destacar o efeito recursal primário de impedir a preclusão, a autora passa a discutir a lacuna legislativa acerca do efeito recursal no caso da sentença absolutória imprópria, aquela que reconhece a inimputabilidade penal do sentenciado com imposição de medida de segurança de internação em hospital de custódia

e tratamento psiquiátrico. Conclui-se que a apelação da sentença absolutória imprópria possui efeito suspensivo indireto.

O sexto artigo foi escrito pela jurista **Virgínia Pardo Iranzo**, catedrática de Direito Processual da Universidade de Valência na Espanha e, em tradução livre, intitula-se *Os delitos de tráfico ilícito de drogas e os problemas em torno da prova na Espanha*. Neste artigo, a citada jurista aduz que, para determinar se a finalidade do porte de drogas é para consumo ou mercancia, é necessário atentar para a prova indiciária. Tal necessidade de avaliação da prova assemelha-se ao disposto no artigo 28, §2.º da Lei Federal 11.343/2006, Lei Antidrogas que estabelece que, para determinar se a droga destina-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Verifica-se, pois, que o marco regulatório espanhol para a legislação antidrogas assemelha-se à legislação brasileira, havendo, também, questões controversas semelhantes sobre a prova relativa ao tráfico de drogas, o que reforça a indicação da leitura do referido artigo científico na perspectiva do direito comparado.

O fio condutor dos artigos publicados nesta edição da Revista Eletrônica de Direito Penal e Direito Processual Penal é a análise crítica da dogmática jurídica de normas penais materiais e processuais em busca de conexões entre conceitos legais e os fatos concretos da realidade, numa verdadeira tensão habermiana entre validade e faticidade na busca de soluções científicas baseadas em princípios os quais possam fundamentar pressupostos legítimos de punibilidade penal.

Espera-se, pois, que os leitores possam aproveitar a leitura para seus objetivos acadêmicos e profissionais.

Jundiaí-SP, 05 de novembro de 2019.

Sebastião Augusto de Camargo Pujol
Coordenador da Revista Eletrônica de Direito Penal e Direito Processual Penal

O SILÊNCIO E A MENTIRA DOS ACUSADOS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

José Lucas Perroni Kalil¹

RESUMO: Desde o advento da Constituição Federal de 1988, a interpretação do princípio *nemo tenetur se detegere*, capitaneada pela Suprema Corte Brasileira, tem sido feita de maneira míope e equivocada, pois parte-se de falsas premissas e chega-se a falsas conclusões, em detrimento do interesse público, isentando de quaisquer consequências processuais o silêncio ou a falta da verdade do acusado.

PALAVRAS-CHAVES: Direito de não se autoincriminar; Limites; Interpretações equivocadas do texto constitucional.

SILENCE AND LIE IN THE CRIMINAL PROCEDURAL LAW

ABSTRACT: Since the advent of the 1988 Brazilian Bill of Rights, the principle *nemo tenetur se detegere* is being misinterpreted, led by Brazilian Federal Supreme Court. It's used false premises, which leads to false conclusions, all against public interest, freeing of any processual consequences when the defendant silences or lies to the judge.

KEYWORDS: Self-incrimination. Limits. Wrong interpretations from the constitutional text.

1. SOBRE O SILÊNCIO DOS ACUSADOS

O art. 5º, LXIII da Constituição estipula que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. O presente artigo possui o escopo de estudar as origens, os alcances e limites desse direito de “permanecer calado”, o qual, lamentavelmente, teve sua interpretação hipertrofiada pelos legisladores infraconstitucionais e operadores do direito.

De acordo com Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, *nemo tenetur se detegere* constitui um “aforismo renascido (data do século XVII, no direito inglês) no pós-iluminismo, emblemático de uma era de transformação na teoria do processo e, sobretudo, no âmbito do processo judicial criminal, já no século XIX”². A inspiração imediata mais óbvia desse dispositivo é a Quinta Emenda da Constituição Norte-Americana. No entanto, mesmo no direito americano, o direito ao silêncio não é absoluto. Percebamos o teor do texto estrangeiro:

¹ Procurador da República em Jundiaí.

² OLIVEIRA. Eugênio Pacelli e outro.

Comentários ao Código de Processo Penal e sua

jurisprudência. Atlas, São Paulo, 6ª edição, 2014, p. 395

“No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”

O termo ‘compelled’, muito facilmente traduzido para o correspondente ‘compelido’, no vernáculo, indica que o acusado não pode ser **compelido** a produzir prova contra si. Ou seja, caso o Estado utilize-se de coerção para interrogar o acusado, este pode permanecer em silêncio. Por esta interpretação, que nos parece correta e óbvia, se o Estado não se utiliza de métodos impróprios de interrogatório, o acusado tem o dever de falar.

A nosso sentir, portanto, e considerando que o texto constitucional anterior não trazia semelhante garantia – talvez no afã de impedir obtenção de confissões mediante tortura, que alegadamente teria sido prática comum no regime anterior à Lei Maior de 1988–, tolerou-se o silêncio do acusado em certas circunstâncias. Ressalte-se que nosso texto constitucional não traz nada além de um direito **ao preso** “de permanecer calado”, em texto muito semelhante às falas de personagens de Hollywood, recitando os *Miranda warnings* em filmes norte-americanos aos presos em flagrante. Não há maiores detalhes, na

Constituição, do que constituiria esse direito.

Nos Estados Unidos, que, como dissemos, está a origem aparente do dispositivo, trata-se de um direito bastante limitado. Em primeiro lugar, é um direito disponível, uma vez que o acusado deve expressamente evocá-lo. Em *Salinas v. Texas*, decidiu-se que não violava a Quinta Emenda o uso, pela acusação, do silêncio feito pelo acusado que *não* se encontrava custodiado. Ou seja, permanecer em silêncio em resposta ao interrogatório oficial não está protegido pela Quinta Emenda, salvo se o Estado empregar coerção ou seu equivalente.

Se a Quinta Emenda americana serviu de inspiração para esses dispositivos legais e/ou para as interpretações que os antecederam – e foi, conforme veremos no tópico seguinte –, o que se seguiu em termos de jurisprudência e legislação posterior foi fruto de um conhecimento extremamente raso sobre a Quinta Emenda.

Especialmente em *Salinas v. Texas*, tivemos as seguintes regras estabelecidas: 1) o privilégio contra autoincriminação é uma exceção ao princípio geral de que o Governo possui o direito à oitiva de toda e qualquer pessoa (*Garner v. United States - 1976*);

2) a testemunha que quiser se escudar nesse privilégio deve clamá-lo (United States ex rel. Vajtauer v. Commissioner of Immigration – 1927);

3) o privilégio deve ser justificado, e não consistir em uma discricionariedade da parte (Roberts v. United States – 1980);

4) a não evocação do privilégio é admitida (i) durante seu próprio julgamento e (ii) quando um acusado estiver sujeito a pressões inerentemente constrangedoras de um interrogatório em custódia sem aviso prévio (Miranda v. Arizona) ou em circunstâncias em que, por algum motivo, invocar o privilégio significa negar ao acusado a livre escolha de admitir, negar ou recusar a responder.

Dessa forma, a regra geral deveria ser o princípio geral de que o Estado possui o direito de ouvir a versão do acusado, sendo o silêncio uma exceção que deveria ser interpretada pelo juiz caso a caso. No Brasil, tem-se entendido que *nenhuma* consequência pode advir do silêncio do acusado. Mesmo os que parecem defender o alcance máximo a esse direito entendem implicitamente a incongruência dessa situação:

“Quaisquer que sejam as razões da escolha (do silêncio), o que importa é que o Estado não estará autorizado a emitir juízo de convencimento sobre ela. (...) O problema no silêncio parcial é que a versão apresentada pelo acusado poderá perder completamente qualquer credibilidade. Pior. Poderá se voltar contra ele, dado que a inconsistência na narrativa, sobretudo, em relação ao tempo e lugar e demais circunstâncias relevantes dos fatos, poderá conduzir até mesmo a uma confissão, indireta, que seja.”³

O motivo para tanto nos parece evidente. Já me deparei, na prática, com a seguinte situação: sujeito estrangeiro, preso por tráfico internacional, alegava ser um mendigo em seu país de origem e que não estaria envolvido de forma alguma com organização criminosa. No entanto, questionado sobre como um mendigo teria conseguido viajar da Europa para a Argentina meses antes, e a finalidade da viagem, preferiu ficar em silêncio. O silêncio, nesse caso, foi muito eloquente quanto ao que não foi respondido. Seria um verdadeiro absurdo o juiz não poder utilizar esse silêncio quando da avaliação da prova.

É impassível de dúvida que o silêncio influencia o operador do direito

3 OLIVEIRA. Eugênio Pacelli e outro. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. Atlas, São Paulo, 6ª edição, 2014, p. 399/400. Em outros termos: “Dado doutrinal pacífico sobre o direito ao silêncio indica, igualmente, que ao acusado é dado escolher entre uma intervenção ativa e o direito ao silêncio, mas,

tendo optado pela postura ativa, o eventual regresso para uma opção em favor do direito ao silêncio não mais poderá ser considerado” (MENDES, Gilmar Ferreira Mendes e outro. Curso de Direito Constitucional. 8ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 577)

destinatário da prova, seja ele, conforme o momento, o Estado-juiz ou o Estado-acusação. É uma máxima de experiência tão cara ao processo civil (art. 375 do CPC), a qual seria utópico afastar do processo penal. Nesse sentido, recupera-se a irretocável lição de Edilson Mougenot Bonfim:

“É praticamente unânime na psicologia judiciária penal o entendimento de que depõe contra o acusado, como indício incriminador, o seu silêncio ao ser interrogado. Esse *quid* de desconfiança do julgador ante o silêncio do réu não é código no mundo que o suprima, como não há lei formal que o institua... é a experiencição irreversível da humanidade que aprendeu, empiricamente, a descobrir e a sentir ‘culpados’ e ‘inocentes’, ainda quando estes nada falam.

É por isso que ‘ainda creio na lógica, operando sobre dados empíricos e podendo fazê-los decuplamente render’, como proclamado pelo sergipano Tobias Barreto”⁴

Ou seja, a realidade triunfa sobre a utopia. Com isso em mente, e como no direito brasileiro vige o princípio da persuasão racional, ou do livre convencimento, fere o devido processo legal o juiz ter de esconder parte das razões que o convenceram a evitar uma nulidade do processo. E não é o sistema da persuasão racional nem o devido processo legal o alienígena da equação, mas sim a

impossibilidade de uso do silêncio na avaliação da prova. A existência de um direito não significa que o uso desse direito esteja imune a consequências.

Como se vê, portanto, no direito brasileiro, ao se tornar absoluto e imune a avaliação o direito ao silêncio, estamos diante de um alcance indevido, exagerado e hipócrita de um direito individual, em detrimento do interesse público e em confronto a este. Isto é, o acusado pode sim ter direito ao silêncio (ou a não ser obrigado a depor contra si mesmo)⁵; no entanto, tolher o Estado-juiz ou o Estado-acusação de utilizar esse silêncio em desfavor do réu não possui sentido lógico algum, não resiste a um teste de realidade e não se conhece sistema penal no qual o instituto possua o alcance pretendido.

O cerne do direito ao silêncio é a proteção do indivíduo contra o uso, pelo Estado, de métodos de interrogatório inadequados, e não um impedimento de uso do seu silêncio em matéria probatória. Obviamente, no entanto, uma condenação não poderá ser inferida unicamente do silêncio do acusado, sem qualquer outra prova corroborativa. Tendo isso em mente, andou muito mal o legislador infraconstitucional ao introduzir no

4 BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*, 5ª edição, São Paulo, Saraiva Educação, 2018, Versão e-book

5 Conforme art. 8º, 2, g, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

ordenamento jurídico o texto atual do art. 186 e do inciso II, do art. 478 ambos do Código de Processo Penal:

“Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

“Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

(...)

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.”

O artificialismo desses dispositivos beira a bizarrice e a hipocrisia. O silêncio é sim um indicativo de culpa. Faça o nobre leitor o exemplo empírico de responder qualquer pergunta com a seguinte resposta: “reservo-me ao direito de permanecer em silêncio”. Sempre seu interlocutor presumirá a pior resposta possível. Tolher o juiz competente de analisar qualquer condição ou circunstância é revogar o princípio do livre convencimento do juízo e fragilizar o também constitucional **devido processo**

legal. Há aqui um breve retrocesso ao vetusto sistema de provas tarifadas.

A título de reforço de argumentação, observo que, durante as discussões legislativas, o final do parágrafo único do art. 186 chegou a ostentar as expressões “e tampouco influir no convencimento do juiz”. Essa expressão foi retirada graças a emenda supressiva do então Deputado Luiz Antônio Fleury Filho e nos leva a crer que o dispositivo mereça uma interpretação, conforme à Constituição, mais próxima da realidade e da experiência do direito norte-americano.

Embora esquecido, felizmente ainda persiste plenamente vigente no Código de Processo Penal o art. 198, com o seguinte teor realista:

“Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.”

Como fazer, contudo, a leitura desses dispositivos infraconstitucionais? A doutrina, em geral, entende-o revogado tacitamente ou sequer recepcionado pela Constituição⁶. No entanto, isso não é verdade. Conforme destacamos *en passant* alhures, a Constituição apenas defere expressamente ao **preso** o direito de

6 OLIVEIRA. Eugênio Pacelli e outro. Comentários ao Código de Processo Penal e sua

jurisprudência. Atlas, São Paulo, 6ª edição, 2014, p. 419

permanecer calado, o que apenas confirma nossa tese de que o direito ao silêncio se restringe a algumas situações. Vale assinalar que, quando a Constituição quis legar algum direito aos “acusados em geral” e não somente aos “presos”, ela assim foi expressa (art. 5º, LV, da Constituição).

Não é à toa que a Constituição utilizou o termo “presos” e não “acusados em geral” para o direito ao silêncio, visto que, no famoso precedente “Miranda v. Arizona”, a Suprema Corte norte-americana decidiu que eram as pessoas **presas** que estariam sujeitas a pressões.

Mesmo assim, seria lícito ao legislador infraconstitucional ampliar o direito ao silêncio aos acusados em geral, assim como seria lícito restringir esse direito aos presos ou estabelecer outras limitações⁷. O problema reside na impossibilidade forçada de utilização desse silêncio em matéria probatória.

Conforme clássica lição de José Afonso da Silva, citando José Frederico Marques, a garantia do processo legal significa a utilização “de formas

instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”⁸.

Como uma artificialidade, contrária ao interesse público, poderia dar a cada um o que é seu? Ainda mais no processo penal, por meio do qual se busca a verdade real, e não uma verdade artificial. Se no processo civil as máximas de experiência são possíveis ao juiz, com mais acerto ainda essas máximas deveriam ser utilizadas em nome do princípio da verdade real. Nosso entendimento, portanto, é no sentido de que o conteúdo do direito constitucional referente ao silêncio resume-se a uma garantia de que (i) o Estado não utilizará de métodos inadequados de interrogatório para extrair a verdade do acusado e (ii) não será suficiente para decreto condenatório unicamente o silêncio do acusado, sem outras provas corroboradoras. A não

7 Nesse mesmo sentido, afirma Gilmar Ferreira Mendes: “Como se cuida de direito fundamental com âmbito de proteção normativo, não está o legislador impedido de adotar providências com intuito de dar-lhe adequada conformação, tendo em vista os objetivos que marcam o instituto do direito ao silêncio no seu desenvolvimento histórico e sua

instrumentalidade, no contexto do direito ao contraditório e à ampla defesa” (MENDES, Gilmar Ferreira Mendes e outro. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 577).

8 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros, São Paulo, 2006, 27ª edição, p. 432.

utilização do silêncio em desfavor do réu em matéria probatória trata-se de inovação de estatura infraconstitucional, sendo, inclusive, inconstitucional, por ferir o devido processo legal, ao obrigar o juiz a não expor todas as razões de seu convencimento.

Além disso, e pelas mesmas razões, com o reforço da expressa previsão do princípio da boa-fé objetiva no novo Código de Processo Civil (art. 5º do CPC c/ art. 3º do CPP), tampouco nos parece lícita ou constitucional a proibição exposta no inciso II do art. 478 do Código de Processo Penal, cujo teor aliena os jurados qualquer espécie de argumentação, no interesse de quaisquer das partes (no caso, o silêncio do réu).

Como se vê, portanto, o alargamento do direito ao silêncio, que fora **constitucionalmente previsto de forma genérica somente aos presos**⁹, deve receber interpretação conforme a Constituição, de modo a permitir-se o uso do silêncio em matéria probatória. A Constituição veda, na verdade, a utilização do silêncio como meio inadequado de interrogatório, e para eventual influência da não colaboração do acusado na dosimetria da pena. Não deveria, por afronta à realidade da lógica e experiência

humana, tolher o operador do direito de avaliação da repercussão do silêncio no conjunto probatório, inclusive e especialmente em desfavor de quem se calou. A interpretação em conformidade deveria vedar a condenação baseada unicamente no silêncio do acusado, sem outras provas.

Trata-se de uma questão que urge também seja enfrentada mais uma vez pelo constituinte, pelos legisladores infraconstitucionais e pelos operadores do direito no que se refere à abertura de chaves e senhas de equipamentos apreendidos em práticas delituosas, de modo a permitir perícia forense, existindo movimentações nesse sentido nas principais nações do mundo (ou ao menos onde o combate ao crime e a prevenção de novos delitos são de fato uma prioridade).

2. SOBRE A MENTIRA

Não satisfeitos com os exacerbados limites do silêncio no direito processual penal pátrio, hodiernamente, esse direito deu passos largos entre os operadores do direito e, atualmente, passou-se a entender lícito, também, em nome da autodefesa do réu, que ele possa faltar com a verdade

9 Expandida a “toda pessoa acusada de delito” pela Convenção Interamericana dos

Direitos Humanos (art. 8º, 2, g, CIDH c/c art. 5º, §3º, da CF c/c Decreto Legislativo n.º 27/1992).

diante das autoridades policial e judicial. Esse entendimento, no entanto, é, a nosso sentir, ainda mais desacertado. Tal entendimento vem do histórico HC 687423/STF. Nele, o Ministro Celso de Mello diz que:

“o privilégio contra a autoincriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política.

Com o seu expreso reconhecimento, constitucionalizou-se uma das mais expressivas consequências derivadas da cláusula do ‘due process of law’.

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de ‘permanecer calado’.

Esse direito – que se reveste de valor absoluto – é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades penais-persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes e Tribunais).

A cláusula constitucional referida consagrou, nesse contexto, o velho postulado – já colhido pela Quinta Emenda do Bill Of Rights norte-americano (1791) – segundo o qual ‘Nemo tenetur se detegere’.

Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. ‘The right to remain silent’ – consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em MIRANDA V. ARIZONA (384 U. S. 436) – insere-

se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio incluiu-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática do ilícito penal.

Sendo assim, tal circunstância não pode ser considerada por qualquer Juízo ou Tribunal até mesmo por esta Suprema Corte – no processo de fixação de pena.”

Conforme já se analisou nos parágrafos anteriores, esta decisão está evitada de uma pluralidade de incorreções. Em primeiro lugar, não é verdade que o art. 5º, LXIII, da Constituição dirija-se a todo indiciado ou imputado, mas tão somente aos “presos”. Em segundo lugar, a decisão baseia-se em conhecimento incompleto ou fantasioso do direito norte-americano, no qual, conforme já se disse, o direito ao silêncio não é absoluto, tampouco significa permissão para a mentira.

Conforme Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer:

“(no direito anglo-americano), se o réu se dispuser a depor, por vontade própria, será ouvido como testemunha, sob o compromisso de dizer a verdade, podendo até vir a responder por crime de falso testemunho.”¹⁰

10 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli e outro. Comentários ao Código de Processo Penal e sua

jurisprudência. Atlas, São Paulo, 6ª edição, 2014, p. 400.

Acórdãos do STF normalmente utilizados para fundamentar tal tese sustentam a ideia de que o direito de negar a procedência de uma imputação constituiria um direito natural (HC 80616-3). No entanto, seria isso realmente um direito natural?

Direito natural, na definição de André Franco Montoro, é “constituído pelos princípios que servem de fundamento ao Direito positivo”¹¹. No verbete respectivo do Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva, encontra-se o seguinte resumo:

“As várias escolas filosóficas têm saído a campo para ditar o conceito do *Direito Natural*, formulando cada uma o sentido admitido, consoante os princípios dominantes em sua *filosofia*.

Nesta razão, mesmo admite-se a expressão *Direito Filosófico* para indicar igualmente o Direito Natural, em oposição ao *Direito Positivo* ou *Realista*.

Na acepção do *Direito Romano*, por *Direito Natural* (*Jus Naturae*) entendia-se o *Direito Comum* a todos os homens e animais, em oposição ao *Jus Gentium*, que era o *Direito Comum* a todos os homens.

Para os *escolásticos* é o que tem por fundamento a *razão divina* (Direito Natural Primário), podendo ser completado por homens, por sua legislação e pelos costumes (Direito Natural Secundário), que tomam as formas do *Jus Gentium* e do *Jus Civile*.

E, nesta acepção, compõe-se das regras de equidade que a razão natural estabeleceu entre os homens, gravada por Deus em seus corações.

11 MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito – edição 2016, versão e-book.

Há, conforme registra EDMOND PICARD, quem o considere como o complexo de *direitos imprescindíveis* da natureza humana, apresentando-se como uma fração do Direito Positivo, que, tomada em sua natureza, não poderá sofrer qualquer alteração normal, salvo por tirania.

Os *enciclopedistas*, como é de ver, enfileiram-se na teoria que PICARD nos aponta, aceitando a teoria do Direito Natural fundada na concepção do *contrato social* de J. J. ROSSEAU, concretizada no sentido individualista do direito, posto em prática pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pugnados pela Revolução Francesa.

É o conceito fundado no princípio da *liberdade individual*, que deve ser regulada pelos costumes e por um conjunto de formalidades, imutáveis, terenas, desde que se mostrem na sua suprema e derradeira expressão.

Há outras teorias. Mas, no sentido moderno, o Direito Natural é tido como o que decorre de princípios impostos à legislação dos povos cultos, fundados na razão e na equidade, para que regulem e garantam os direitos individuais, tais como os de vida, de liberdade, de honra e de todos os direitos patrimoniais, que asseguram a própria existência do homem.”¹²

Com a devida vênia, seja por qual versão do direito natural se entenda, chega até a soar como um insulto o posicionamento de que constituiria a mentira do acusado um direito natural. Corrobora isso o fato de que, em outros países (os “povos cultos”), comportamentos quietais chegam até

12 SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico, 30ª edição, Rio de Janeiro, Forense, p. 483.

mesmo a configurar delito autônomo (perjúrio, obstrução de justiça ou mesmo falso testemunho). Para nós, parece mais uma jabuticaba do direito pátrio e uma falsa premissa, que conduz a uma conclusão, por sua vez, igualmente falsa. Como se pode dizer constituir um direito natural algo que é uma inovação? Adotar a mentira como forma de defesa válida e imune a sanções – nem mesmo na dosimetria da pena –, portanto, é algo somente admitido no Brasil e apenas confirma a máxima atribuída a Charles de Gaulle de que “le Brésil n’est pas un pays sérieux”.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem sequer contempla expressamente o direito ao silêncio¹³. O que dizer então da mentira? A mentira é fato juridicamente relevante que deve, sim, ser valorada pelo operador do direito, em regra em desfavor àquele que a profere. Mentir não pode ser considerado ético, para qual finalidade que seja.

A solução, portanto, condizente com o que a ordem pública, o bom senso e a lógica estão a exigir, é (i) tolerar o silêncio, mas dar certa liberdade ao operador do direito de interpretá-lo inclusive e especialmente em desfavor do réu e (ii) sancionar a mentira do acusado

como circunstância judicial da pena, diante da constatação de sua personalidade mendaz, salvo se configurar crime mais grave (a exemplo dos delitos de denúncia caluniosa, falsa comunicação de crime, autoacusação falsa, etc.).

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edílson Mougenot. Júri: do inquérito ao plenário, 5ª edição, São Paulo, Saraiva Educação, 2018, Versão e-book.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes e outro. Curso de Direito Constitucional. 8ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 577.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito – edição 2016, São Paulo, RT, versão e-book.

OLIVEIRA. Eugênio Pacelli e outro. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. Atlas, São Paulo, 6ª edição, 2014.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico, 30ª edição, Rio de Janeiro, Forense, p. 483.

13 Embora a corte europeia tenha entendido existir o direito ao silêncio (Doutrina Murray).

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. Malheiros, São Paulo, 2006, 27ª edição, p. 432.

A INCOERÊNCIA ESTATAL E O PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO

*Juliana Trajano de Freitas Barão*¹⁴

RESUMO: O presente artigo discorre sobre os principais benefícios previstos na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) e no Código Penal, conceituando-os, analisando a jurisprudência acerca do tema, e verificando em que medida os entes federativos concretizaram as diretrizes impostas desde 1984. Além dos aspectos formais e dogmáticos, busca-se interpretar cada benefício à luz da principiologia estabelecida pelo legislador, refletindo se o caminho adotado guarda coerência com os anseios sociais e auxilia o processo de ressocialização do condenado.

PALAVRAS-CHAVE: Benefícios concedidos em sede de execução penal; Principiologia; Interpretação jurisprudencial; Adequação ao processo de ressocialização.

This article discusses the main benefits covered by the Penal Execution Act (Act nº 7210/84) and the Penal Code by conceptualizing them and analysing the jurisprudence involved in the theme and by establishing how far the federal agencies have put the policies laid down into practice since 1984. As well as the formal and dogmatic aspects, the article seeks to interpret each benefit in the light of the principles laid down by the legislators and considers whether the line

adopted is coherent with social aspirations and is of assistance in rehabilitating and reeducating the person convicted.

KEYWORDS: Benefits granted in penal execution. Principiology. Case law interpretation. Adequacy to the resocialization process

1- INTRODUÇÃO

Para que a pena cumpra a sua finalidade, seja preventiva ou retributiva, a Lei de Execução Penal e o Código Penal permitem a concessão de benefícios que, como regra, exigem do condenado o preenchimento de requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Dessa forma, para fazer jus à benesse legal, seja ela a progressão de regime, o livramento condicional ou o perdão – parcial ou total – da pena, o sentenciado deve resgatar determinado lapso temporal, bem como demonstrar mérito suficiente para alcançar o benefício.

Em qualquer sistema que se pretenda coerente, parece razoável esperar que quanto maior a amplitude do benefício mais criteriosa a sua concessão. O raciocínio deve ser progressivo, ou seja, à medida que o sentenciado demonstre estar pronto para seguir as regras vigentes na

¹⁴ Juíza de Direito atuando na 5ª Vara das Execuções Criminais da Capital- SP.

sociedade, dentre elas abster-se de cometer novos delitos, espera-se que o Estado diminua sua vigilância até a completa reinserção do apenado.

Além de mera expectativa de ordem lógica, esta premissa decorre dos princípios norteadores da execução penal e está sedimentada em diversos dispositivos da Lei 7.210/84. Com efeito, a LEP, ao estabelecer em seu Título II, Capítulo IV, os direitos e deveres do condenado, sejam eles definitivos ou provisórios, estruturou um sistema de recompensas, com vista a estimular condutas positivas e sancionar ações que possam colocar em risco a ordem interna.

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal também aponta a importância desta diretriz ao consignar em seu item 63 que: *“A instituição dos deveres gerais do preso (artigo 37) e do conjunto de regras inerentes à boa convivência (artigo 38), representa uma tomada de posição da lei em face do fenômeno da prisionalização, visando a depurá-lo, tanto quanto possível, das distorções e dos estigmas que encerra. Sem característica infamante ou aflitiva, os deveres do condenado se inserem no repertório normal das obrigações do*

apenado como ônus naturais da existência comunitária”.

No mesmo sentido, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela)¹⁵ estabelecem princípios orientadores para o tratamento de presos, mas não olvidam a importância da disciplina e da sanção na gestão dos estabelecimentos prisionais e efetivação da reintegração do condenado à sociedade. Conforme disposto no item 27: *“A disciplina e a ordem serão utilizadas com firmeza, mas sem impor mais restrições do que as necessárias à manutenção da segurança e da boa organização da vida comunitária”*.

Evidentemente, o sentenciado não pode permanecer encarcerado por período superior ao fixado no título executivo. Todavia, para alcançar a liberdade antecipada, seria razoável exigir-se a demonstração de aspectos comportamentais positivos, pois quanto mais fiel ao cumprimento de seus deveres, maior a recompensa do condenado.

Dessa forma, verificando que o justo equilíbrio entre direitos e deveres é imprescindível para a harmonia de qualquer agrupamento humano, seja no

¹⁵ Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das

Nações Unidas através de suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957, e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977.

interior de unidades prisionais, seja na realidade externa, a execução penal nos países democráticos pauta-se na concessão de benefícios aos sentenciados que cumprem seus deveres ao mesmo tempo em que impede benesses para os transgressores das normas. Mas será que esta é a premissa seguida pela jurisprudência pátria?

2- DOS BENEFÍCIOS EM ESPÉCIE

Embora o Código Penal e a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) se dediquem à disciplina de outros institutos como a remição¹⁶ (desconto de pena em razão do trabalho ou estudo) ou a suspensão condicional da pena¹⁷ (suspensão da execução da sanção imposta diante do preenchimento de requisitos legais), os principais benefícios concedidos em sede de execução são a progressão de regime, o livramento condicional, a comutação (perdão parcial da pena) e o indulto (perdão total da pena).

¹⁶ Art. 126, da LEP: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução de pena. § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I- 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda

Como todos eles acarretam, em menor ou maior grau, a mesma consequência, qual seja, o retorno do condenado ao convívio social, o legislador achou por bem estabelecer suas diretrizes gerais no mesmo dispositivo.

Assim, nos termos do artigo 112 da LEP:

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes”.

Ao exigir idêntico procedimento para todos os benefícios, não está o legislador dizendo que a concessão deles será precedida de prévia manifestação do Ministério Público e da Defesa. Ora, já na

de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II- 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho”.

¹⁷ Art. 156, da LEP: “O Juiz poderá suspender, pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, na forma prevista nos artigos 77 a 82, do Código Penal”.

Constituição de 1967, vigente quando da edição da Lei de Execução Penal, o respeito ao contraditório era decorrência da própria norma constitucional.

Dessa forma, antes de se entender pela redundância e prolixidade do legislador, deve-se concluir que o dispositivo em comento tem como finalidade estabelecer a mesma estrutura para todos os benefícios que implicam o retorno do condenado ao convívio social. Vale dizer, todos eles devem observar requisitos de ordem objetiva e subjetiva, calcados no binômio direitos e deveres, em um raciocínio progressivo e proporcional.

Portanto, embora cada benefício exija o cumprimento de determinado lapso temporal, não faria sentido a fixação de requisitos mais brandos para o livramento condicional – que acarreta o total retorno do sentenciado ao convívio social – do que para a progressão ao regime semiaberto, no qual o sentenciado permanece quase todo o tempo no interior da unidade prisional. Da mesma forma, salvo por motivos humanitários ou excepcionais, seria desarrazoado indultar a pena de um condenado que teve a progressão de regime negada por ausência de requisito subjetivo.

2.1- REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

A progressão de regime consiste na transferência do condenado – provisória ou definitiva – de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso. Assim, após a sentença ou acórdão estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, seguindo os parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal, o sentenciado poderá ser transferido do regime fechado para o semiaberto, ou deste para o aberto, após o resgate do lapso temporal exigido.

Para os crimes comuns, necessário o cumprimento de 1/6 da pena, independentemente de se tratar de condenado primário ou reincidente. Nos crimes hediondos, o lapso é de 2/5 para o condenado primário e 3/5 para o reincidente.

Por fim, conforme alteração introduzida pela Lei 13.769, de 19/12/2018, no caso de mulher gestante, mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência, o requisito objetivo é de 1/8, quando se tratar de crime comum, praticado sem violência ou grave ameaça, e desde que a sentenciada seja primária, não integre organização criminosa e não tenha praticado o delito contra seu filho ou dependente.

Para ilustrar a questão, pensemos em um condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de oito anos de reclusão, em regime inicial fechado. Tratando-se de crime comum (roubo ou extorsão por exemplo), seja ele primário ou reincidente, a progressão ao regime intermediário poderá ser alcançada após o cumprimento de um ano e quatro meses de pena. Caso isso ocorra, será necessário o resgate de mais 1/6 da pena restante para a progressão ao regime aberto, perfazendo mais 1 ano, 1 mês e 10 dias. Assim, após cumprir dois anos, cinco meses e dez dias – de um total de 8 anos de pena – o condenado poderá ingressar no regime mais brando, retornando ao convívio em sociedade.

Se crime hediondo, o sentenciado primário deverá cumprir três anos, dois meses e 12 dias para alcançar a progressão ao regime intermediário. Com isso, resgatando mais um ano, 11 meses e um dia (2/5 do restante da pena), alcançará a progressão ao regime aberto, deixando o cárcere após cinco anos, um mês e 13 dias.

Aplicando-se as mesmas premissas, o reincidente em crime hediondo poderá alcançar o regime aberto, após o cumprimento de seis anos, oito

meses e 19 dias (quatro anos, nove meses e 18 dias em regime fechado e um ano, 11 meses e um dia, em regime semiaberto).

Além do pressuposto objetivo, exige-se o preenchimento do requisito subjetivo consistente no atestado de bom comportamento carcerário emitido pelo diretor do estabelecimento prisional.

Em regime fechado, o sentenciado permanece todo o dia no interior da unidade prisional, sem qualquer autorização de saída, salvo a permissão¹⁸ prevista no artigo 120 da LEP, para as hipóteses de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente e irmão¹⁹ ou necessidade de tratamento médico. Já em regime semiaberto, além da permissão de saída, o condenado pode realizar trabalho externo, bem como frequentar cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. Também há previsão de saída temporária para visita à família, que ocorre cinco vezes durante o ano, por prazo não superior a sete dias.

A Lei de Execução Penal não estabelece datas para as saídas. Entretanto, com a intenção de uniformizar o procedimento e padronizar a rotina cartorária, as saídas temporárias são

¹⁸ Segundo a nomenclatura utilizada pela LEP, a Autorização de Saída é gênero, sendo a Permissão de Saída (art. 120 e 121, da LEP) e a Saída Temporária (art. 122 a 125, da LEP) suas espécies.

¹⁹ Foi com fundamento neste dispositivo que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em cumprimento de pena em regime fechado, postulou a saída para o enterro de familiar.

processadas de forma coletiva em períodos previamente estabelecidos, prática estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça²⁰.

No Estado de São Paulo segue-se o padrão de autorizar as saídas temporárias por ocasião da Páscoa, Dia das Mães, Dias dos Pais, Dias das Crianças e Natal/Ano Novo. Entretanto, a tradição pode ser considerada *contra legem*, pois supera o limite legal, prevendo seis saídas durante o ano. Ademais, considerando que os sentenciados são autorizados a deixar o cárcere por volta do dia 20 de dezembro, com retorno previsto para o dia 2 de janeiro do ano seguinte, extrapola-se o limite de sete dias previsto no artigo 124 da LEP, embora o montante anual seja respeitado.

O Estado de São Paulo conta com cerca de 37 unidades destinadas ao cumprimento de pena em regime semiaberto. Embora exista *déficit* de vagas nos chamados centros de ressocialização

ou centros de progressão penitenciária, o regime intermediário é uma realidade, diferentemente do que ocorre em outros estados da federação.

A título de ilustração, no Estado do Paraná, a inexistência de unidades adequadas para o cumprimento da pena em regime intermediário resultou na criação do “semiaberto harmonizado”. Com este, o condenado em regime inicial semiaberto provavelmente nunca ingressará em uma prisão ou sairá dela tão logo atinja o lapso de 1/6, 2/5, 3/5 ou 1/8, a depender do caso, quando o regime inicial for o fechado. Já o regime aberto cumprido em Casa do Albergado nunca foi uma realidade, salvo raríssimas exceções consistentes em aproximadamente cinco estabelecimentos penais desta espécie em todo o país.

Embora a própria Lei de Execução Penal estabeleça mecanismos para assegurar o cumprimento de suas disposições²¹, o comando legal vigente

²⁰ O “Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal”, publicado pelo CNJ em novembro de 2009, estabelece em seu item 2.2.6.2 que “o processamento das saídas temporárias pode ser coletivo e unificado num só provimento anual, inaugurado com a remessa de lista única contendo os pareceres do Diretor do presídio sobre todos os potenciais beneficiários sob sua custódia direta (...) A medida evitará o trabalho hercúleo que decorre com as inúmeras juntadas individuais de requerimentos em cada processo de execução (...)”

²¹ O art. 203, da LEP fixou o prazo de seis meses, a contar da publicação da lei, em julho de 1984,

para que as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, realizassem projeto de adaptação, construção e equipamento dos estabelecimentos previstos na lei. O mesmo dispositivo consignou expressamente que “no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados” (§2º) E, ainda, “O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as unidades federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança” (§4º).

desde 1984 foi solenemente ignorado e substituído pela prisão albergue domiciliar que, pela literalidade da LEP, somente poderia ser aplicada em situações especiais de cunho humanitário (condenado maior de 70 anos ou acometido de doença grave; e gestante ou mãe de filho menor ou portador de deficiência).

Não configurada situação excepcional, o condenado deveria cumprir sua pena na Casa do Albergado, de onde sairia para trabalhar durante o dia, retornando para pernoite e dias de folga. O sistema formalmente previsto na legislação, portanto, acarretaria a efetiva restrição da liberdade do sentenciado mesmo no regime mais brando.

Entretanto, a prisão albergue domiciliar sem a correta fiscalização, como hodiernamente ocorre²², se tornou sinônimo de impunidade, já que o condenado resgata grande parte de sua pena – ou a totalidade dela – em um regime livre de qualquer restrição e no qual o descumprimento das condições impostas não traz qualquer consequência. Salvo a necessidade de comparecimento periódico em Juízo, que muitas vezes é semestral ou nem sequer é imposta, a situação do condenado em cumprimento

de pena não se diferencia da rotina de qualquer outra pessoa em pleno gozo de suas liberdades.

E, diferentemente do livramento condicional, em caso de regressão de regime, o período em que o apenado permaneceu em sociedade é considerado como pena cumprida, pois, juridicamente, não estava ele “em liberdade”, mas sim “preso” em sua residência.

Por fim, vale mencionar que, caso o sentenciado cometa falta disciplinar de natureza grave, o prazo para a progressão de regime é interrompido. Conforme o teor da Súmula 534 do STJ: “*A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração*”.

Portanto, ao praticar falta grave, o sentenciado que está em regime semiaberto retorna ao fechado. O que está em fechado ali permanece, mas, em ambos os casos, a progressão somente poderá ser alcançada após novo resgate do lapso exigido (1/6, 2/5, 3/5 ou 1/8), contado, evidentemente, da pena que falta a cumprir.

2.2- LIVRAMENTO CONDICIONAL

²² Apesar da previsão de monitoramento eletrônico (art. 146-A, da LEP e seguintes), o Estado de São

Paulo não disponibiliza o equipamento para os presos do regime aberto.

O livramento condicional permite que o condenado deixe o cárcere antes do término da pena, cumprindo o tempo restante em liberdade. Nas palavras do Professor Mirabete: *“Por meio desse substitutivo penal, coloca-se de novo no convívio social o criminoso que apresenta sinais de estar em condições de reintegrar-se socialmente, embora submetido a certas condições que, desatendidas, determinarão novamente seu encarceramento. Trata-se, assim, da concessão da liberdade provisória antes do termo final da pena privativa de liberdade, representando um estimulante para o condenado que vê a possibilidade de sair da prisão antes do tempo marcado na sentença, ao mesmo tempo em que é um freio que deixa entrever a revogação do benefício concedido se faltar ao cumprimento das obrigações que lhe são impostas”*²³.

A conceituação apresentada pelo Professor, mais uma vez, evidencia a principiologia adotada pela Lei de Execução Penal, que busca reforçar o binômio direitos e deveres, disciplina e sanção, na crença de que o estímulo ao bom comportamento, na mesma medida da responsabilização pelos erros cometidos, faz parte do processo de

ressocialização e mostra-se imprescindível para a harmônica existência em comunidade dentro ou fora da prisão. O benefício está previsto no artigo 131 da LEP, que remete aos requisitos estabelecidos pelo artigo 83 do Código Penal.

Assim, para a concessão da liberdade antecipada, deve o sentenciado que comete delito comum resgatar 1/3 da pena, se primário, e 1/2 se reincidente. Aumenta-se o rigor nos crimes hediondos exigindo-se o cumprimento de 2/3 da pena para o primário ou reincidente em crime comum, vedada a concessão para o reincidente específico em crimes dessa natureza.

Para ilustrar a questão, voltemos ao exemplo do condenado à pena de oito anos de prisão. Tratando-se de crime comum, o primário poderá alcançar a liberdade após o cumprimento de dois anos e oito meses, enquanto o reincidente deverá resgatar quatro anos da pena. Se o crime for hediondo, será necessário o cumprimento de cinco anos e quatro meses – de um total de oito anos – para que o sentenciado alcance a liberdade.

Embora o livramento condicional também esteja inserido no conceito de sistema penitenciário progressivo, o

²³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 550-551.

benefício não se confunde com a progressão de regime, razão pela qual poderá ser concedido para sentenciados que estão em regime fechado ou semiaberto.

Pela literalidade da norma, o deferimento do livramento condicional também impõe o preenchimento de requisitos subjetivos mais rígidos, já que o artigo 83 do Código Penal condiciona sua concessão à comprovação de “*comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto*” (inciso III) e de que o sentenciado “*tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração*” (IV).

Ainda que em liberdade, conforme o próprio nome diz, o livramento condicional exige que o apenado cumpra as condições impostas durante o período de prova. Assim, apesar do completo retorno ao convívio social, o condenado é (ou deveria ser) fiscalizado pelo Estado. Em caso de descumprimento das condições impostas ou prática de novo crime no curso do benefício, o período em liberdade não é considerado como pena cumprida, diferentemente do que ocorre no regime aberto.

A incoerência surge com a edição da Súmula 441 do STJ que diz: “*A falta grave não interrompe o prazo para a obtenção de livramento condicional*”. Ora, a posição adotada pela jurisprudência fere frontalmente a lógica do sistema, pois, ao estabelecer que a prática de falta disciplinar de natureza grave interrompe o prazo para a progressão de regime, mas não para o livramento condicional, quebra-se a sistemática estabelecida pela Lei de Execução Penal, abrandando o requisito para o benefício mais amplo em contrapartida à rigidez daquele de menor amplitude.

O equilíbrio entre direitos e deveres é violado, desestimulando a observância das regras, pois o retorno ao convívio social ainda será possível, e no mesmo prazo, apesar da transgressão das normas impostas.

Embora o entendimento sumulado invoque como fundamento a ausência de expressa previsão legal para a interrupção, um dos requisitos subjetivos do livramento condicional é o “*comportamento satisfatório durante a execução da pena*”. Tal requisito exige do condenado comportamento adequado durante todo o tempo da execução da sanção, razão pela qual uma única falta poderia justificar o indeferimento do benefício até o término da pena. Assim, a

recontagem do prazo, antes de configurar interpretação prejudicial ao condenado, beneficia-o na medida em que permite a concessão da liberdade antecipada, desde que ausente falta disciplinar no novo período considerado.

2.3- COMUTAÇÃO E INDULTO

A anistia, a graça e o indulto estão previstos no Código Penal como causas extintivas da punibilidade, conforme disposição contida no artigo 107, inciso II.

A lei não conceitua os institutos, mas, conforme remansosa doutrina, a anistia é espécie de ato legislativo, que apaga os efeitos penais do ato criminoso, referindo-se a fatos e não a pessoas. Segundo o Professor Mirabete é *“medida de interesse coletivo, motivada em regra por considerações de ordem política e inspirada na necessidade de paz social a fim de se fazer esquecer comoções intestinais e pacificar espíritos tumultuados. Aplica-se, por isso, principalmente aos crimes políticos, militares e eleitorais, mas nada impede que se refira a qualquer outra infração penal”*.²⁴

²⁴ Cf. *Execução Penal*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 782.

²⁵ Segundo o item 172 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal: *“As disposições em torno da anistia e do indulto (artigo 186 e seguintes)*

Um exemplo é a Lei 6.683 de 1979, que anistiou aqueles que, no período entre dois de setembro de 1961 e 15 de agosto 1979, cometeram crimes políticos e eleitorais. Embora mencionada na Lei de Execução Penal, a anistia tem aplicação restrita, não sendo observada no cotidiano das varas de execução criminal.

Quanto às demais causas extintivas da punibilidade, apesar da falta de técnica no emprego da terminologia, entende-se que a graça nada mais é que o indulto concedido de forma individual²⁵. A comutação, por sua vez, é o indulto parcial, ou seja, o perdão de apenas parte da sanção imposta, acarretando a sua diminuição, enquanto o indulto extingue totalmente o restante da pena.

Historicamente, o indulto é ato de clemência emanado do Poder Público, que isenta o condenado do cumprimento da pena imposta. Previsto no artigo 84, XII, da Constituição Federal, é concebido como ato discricionário do Presidente da República e estampado em decretos presidenciais editados, por tradição, às vésperas do Natal.

Tal como os demais benefícios mencionados, a concessão do perdão

aprimoram sensivelmente os respectivos procedimentos e se ajustam também à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo”.

também exige o preenchimento de requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Todavia, tais pressupostos não estão discriminados no Código Penal ou na Lei de Execução Penal, mas sim em cada um dos decretos presidenciais, e foram significativamente abrandados no decorrer dos anos.

Dessa forma, embora o indulto (perdão total da pena) e a comutação (perdão parcial da pena) sejam benefícios que dependam de reconhecimento por meio de decisão judicial, os critérios para a sua incidência são previamente estabelecidos pela Presidência da República. E, se antes havia significativa margem para a análise jurisdicional, nos últimos anos o Poder Judiciário passou a atuar apenas mecanicamente, sem espaço para a verificação individual do mérito de cada sentenciado.

Com efeito, salvo o recuo nos anos de 2016 e 2019, nas últimas décadas o indulto deixou de ser exceção à inderrogabilidade da pena para se transformar em instrumento de controle carcerário. De incidência excepcional em todos os países democráticos do mundo, no Brasil assumiu o papel de principal ferramenta de política criminal e penitenciária.

Esta transmutação é facilmente percebida pela análise cronológica do conteúdo dos decretos. Dos anos de 1930 a 1945, como regra, o Presidente da República indultava apenas condutas relacionadas ao serviço militar. As raras exceções vieram através dos Decretos 19.445, de dezembro de 1930, Decreto 21.946, de outubro de 1932, e Decreto 24.351, de junho de 1934, os quais, exigindo a primariedade do agente, referiam-se às infrações penais expressamente mencionadas no ato presidencial, que não representavam grave perigo social como os crimes de resistência, desacato, lesão corporal culposa ou dolosa “sem derramamento de sangue” e os crimes dos “vadios e capoeiras”²⁶.

O Decreto 22.065 de 1946 alterou o critério até então utilizado, pois deixou de mencionar os crimes e contravenções que poderiam ser objeto de indulto, passando a adotar a pena imposta como limite para a concessão do benefício. Assim, o decreto de 1946 perdoou condenados à pena de até dois dois anos de detenção, prisão simples ou reclusão, neste último caso exigindo o cumprimento de metade da reprimenda. Em todas as hipóteses, os beneficiários deveriam ser

²⁶ Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1980.

primários e considerados não perigosos para a sociedade. No decorrer dos anos, esta estrutura foi basicamente mantida com algumas variações quanto ao limite de pena, que oscilava entre dois e quatro anos de condenação. Todavia, a primariedade do agente e a menor gravidade do delito continuavam a ser exigências constantes.

O Decreto 76.550 de 1975 foi o primeiro a permitir a concessão do perdão ao reincidente, mas ainda vedava nova comutação a quem já havia sido beneficiado anteriormente. Os requisitos subjetivos também eram mais rígidos, pois se exigia para o indulto “*boa conduta prisional, reveladora de disposições e condições pessoais para a reintegração no convívio social*” ou “*pelo menos sincero esforço para alcançá-las*”, se caso de comutação. A partir de 1977, os decretos também passam a permitir o perdão ou redução da pena para condenados que já estavam fora do cárcere, mas ainda submetidos à fiscalização estatal, como o caso do livramento condicional ou regime aberto.

Diante da utilização de conceitos jurídicos indeterminados, o âmbito de atuação do Poder Judiciário era significativo, pois cabia ao magistrado analisar todo o histórico prisional do

condenado, a fim de verificar se seria caso de deferimento do benefício.

Em 1980, o Presidente da República João Figueiredo editou decreto de indulto em razão da visita do Papa João Paulo II. O decreto ampliou significativamente a tradição até então vigente, pois permitiu o perdão da pena para crimes violentos como roubo simples e estupro, desde que a vítima não fosse menor ou incapaz.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu artigo 5º, XLIII, que “*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*”,

A vedação da graça para os crimes hediondos e equiparados, que se estende ao indulto e à comutação, pois abarcados pela expressão utilizada pelo constituinte, configurou, nos últimos tempos, o único limite à utilização dos decretos presidenciais como instrumento de desencarceramento em massa, que passou a ser realizado sem qualquer cautela quanto ao histórico prisional do condenado.

Com efeito, mesmo considerando os decretos presidenciais editados após a Constituição Federal de 1988, a flexibilização dos requisitos torna-se cada vez mais evidente, inclusive beneficiando políticos condenados. Nesta esteira, para a concessão do indulto, o Decreto de 2006²⁷ exigiu o cumprimento de 1/3 da pena, se primário, e metade da pena, se reincidente, desde que a privativa de liberdade aplicada não fosse superior a 6 anos. Em 2007²⁸ esse limite foi ampliado para oito anos e o Decreto de 2010 avançou ainda mais, elevando-o para até 12 anos, quando se tratar de delito cometido sem violência ou grave ameaça. Em 2017, ausente violência ou grave ameaça, não há limite para o perdão da pena.

Embora delitos cometidos sem violência ou grave ameaça possam parecer menos danosos e, portanto, merecedores da clemência estatal, a impossibilidade de verificação de outros fatores que não o tempo de pena cumprido e o singelo requisito subjetivo, consistente apenas no não cometimento de falta grave nos doze meses anteriores à edição do decreto

(único requisito subjetivo passível de verificação pelo Poder Judiciário, como ver-se-á a seguir), acarreta consequências preocupantes.

Se muitas vezes os crimes não violentos podem ser vistos como menos perigosos para a sociedade, a máxima nem sempre é verdadeira, vide o furto do Banco Central, a corrupção envolvendo altos valores e que usurpa quantias que deveriam ser investidas em serviços públicos essenciais como educação e saúde, crimes ambientais e de falsidade pelos quais respondem diretores de empresa pela tragédia de Brumadinho e Mariana, associação criminosa, porte de arma de fogo com alto poder lesivo (hoje crime hediondo, mas que por muitos anos foi abarcado pelos decretos, possibilitando a extinção da pena de conhecidos membros de facções criminosas), explosão de agências bancárias e empresas de valores sem violência voltada à pessoa, pedofilia pela internet. Estes são apenas alguns exemplos de crimes juridicamente não violentos, mas com reflexos sociais gravíssimos, que não poderiam ser vistos

²⁷ Decreto 5.993/2006: Art. 1º: “*É concedido indulto: I - ao condenado a pena privativa de liberdade não superior a seis anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa e não beneficiado com a suspensão condicional da pena, que, até 25 de dezembro de 2006, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;*”

²⁸ Decreto 6.294/2007: “*Art. 1º É concedido indulto: I - ao condenado a pena privativa de liberdade não superior a oito anos, não substituída por restritivas de direitos ou multa e não beneficiado com a suspensão condicional da pena, que, até 25 de dezembro de 2007, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;*”

sob a mesma ótica benevolente dos pequenos furtos do cotidiano forense. Quanto à comutação, não há qualquer restrição acerca do montante de pena imposto ou espécie de delito cometido, salvo a vedação constitucional para crimes hediondos e equiparados.

Nos últimos anos, os decretos presidenciais vinham exigindo, do condenado primário, o cumprimento de $\frac{1}{4}$ da pena para ter igual montante comutado. Já o reincidente deve resgatar $\frac{1}{3}$ da sanção imposta para alcançar desconto de $\frac{1}{5}$. Por expressa previsão dos decretos, o cálculo é feito sobre o período de pena já cumprido ou sobre o remanescente, devendo ser considerado o maior valor.

Vale lembrar que, para a incidência do decreto, o condenado deve ter preenchido os requisitos estabelecidos, até o Natal do ano de edição do ato presidencial.

Exemplos práticos ilustrarão melhor a questão.

Pensemos em um indivíduo condenado à pena de oito anos, preso em 01/03/2004. Embora tivesse resgatado $\frac{1}{3}$ da pena (equivalente a dois anos e oito meses) até 25/12/2006, não faria jus ao indulto do ano em comento, pois sua pena superava o limite de seis anos. Todavia, como já havia cumprido mais de $\frac{1}{4}$ da

pena (equivalente a 2 anos) poderia ter $\frac{1}{4}$ de sua pena comutada.

Em 2007, com o aumento do limite para a concessão do perdão total da pena, o quadro foi significativamente alterado. Assim, considerando um indivíduo condenado ao cumprimento dos mesmos oito anos e preso em 01/04/2005, ele poderia ser solto a partir de 25/12/2007, sem qualquer condição ou fiscalização, já que, diferentemente dos outros benefícios que antecipam a liberdade mas não extinguem a pena restante, o indulto acarreta o perdão total da reprimenda que faltava para cumprir – no presente caso equivalente a cinco anos, três meses e sete dias.

Conforme já mencionado, esta sistemática foi utilizada até 2015. Assim, o indivíduo condenado ao cumprimento de pena de oito anos, que começou a resgatá-la em 01/04/2013, poderia ser solto a partir de 25/12/2015 (após o cumprimento de $\frac{1}{3}$ da pena, equivalente a dois anos e oito meses de prisão). Se preso em 05/12/2013, não poderia ser beneficiado com o indulto, mas sim com a comutação, diante do resgate de $\frac{1}{4}$ da pena (dois anos) até o Natal de 2015.

Neste caso, quando da edição do decreto, no fim de 2015, o sentenciado havia cumprido dois anos e 20 dias de prisão, faltando cinco anos, 11 meses e 10

dias de pena a cumprir. Como a pena remanescente era maior que a cumprida, o desconto de $\frac{1}{4}$ incide no restante, acarretando o perdão de um ano, cinco meses, e 25 dias de pena.

Vale lembrar que este desconto, por se tratar de extinção da pena, acarreta consequências em todos os demais benefícios. Assim, a sanção que antes era de 8 anos passa a ser de seis anos, seis meses e cinco dias de prisão para todos os fins. O lapso para a progressão de regime, para o livramento condicional e até mesmo para o indulto e nova comutação com base em decreto editado no ano seguinte será calculado sobre a nova pena, tornando o benefício ainda mais significativo.

Por acarretar expressiva antecipação do prazo de retorno do sentenciado ao convívio social, seria esperado que o mérito do condenado fosse analisado de forma mais profunda. Entretanto, nos últimos anos, o requisito subjetivo para o perdão da pena foi paulatinamente flexibilizado a ponto de se tornar o benefício menos criterioso, em termos de aferição dos aspectos subjetivos.

Com efeito, para a concessão do perdão basta que o sentenciado não tenha praticado falta disciplinar de natureza grave, nos 12 meses anteriores à edição o

decreto. Portanto, com exceções trazidas somente pelos decretos posteriores ao ano de 2015, o sentenciado que cometeu falta disciplinar de natureza grave uma, duas, três ou 10 vezes, empreendeu fuga, cometeu novo crime, descumpriu as condições do regime aberto ou do livramento condicional, pode ser beneficiado com o indulto ou comutação, desde que tais eventos não tenham ocorrido nos últimos doze meses anteriores à publicação do decreto presidencial.

Conforme já exposto, a sistemática da LEP, o binômio direitos e deveres, o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, o princípio da vedação à proteção insuficiente do bem jurídico, todos eles resumidos no artigo 112 da LEP, exigem igualdade de parâmetros para a análise de benefícios, respeitada a escala progressiva. Ainda assim, a jurisprudência adotada pelas Cortes Superiores optou, mais uma vez, por interpretação que viola a coerência e afasta os princípios mencionados.

Quanto ao requisito subjetivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e, mais recentemente, a do

Supremo Tribunal Federal²⁹ – apesar de lúcidos votos divergentes – consolidou-se no sentido da impossibilidade de se adotar qualquer fundamento para o indeferimento do indulto ou da comutação que não a falta grave praticada nos doze meses anteriores à edição do decreto.

Não são raros os casos de sentenciados que cometeram inúmeras faltas no interior da unidade prisional, praticaram novos crimes quando beneficiados com a progressão de regime ou livramento condicional, não retornaram de saída temporária, tentaram fugir do estabelecimento prisional e não demonstraram interesse pelo estudo ou trabalho³⁰. É plenamente possível que tais condutas não tenham sido praticadas em um período de doze meses, mesmo porque em caso de inserção em RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) ou transferência para unidade federal, o simples isolamento reduz significativamente a possibilidade da prática da falta.

Ainda assim, o conturbado histórico prisional seria suficiente para o indeferimento da progressão de regime ou do livramento condicional, especialmente após a realização de exame criminológico demonstrando a ausência de intenção ou

suporte psicológico para a observância das regras sociais. Porém, mesmo com o indeferimento da progressão, seguindo a jurisprudência do STJ e STF seria caso de perdão da pena:

“A jurisprudência desta Corte é no sentido de que ‘para a análise do pedido de indulto ou comutação de pena, o Magistrado deve restringir-se ao exame do preenchimento dos requisitos previstos no decreto presidencial, uma vez que os pressupostos para a concessão da benesse são da competência privativa do Presidente da República’ (HC 456.119/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe15/10/2018).

O requisito objetivo também é sensivelmente abrandado diante do teor da Súmula 535 do STJ: *“A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação e indulto”*. Portanto, o condenado que comete faltas graves no interior da unidade prisional, demonstrando sua resistência para o cumprimento de regras, é punido com a regressão de regime e a necessidade de recontagem do prazo para alcançar a progressão. A falta, entretanto, não acarreta consequências de ordem objetiva

²⁹ ADI 5874.

³⁰ Apesar da ideia recorrente de que não há postos de trabalho no interior das unidades prisionais, esta realidade vem sendo alterada no Estado de São

Paulo. E quanto maior o número de postos de trabalho, maior o número de sentenciados que optam por não exercer a atividade ou frequentar as salas de aula.

para o livramento condicional ou para o perdão da pena.

A bem da verdade, a incongruência entre estes dois benefícios já se mostra latente diante da exigência do mesmo requisito objetivo para consequências tão distintas. Quando da edição da Lei de Execução Penal e do Código Penal, o legislador entendeu que, após o cumprimento de 1/3 da pena, o reeducando estaria pronto para deixar o cárcere, mas a fiscalização estatal ainda seria imprescindível. A possibilidade de perda do benefício também seria um estímulo para a adoção de comportamentos compatíveis com a expectativa social, inclusive para impedir a reincidência, já que a prática de novo delito acarreta a revogação do benefício com a perda do período em liberdade.

Dessa forma, a fixação do mesmo requisito objetivo para o perdão total da pena, que não deixa qualquer espaço para a cobrança da disciplina e do respeito às regras, configura um contrassenso, significativamente intensificado diante da impossibilidade de aprofundamento do requisito subjetivo de cada sentenciado.

Por fim, vale ressaltar que a hipótese de indulto tratada no presente trabalho não é a única prevista nos decretos presidenciais, os quais permitem outras inúmeras possibilidades de

clêmência, quando configurada hipótese ligada a questões humanitárias, como maior de 60 anos, maior de 70 anos, mães de filhos que necessitam de cuidados especiais ou condenados com paraplegia, tetraplegia ou cegueira.

A opção por cuidar de forma mais minuciosa da hipótese que exige apenas o resgate de determinado tempo de prisão, dispensada qualquer característica especial do condenado, decorre de sua maior abrangência, sendo, atualmente, o benefício mais comum nas varas das execuções criminais.

3- CONCLUSÃO

O artigo 112 da LEP, ao disciplinar a progressão de regime e determinar que ***“Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes”***, tem como pressuposto o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, além de assegurar a coerência do sistema de execução penal.

Ainda que cada benefício exija diferente lapso temporal e intensidade de mérito, é razoável esperar maior rigor para o benefício mais amplo e vice-versa. Na mesma esteira, seria adequado supor que,

se a falta acarreta consequências para o benefício mais singelo, também teria repercussão nos demais institutos.

Essa lógica é imprescindível para o processo de ressocialização, pois o Estado que espera o cumprimento das regras vigentes, e a convivência harmoniosa entre seus cidadãos, deve garantir que cada transgressão seja legitimamente e proporcionalmente reparada.

Não se pretende negar ou ignorar as péssimas condições do sistema penitenciário brasileiro. No entanto, tais deficiências devem ser supridas e reparadas com a construção de novas unidades, disponibilização de postos de trabalho e vagas de ensino, acompanhamento social e psicológico aos presos e egressos, fornecendo-se subsídios para uma vida digna dentro e fora do sistema penitenciário.

E se obrigações derivadas de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal não são satisfatoriamente observadas, o Poder Judiciário possui o inarredável papel de compelir o Estado a cumpri-las, conforme, aliás, reconhece a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Entretanto, a desconstrução da lógica que rege a ressocialização, o

desafogamento do sistema penitenciário sem qualquer cautela quanto ao histórico ou às condições individuais de cada sentenciado, a consolidação de jurisprudência permissiva e descontextualizada, por mais bem-intencionada que possa parecer, colocam a sociedade em risco grave e concreto. E, infelizmente, não faltam exemplos de delitos bárbaros, cometidos por pessoas que estavam em liberdade antecipada, para justificar o temor social.

Ao desconsiderar condutas nocivas e permitir a liberdade, tanto de condenados com exemplar comportamento como daqueles com histórico prisional conturbado, o Poder Judiciário deixa de incentivar a observância das regras, ignorando a importância que o justo equilíbrio entre direitos e deveres exerce na busca pela ressocialização.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 24^a ed. São Paulo. Saraiva, 2018.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERREIRA, Carlos Lélío Lauria,
KUEHNE, Maurício. *Indulto Natalino*. 2^a
ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução
Penal*. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

**O SISTEMA NACIONAL DO MEIO
AMBIENTE E OS ÓRGÃOS DE
SEGURANÇA PÚBLICA**

*Júlio César Araújo da Silva*³¹

RESUMO: O Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) foi instituído, pela Lei Federal nº 6.938/81, como instrumento para que a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) alcance seus objetivos. A Constituição Federal de 1988 reconheceu e elevou a condição a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, visto que protege o bem vital humano, objeto de acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Por outro lado, a segurança pública envolve instituições federais e estaduais para a proteção permanente do tripé formador da ordem pública: a salubridade, a tranquilidade e a segurança pública mesma. A importância do recorte das instituições que integram o SISNAMA e concomitantemente o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) está na compreensão das competências e responsabilidades dos órgãos sob a ótica legislativa ambiental, desde a responsabilização de seus membros, até a possibilidade destes de efetivar termos de compromissos em nome da coletividade acerca do bem ambiental, de natureza difusa, passando por adoção de medidas

acautelatórias imediatas para mitigar danos ambientais e autuação administrativa de infrações de competência original em outro órgão. Na esfera federal, foram analisadas as competências da Polícia Federal, Rodoviária Federal e Ferroviária Federal. A Polícia Federal foi analisada em suas funções preventivas e repressivas, cuja extensão envolve interesses nacionais amplos. Às Polícias Rodoviária Federal e Ferroviária Federal o constituinte atribui competências apenas de patrulhamento determinado. Já na esfera estadual, as competências da Polícia Civil e Militar foram sujeitas à análise. A competência da Polícia Civil se estende da flagrância criminal até o apoio ao Poder Judiciário Estadual para elucidação criminal, sem participação, portanto, em programas e projetos estaduais de proteção ambientais. Às Polícias Militares, cabe a preservação da ordem pública, atribuição largamente abrangente pelo poder de interferir em direitos individuais, para cumprir missões preventivas e imediatamente repressivas criminais, além de também, por vezes, repressivas administrativas. Coube ainda uma análise apertada da matéria para as Guardas Municipais, apesar de não constarem no rol de órgãos responsáveis pela segurança pública, mas, por exercerem funções preventivas e repressivas, estão no rol de órgãos do Sistema Único de Segurança Pública. Foram entendidas como particularidades das competências municipais no SISMANA.

³¹ Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Bacharel em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco (São Paulo/SP, 2000), bacharel em Direito pela Universidade Bandeirantes (São Paulo/SP, 2002), mestrando em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública no Centro de Altos Estudos de Segurança (São Paulo-SP), pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade Leonardo Da Vinci

(Curitiba/PR, 2018), especialista em Gestão de Segurança Pública e Justiça Criminal pela Universidade de São Paulo (São Paulo/SP, 2012), especialista em Estratégias para Conservação da Natureza pela Faculdade Salesiana Santa Teresinha (Cuiabá/MS, 2012). Membro das Comissões de Julgamento de Autos de Infração Ambiental de Primeira e Segunda Instâncias, na Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente do Estado de São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente; Polícia; Ordem Pública.

ABSTRACT: The National Environment System (SISNAMA) was established by Federal Law N° 6.938/81, as an instrument for the National Environmental Policy (PNMA) to achieve its objectives. The Federal Constitution of 1988 recognized and elevated the right to an ecologically balanced environment as a fundamental right, since it protects the human vital good, the object of international agreements to which Brazil is a signatory. On the other hand, the protection of public security involves federal and state institutions for the permanent protection of the public order-forming tripod: healthiness, tranquility and public security itself. The importance of cutting the institutions that integrate SISNAMA and concomitantly the Unified System of Public Security (SUSP), lies in understanding the competences and responsibilities of the bodies from the environmental legislative point of view, from the accountability of its members, to the possibility of them to effect terms of commitments on behalf of the community about the environmental good, of diffuse nature; through the adoption of immediate precautionary measures to mitigate environmental damage and administrative assessment of violations of original jurisdiction in another body. At the federal level, the competencies of the Federal Police, Federal Highway and Federal Railway were analyzed. The Federal Police, with preventive and repressive functions, whose extension involves broad national interests. The Federal Highway Police and Federal Railway Police, to which the constituent has assigned only patrolling powers. At the state level, the competencies of the Civil and Military Police were subjected to analysis. The competence of the Civil Police extends from criminal flagrance to support the State Judiciary for criminal elucidation;

therefore not participating in state environmental protection programs and projects. The military police are responsible for the police of preservation of public order, broadly assigned by the power to interfere with individual rights, to carry out preventive and immediately repressive criminal missions, as well as sometimes administrative repressives. There was also a close analysis of the matter for the Municipal Guards, although they are not on the list of public safety agencies, but because they perform preventive and repressive functions, they are on the list of organs of the Unified Public Security System. It was examined with particularities of municipal competencies in SISMANA.

KEYWORDS: Environment. Police. Public order.

INTRODUÇÃO

O Sistema Nacional do Meio Ambiente foi instituído pela Lei Federal N° 6.938/81, como instrumento para que a Política Nacional do Meio Ambiente atinja seus objetivos, quais sejam “preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando a assegurar, no país, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana” (BRASIL, 1981). Pouco, porém, se estudou a respeito da estrutura do SISNAMA, especificamente. O 6° artigo, que estrutura o Sistema, quando se refere a órgãos do Ministério do Meio Ambiente,

cita-os nominalmente (incisos I a IV); quando, no entanto, sai dessa organização, o ingresso no sistema se dá pela competência material (incisos V e VI).

A importância da abordagem da questão está na responsabilidade do órgão para com a proteção aos bens ambientais e ao meio ambiente como um todo, na esfera de sua competência, tal qual a corresponsabilidade penal de seus membros, servidores e militares integrantes, disposto no parágrafo 3º do artigo 70 da Lei Federal nº 9.605/98:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

[...]

§ 3º A autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de corresponsabilidade.

Outras consequências advêm do ingresso de um órgão pública no SISNAMA, tal qual o poder de polícia para adoção das medidas acautelatórias do artigo 101 do Decreto Federal nº 6.514/08, como apreensão, embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas, suspensão de venda ou fabricação de produto, suspensão parcial ou total de atividades, destruição ou inutilização dos produtos, subprodutos e instrumentos da

infração, e demolição (BRASIL, 2008), inclusive quando fora de sua competência de licenciamento, como disposto no parágrafo 2º do artigo 17 da Lei Complementar 140/11:

Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

[...]

§ 2º Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis.

Entre as consequências da aplicação dessa medida está a apreensão administrativa de provas e alteração de locais de crime antes da atuação da polícia científica, em respeito ao princípio da precaução do Direito Ambiental e prevalência da proteção ao bem jurídico tutelado face à instrução criminal.

Pode-se citar, também, a responsabilidade dada no parágrafo 3º do artigo 6º da Lei Federal nº 6.938/81, de “fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada” (BRASIL, 1981), assunto

especialmente tratado na Lei Federal nº 10.650/03, que “dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama” (BRASIL, 2003).

Cita-se, ainda a possibilidade de órgãos integrantes do SISNAMA, e apenas destes, de celebrar termos de compromisso com infratores ambientais, ou tutores de bens ambientais danificados, conforme dispõe a Lei Federal nº 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais, versando sobre correções necessárias:

Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

§ 1º O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no caput possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes, sendo obrigatório que o respectivo instrumento disponha sobre:
[...]

Quando um órgão da administração pública direta e indireta possui competência material para a tutela a bens ambientais, seu ingresso no SISNAMA é de fácil constatação e reconhecimento, respeitados os limites de competência legislativa dos entes, impostos nos artigos 22, 24 e 30 da Constituição Federal; porém, quando se trata de órgãos de atuação ampla, com poder de polícia para intervir diretamente em liberdades individuais, tais quais os constantes no rol dos responsáveis por exercer a preservação da ordem pública, há a necessidade de estabelecer limites e reconhecê-los como tais, para garantia de eficiência da Política Nacional do Meio Ambiente e do direito fundamental à qualidade de vida por meio do equilíbrio ecológico ambiental.

Para a apresentação de uma solução, foram confrontados normas, conceitos e princípios do Direito Ambiental de interesse com as competências e poder de polícia dos órgãos elencados no artigo 144 da Constituição da República. O objetivo foi encontrar interseção entre competências e bens tutelados, respondendo às questões propostas: órgãos de segurança pública podem integrar o SISNAMA? Quais o integrariam, e quais seriam os limites de competência?

ESTRUTURA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL

A técnica legislativa utilizada nas normas ambientais segue uma estrutura lógica e relativamente padronizada, conforme observa José Afonso da Silva em sua análise ao Artigo 144 da Constituição Federal, único do Capítulo VI do Título VIII:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

[...]

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

[...]

Vê-se, no *caput*, uma norma-princípio ou norma-matriz contendo o objetivo a ser alcançado, seguido das normas instrumentais, ou seja, recursos a serem dispostos para a garantia da efetividade do direito e após, as determinações particulares, prevendo setores e individualidades a serem consideradas (SILVA, 1995).

Constitui-se, assim, como norma-matriz constitucional, o “[...] direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Por instrumentos de interesse, apostos no parágrafo primeiro, entendem-se a preservação e restauração de processos ecológicos essenciais, a preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, o controle da produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, a proteção à fauna e à flora, com vedação às práticas que coloquem em risco sua função ecológica, que provoquem a extinção de espécies ou que

submetam os animais à crueldade, entre outros (BRASIL, 1988).

O SISTEMA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Além da criação da Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei Federal nº 6.938/81, dispôs também sobre seus fins, mecanismos de formulação e aplicação. A estrutura legislativa é similar à encontrada por José Afonso da Silva no artigo 225 da Constituição Federal: norma-matriz, instrumentos e determinações particulares. No artigo 2º, logo após delimitar seu fundamento constitucional, cria a Política Nacional do Meio Ambiente e seus objetivos de preservação, de melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, bem como de assegurar condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. Por instrumento, para atender à Política Nacional, engendra o SISNAMA estruturado no artigo 6º. O órgão superior, o órgão consultivo e deliberativo e os órgãos centrais do SISNAMA estão nominalmente expressos: o Conselho de Governo, para assessoramento da Presidência da República; o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA);

a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, hoje Ministério do Meio Ambiente; o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Órgãos setoriais e municipais, porém, não são nominados, em respeito à autonomia de cada estado, além de outros, da estrutura federal, que possam também admitir contribuir ao Sistema:

Art. 6º Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

[...]

V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;

VI - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições; (grifo nosso)

As Unidades Federativas apresentam estruturas próprias em suas administrações, observando qualidades particulares que perpassam por características ambientais (biomas, cobertura vegetal, áreas ambientalmente protegidas, urbanismo, etc.), econômicas

(produção, infraestrutura, renda, etc.), administrativas (receita pública, órgãos e instituições, exigências para ingresso de servidores e militares estaduais, etc.) e humanas (desenvolvimento humano, aspectos culturais, formação particular de comunidades tradicionais, etc.), minimamente.

O Decreto Federal nº 99.274/90 disciplinou, de forma sutilmente extensiva, os órgãos seccionais do SISNAMA, de forma a alcançar outros órgãos da administração pública federal:

Art. 3º O Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, constituído pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e pelas fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, tem a seguinte estrutura:

[...]

V - Órgãos Seccionais: **os órgãos ou entidades da Administração Pública Federal direta e indireta, as fundações instituídas pelo Poder Público cujas atividades estejam associadas às de proteção da qualidade ambiental ou àquelas de disciplinamento do uso de recursos ambientais**, bem assim os órgãos e entidades estaduais responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental; e (grifo nosso)

Assim, para classificação de órgãos e entidades federais ou estaduais como “seccionais” na estrutura do SISNAMA, deve-se observar sua

competência. Se federal, que exerça atividade associada à de proteção da qualidade ambiental ou de disciplinamento do uso de recursos ambientais; se estadual, que seja responsável pela execução de programa, ou projeto ou pelo controle ou fiscalização de atividade capaz de provocar a degradação ambiental.

Os órgãos locais do SISNAMA foram igualmente disciplinados na lei e no decreto, sendo objeto de análise posterior.

A ORDEM PÚBLICA E SEUS ÓRGÃOS

O doutrinador Álvaro Lazzarini entende a ordem pública, em seu aspecto material, como uma condição social ampla e mínima, composta de três elementos: a segurança pública, a tranquilidade pública e a salubridade pública (LAZZARINI, 1999).

A ordem pública é tratada na Constituição Federal, no Capítulo III (Da Segurança Pública) do Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas). O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei Federal nº 13.675/18, que instituiu o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) e criou a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social

(PNSPDS). Consoante à Constituição Federal, sua finalidade é a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Por ferramentas, lança mão da atuação conjunta de seus órgãos, de modo coordenado, sistêmico e integrado, em articulação com a sociedade (BRASIL, 2018).

O artigo 144 da Constituição Federal define que a segurança pública é dever do Estado, ou seja, cabe ao poder público provê-la, garantindo a efetiva existência e funcionamento de seus elementos formadores. Assim, a ordem pública é instrumento para existência de um de seus próprios componentes, a segurança pública, ou seja, a plena integridade e funcionamento das instituições responsáveis por esta.

Segundo os incisos I a V do artigo 144 da Constituição Federal, os seguintes órgãos são por elas responsáveis: a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal, as Polícias Civis, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares.

A POLÍCIA FEDERAL NO CONTEXTO DO SISNAMA

À Polícia Federal incumbe, entre outros, a apuração das infrações penais contra a ordem social ou em detrimento de

interesses da União, as infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, de acordo com disposição legal, e o exercício, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

O Decreto Federal nº 73.332/73 também atribuiu funções preventivas à Polícia Federal, não apenas repressivas (inciso IV do artigo 1º). Dentre elas, encontra-se a disposta no inciso “i”:

Art 1º Ao Departamento de Polícia Federal (DPF), com sede no Distrito Federal, diretamente subordinado ao Ministério da Justiça e dirigido por um Diretor-Geral, nomeado em comissão e da livre escolha do Presidente da República, compete, em todo o território nacional:

[...]

IV - prevenir e reprimir:

[...]

i) outras infrações penais em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, assim como aquelas cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

A Lei Federal 10.446/02 dispôs sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme. O inciso III do artigo 1º deixa clara a competência da Polícia Federal para infrações penais relativas à violação a direitos fundamentais, que o Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais,

assim como violações ao meio ambiente (BRASIL, 2002). A delimitação da Justiça Federal fornece contorno também às atribuições da Polícia Federal, conforme artigo 109 da Constituição Federal. O artigo 7º da Lei Complementar nº 140/11 também fazem o recorte da competência da União, e por conseguinte da Polícia Federal.

A POLÍCIA RODOVIÁRIA E A POLÍCIA FERROVIÁRIA FEDERAL NO CONTEXTO DO SISNAMA

De outro modo, constitucionalmente, às polícias Rodoviária Federal e Ferroviária Federal incumbem, respectivamente, o patrulhamento ostensivo das rodovias e ferrovias federais. Sua competência é definida materialmente pela finalidade institucional de particularidades específicas da ordem pública em locais certos e determinados. Sobre essas instituições recaem limitações determinantes de parte da função estatal, mormente a infraestrutura de transportes de competência federal.

AS POLÍCIAS CIVIS NO CONTEXTO DO SISNAMA

Às Polícias Civis cabem as funções de polícia judiciária, ou seja, a apuração de infrações penais de competência da Justiça Estadual, exceto as militares. Por consequência, sua atuação encontra-se prevista em normas processuais penais, e sua atuação ligada à instrução criminal regulamentada nos artigos 4º a 22 do Código Processual Penal, apesar de integrar o Poder Executivo. A autoridade de Polícia Judiciária Estadual é limitada à eclosão criminal de competência da Justiça Estadual.

No ciclo da persecução criminal, a atuação da polícia judiciária inicia-se no momento do crime (justaposta à polícia de preservação da ordem pública), de ofício – ao receber a notícia-crime para aqueles de ação penal incondicionada; mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo, em caso de crimes de ação pública condicionada ou privada. Seu encerramento se dá com a conclusão da instrução criminal pré-processual, com a remessa do Inquérito Policial ao titular da ação penal, além de fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, realizar as diligências requisitadas pelo Juiz competente ou pelo

Ministério Público, cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias, e representar acerca da prisão preventiva.

O objetivo das Polícias Cíveis é o esclarecimento de autoria e materialidade da infração penal; para tanto, utiliza instrumentos como a coleta de provas por meio de oitivas de vítima, testemunhas e indiciados, apreensão de objetos e coisas para a respectiva perícia, acareações e reconhecimentos de pessoas e coisa etc.

Em razão da limitação de atuação criminal, e a competência legislativa criminal recair apenas sobre a União, as Polícias Cíveis não pode integrar programas ou projetos ambientais da Unidade da Federação.

AS POLÍCIAS MILITARES NO CONTEXTO DO SISNAMA

A norma constitucional atribui às Polícias Militares a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. A abrangência da competência das Polícias Militares é especialmente tratada e compreendida nos dizeres de Álvaro Lazzarini (1989, p. 235-236):

[...] às Polícias Militares, instituídas para o exercício da polícia ostensiva e preservação da ordem pública (art. 144, § 5º), compete todo o universo policial, que não seja atribuição

constitucional prevista para os demais seis órgãos elencados no art. 144 da Constituição da República de 1988. Em outras palavras, **no tocante à preservação da ordem pública, às polícias militares não só cabe o exercício da polícia ostensiva, como também a competência residual de exercício de toda atividade policial de segurança pública não atribuída aos demais órgãos.** A competência ampla da Polícia Militar na preservação da ordem pública engloba, inclusive, a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, a exemplo de greves ou outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, funcionando, então, a Polícia Militar como verdadeiro exército da sociedade. **Bem por isso as Polícias Militares constituem os órgãos de preservação da ordem pública para todo o universo da atividade policial em tema da ‘ordem pública’ e, especificamente, da, ‘segurança pública.** (grifo nosso)

Segue o doutrinador Lazzarini (1999, p. 204), quanto à polícia de manutenção da ordem pública:

[...] não só como polícia administrativa, na medida em que previne a ocorrência de desordem, mantendo a ordem pública nas suas múltiplas facetas, ou seja, procura evitar a eclosão delitual em sentido amplo, como também é exteriorização da polícia judiciária quando, após a sua eclosão, cuida de repressão delitual.

Apesar de as Polícias Militares priorizarem as atividades de manutenção da ordem pública e geral, devem atuar na repressão imediata a infrações administrativas e criminais, quando de sua

eclosão como medida de seu reestabelecimento, que significa devolver à existência todas as suas faces de segurança pública, tranquilidade pública e salubridade pública.

Para melhor compreensão, é necessário distinguir os termos “polícia ostensiva” e “policciamento ostensivo”. O Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), instituído pelo Decreto Federal nº 88.777/83, conceitua policiamento ostensivo como “ação policial, exclusiva das Policias Militares em cujo emprego o homem ou a fração de tropa engajados sejam identificados de relance, quer pela farda quer pelo equipamento, ou viatura, objetivando a manutenção da ordem pública”. Já o conceito de polícia ostensiva é muito mais abrangente, como ensina Lazzarini (1999, p. 103):

Polícia Ostensiva é atribuição com extensão ampla, abrangendo todas as fases do poder de polícia, onde o militar estadual no exercício de sua autoridade pública, identificada de relance, quer pela farda, quer pelo equipamento, ou viatura, visa ilidir condutas ilícitas, protegendo a integridade de pessoas, bens e serviços.

Assim, o policiamento ostensivo não traduz com plenitude a missão das Polícias Militares, mas apenas a ação de fiscalização dentre as ações de polícia. Por outro lado, a expressão “polícia ostensiva”

nos dá um entendimento completo do poder de polícia das Polícias Militares para a preservação da ordem pública. Em recente alteração perpetrada pelo Decreto Federal nº 9.940/19 a designação de policiais militares e bombeiros militares para exercício de função em unidades de conservação integrantes do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) passou a ser considerada como de natureza policial-militar (BRASIL, 2019).

O assunto é estreitamente abordado por Édis Milaré, na obra “Direito do Ambiente”, o qual entende haver, por sua vez, a atuação por delegação do ente federado estatal (MILARÉ, 2015):

Entretanto, há circunstâncias em que o poder de polícia administrativa ambiental pode e deve ser reforçado por outras modalidades de polícia. Aqui se enquadram as Polícias Militares Ambientais, que agem por delegação expressa do Poder Executivo competente e, ademais, segundo objetivos e métodos de polícia administrativa.

Tomando por base a experiência do Estado de São Paulo, a competência da Polícia Militar é tratada no artigo 141 da Constituição Estadual: “Artigo 141 - À Polícia Militar, órgão permanente, incumbem, além das atribuições definidas em lei, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”; porém, não apenas. O

artigo 195 da Constituição do Estado, integrante da Seção I – Meio Ambiente, do Capítulo IV – Do Meio Ambiente, dos Recursos Naturais e Saneamento, do Título VI – Da Ordem Econômica, também traz outra função da Polícia Militar paulista:

Artigo 195 - As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, com aplicação de multas diárias e progressivas no caso de continuidade da infração ou reincidência, incluídas a redução do nível de atividade e a interdição, independentemente da obrigação dos infratores de reparação aos danos causados.

Parágrafo único - **O sistema de proteção e desenvolvimento do meio ambiente será integrado pela Polícia Militar mediante suas unidades de policiamento florestal e de mananciais, incumbidas da prevenção e repressão das infrações cometidas contra o meio ambiente**, sem prejuízo dos corpos de fiscalização dos demais órgãos especializados. (grifo nosso)

As unidades de policiamento florestal e de mananciais citadas hoje estão subordinadas ao Comando de Policiamento Ambiental (CPAmb), especializado na proteção ao meio ambiente e recursos naturais. A Lei Estadual nº 9.509/97 criou a Política Estadual do Meio Ambiente para o Estado de São Paulo, bem como seu instrumento (seguindo a mesma estrutura das normas ambientais): o Sistema Estadual de Administração da Qualidade Ambiental,

Proteção, Controle e Desenvolvimento do Meio Ambiente e Uso Adequado dos Recursos Naturais (SEAQUA). Sua composição está no Artigo 7º da lei, da qual destacam-se os seguintes termos:

Artigo 7º - Os órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional do Estado e dos Municípios instituídos pelo Poder Público, **responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental**, administração de recursos naturais, bem como as voltadas para manutenção e recuperação da qualidade de vida constituirão o Sistema Estadual de Administração da Qualidade Ambiental SEAQUA, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, que será assim estruturado:

[...]

IV - Órgãos Setoriais: os órgãos ou entidades integrantes da administração estadual direta, indireta e fundacional, cujas atividades estejam associadas às de proteção da qualidade ambiental e de vida ou àqueles de disciplinamento de uso dos recursos ambientais e aqueles responsáveis por controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, qualidade de vida e o meio ambiente; (grifo nosso)

Vê-se, então, o alinhamento entre as competências da Polícia Militar e as atividades de proteção ambiental. O assunto é ressaltado no Decreto Estadual nº 64.456/19, quando trata da Polícia Militar, por meio de sua unidade especializada em polícia ambiental:

Artigo 3º - A infração ambiental será apurada mediante procedimento administrativo próprio, iniciado por meio de Auto de Infração Ambiental.

[...]

§ 2º - **A Polícia Militar Ambiental e a Coordenadoria de Fiscalização e Biodiversidade da Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente serão responsáveis pela lavratura do Auto de Infração Ambiental, imposição de sanções e adoção das demais providências administrativas no âmbito de suas respectivas atribuições.** (grifo nosso)

Em São Paulo, a Polícia Militar não apenas integra o Sistema Estadual de proteção ambiental, mas nele exerce função específica de atuação administrativa – poder de polícia administrativa, e participação direta no processo administrativo sancionatório ambiental, além de funções oriundas da preservação da ordem pública em geral.

Apesar da fundamentação do ingresso das Polícias Militares no SISNAMA estar na preservação da ordem pública e seus aspectos, o potencial institucional não é totalmente utilizado: nem todas as Unidades da Federação atribuem, às polícias militares, poder de polícia administrativa para lavratura de auto de infração ambiental e imposição de medidas saneadoras imediatas, como embargos, apreensões etc.

No Estado de Goiás, por exemplo, as unidades da Polícia Militar especializadas em proteção ambiental não

possuem poder de atuação de infração administrativa. Acabam por atuar como um órgão de “perícia ambiental”, colhendo provas de autoria e materialidade do dano ambiental para adoção das providências de outros órgãos; para tanto, emprega policiais militares especializados, inclusive com formação acadêmica, para fazer cumprir suas funções constitucionais estaduais dispostas no artigo 124:

Art. 124 - A Polícia Militar é instituição permanente, organizada com base na disciplina e na hierarquia, competindo-lhe, entre outras, as seguintes atividades:

[...]

II - a **preservação da ordem pública;**

[...]

V - a **garantia do exercício do poder de polícia, dos poderes e órgãos públicos estaduais, especialmente os das áreas fazendária, sanitária, de uso e ocupação do solo e do patrimônio cultural.**

Parágrafo único - A estrutura da Polícia Militar conterá obrigatoriamente uma unidade de polícia florestal, incumbida de proteger as nascentes dos mananciais e os parques ecológicos, uma unidade de polícia rodoviária e uma de trânsito. (grifo nosso)

No Mato Grosso, a atuação ambiental da Polícia Militar é expressa na Lei Complementar Estadual nº 38/1998 (alterada pela Lei Complementar nº 232/05): “Art. 7º Compete à Polícia Militar especializada, em conjunto com a

SEMA, exercer a fiscalização e a autuação por infração à legislação de proteção ambiental.”

O Estado de Santa Catarina é um caso expoente: as unidades de Polícia Ambiental da Polícia Militar detêm o poder de polícia administrativa para adoção de todas as providências de autuação, cessação e mitigação de danos, e instrução do processo sancionatório ambiental, respeitando os direitos constitucionais de ampla defesa e contraditório, além de lavrar e “instruir” Termos Circunstanciados de Ocorrências para crimes ambientais de menor potencial ofensivo, conforme procedimento da Lei Federal 9.099/95.

O Tenente Coronel Policial Militar Olivaldi Borges de Azevedo, enquanto chefe do Departamento de Proteção Ambiental do IBAMA, portanto responsável por toda a fiscalização ambiental do IBAMA, durante o Encontro das Polícias Ambientais do Brasil ocorrido entre 04 e 05 de junho de 2019 no Centro de Formação em Conservação da Biodiversidade – ACADEBio, expressou e reconheceu a impossibilidade de fazer preservação ambiental no Brasil sem a participação das Polícias Militares, dado seu poder de presença nos rincões do Brasil.

AS GUARDAS MUNICIPAIS NO CONTEXTO DO SISNAMA

As Guardas Municipais não estão elencadas, entre os órgãos responsáveis pela segurança pública, no artigo 144 da Constituição Federal. Contudo, cabe observação quanto a estas, visto que sua constituição opcional está prevista no §8º do mesmo artigo para a proteção de seus bens, serviços e instalações e sua previsão na lei que criou o Sistema Único de Segurança Pública.

Os órgãos e entidades municipais encontram-se classificados no SISNAMA como “Órgãos Locais”, responsáveis pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental. Existem Guardas com unidades especializadas em proteção aos bens ambientais. Os limites de sua competência podem chegar até o disposto no artigo 9º da Lei Complementar Federal 140/11. Em linhas gerais, abarcam o cumprimento das Políticas Nacional Estadual e Municipal de Meio Ambiente, a gestão dos recursos ambientais no âmbito de suas atribuições e a fiscalização das atividades e dos empreendimentos cuja atribuição para licenciar ou autorizar, ambientalmente, for cometida ao Município.

CONCLUSÃO

Como observado, a ordem pública é composta da segurança pública, da tranquilidade pública e da salubridade pública. O equilíbrio ecológico ambiental é legalmente e efetivamente reconhecido como essencial à sadia qualidade de vida, bem como primordial para a economia. As matérias encontram intersecção quando se desdobram seus conceitos, em especial a salubridade pública, com os bens ambientais para a saúde (umbilicalmente ligada aos serviços ambientais prestados pelos bens ambientais); a segurança pública, quanto à segurança ambiental e exploração de bens ambientais cujo manejo pode influir na segurança das pessoas e instituições; e tranquilidade pública, quando não há violação à economia ou embate de atividades particulares para com a paz social, portanto, interferindo no gozo de direito alheio.

Observando os órgãos responsáveis pela ordem pública, em especial pela face de competências legais que lhes cabem, em conjunto com as políticas de proteção ambiental, é possível identificar aqueles que integram, concomitantemente, os sistemas nacional do meio ambiente e de segurança pública.

No âmbito federal, a Polícia Federal, por possuir funções preventivas e repressivas (abarcando poderes de polícia administrativa e judicial), e em razão da extensão dada aos órgãos do SISNAMA pelo Decreto Federal nº 99.274/90, encontra-se incerta em ambos sistemas. De modo diverso, por não exercerem funções de proteção a bens ambientais, as Polícias Rodoviárias e Ferroviárias Federais, portanto, sem papel direto no âmbito do SISNAMA.

As Polícias Civis, que exercem as funções de polícia judiciária na instrução inquisitorial de crimes de competência estadual, desde a eclosão criminal e estado flagrancial, não exercem função dentro dos sistemas ambientais estaduais. Estão especialmente excluídas por sua competência material estar limitada à competência exclusiva da União de legislar em matéria penal. Não podem possuir, portanto, função dentro de programas ou processos para a proteção ambiental estadual, exigência para que órgãos estaduais (setoriais) ingressem no SISNAMA.

Já as Polícias Militares, que exercem com exclusividade as atividades de polícia administrativa da ordem pública, encontram-se inseridas no SISNAMA pela abrangência que o termo ordem pública possui. Seus componentes

(segurança pública, salubridade pública e tranquilidade pública) têm estreita ligação com a defesa dos bens ambientais e a sadia qualidade de vida humana. Os atos administrativos de sua competência, porém, estão limitados a regulamentações estaduais. Porém, a Unidade Federativa não tem o poder de excluí-la do SISNAMA, em razão da abrangência da função que o constituinte nacional lhe atribuiu.

As guardas municipais incluem-se no SISNAMA, desde que possuidoras de funções de defesa ambiental no âmbito municipal e sob o limite de regulamentação administrativa do ente.

Encontrar-se inserido no SISNAMA significa, legalmente, dar a possibilidade de seus membros figurarem como corresponsáveis penais na omissão de atuação face a infrações ambientais (artigo 70 parágrafo 3º da Lei Federal 9.605/98), tendo estes poder de adoção de medidas acautelatórias imediatas do artigo 101 do Decreto Federal nº 6.514/08, ainda que para infrações e danos cuja apuração esteja na esfera de outro ente federativo (parágrafo 2º do artigo 17 da Lei Complementar 140/11). Se regulamentado, o poder de celebração de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas para permitir-lhes promover as necessárias correções de suas atividades.

Em última análise, significa possuir deveres especiais para com as gerações presentes e futuras, e viabilizar a continuidade de vida humana com qualidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Acesso em 11 out. 2019.

_____. **Lei Complementar nº 140/11, de 08 de dezembro de 2011**. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEI/S/LCP/Lcp140.htm. Acesso em 11 out. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 11 out. 2019.

_____. **Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEI/S/L6938.htm. Acesso em 11 out. 2019.

_____. **Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília, DF. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em 11 out. 2019.

_____. **Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Brasília, DF.

Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19605.htm. Acesso em 11 out. 2019.

_____. **Lei Federal nº 10.446, de 08 de maio de 2002**. Brasília, DF. Disponível

em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10446.htm. Acesso em 11 out.

2019.

_____. **Lei Federal nº 10.650, de 16 de abril de 2003**. Brasília, DF. Disponível

em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10650.htm. Acesso em 11 out.

2019.

_____. **Lei Federal nº 13.675, de 11 de junho de 2018**. Brasília, DF. Disponível

em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13675.htm.

Acesso em 11 out. 2019.

_____. **Decreto Federal nº 88.777, de 30 de setembro de 1983**. Brasília, DF.

Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D88777.htm. Acesso em 11 out.

2019.

_____. **Decreto Federal nº 73.332, de 19 de dezembro de 1973**. Brasília, DF.

Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d73332.htm. Acesso em 11

out. 2019.

_____. **Decreto Federal nº 99.274, de 06 de junho de 1990**. Brasília, DF.

Disponível em

http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/Antigos/D99274.htm. Acesso em 11

out. 2019.

_____. **Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008**. Brasília, DF.

Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm.

Acesso em 11 out. 2019.

_____. **Decreto Federal nº 9.940, de 24 de julho de 2019**. Brasília, DF.

Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Atto2019-2022/2019/Decreto/D9940.htm.

Acesso em 11 out. 2019.

FIORILLO. Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 447 p.

MILARÉ. Édis. **Direito do Ambiente**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

ESTADO DE GOIÁS. **Constituição Estadual**. Goiânia, GO. Disponível em http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/constituicoes/constituicao_1988.htm.

Acesso em 11 out. 2019.

ESTADO DO MATO GROSSO. **Lei Complementar Estadual nº 232, de 21 de dezembro de 2005**. Disponível em <https://www.al.mt.gov.br/storage/webdiscordo/leis/lc-232-2005.pdf>. Acesso em 11 out. 2019.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Constituição Estadual, 05 de outubro de 1989**. São Paulo, SP. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em 11 out. 2019.

_____. **Lei Estadual nº 9.509, de 20 de março de 1997**. São Paulo, SP. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1997/lei-9509-20.03.1997.html>. Acesso em 11 out. 2019.

_____. **Decreto Estadual nº 64.456, de 10 de setembro de 2019**. São Paulo, SP. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64456-10.09.2019.html>. Acesso em 11 out. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

**DIREITO PENAL MÉDICO E OS
HARD CASES: EUTANÁSIA,
SUICÍDIO ASSISTIDO,
DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA**

*Márcia Maria Pazinato³² e Sebastião
Augusto de Camargo Pujol³³*

RESUMO: Vida e Morte são dois acontecimentos inevitáveis na finitude da trajetória humana. São fenômenos que atravessam os estudos da ciência médica e das ciências jurídicas. Nesse sentido a primeira encontra a segunda, e, assim, Direito e Medicina se unem, do que resulta o denominado Direito Médico. A proposta do artigo é estabelecer um recorte com foco no estudo do Direito Penal Médico e seus casos difíceis (*Hard Cases*). Delimita-se a reflexão jurídica para as questões jurídico-penais envolvendo a eutanásia, o suicídio assistido, a distanásia e a ortotanásia.

Palavras-chave: Direito Penal Médico; Eutanásia; Suicídio Assistido; Distanásia e Ortotanásia.

ABSTRACT: Life and Death are two inevitable events in the finitude of the human trajectory. These are phenomena that cross the studies of medical science and the legal sciences. In this sense medical science meets legal science. And so law and medicine unite what results in the so-called medical law. The purpose of the article is to establish a focus focusing on the study of medical criminal law and its hard cases. Legal reflection on

criminal-law issues involving euthanasia, assisted suicide, dysthanasia and orthothanasia

KEYWORDS: Medical Criminal Law. Euthanasia. Assisted suicide. Dysthanasia. Orthothanasia

I – O CÓDIGO PENAL DE 1940

A Parte Especial do atual Código Penal Brasileiro foi editada pelo Decreto-Lei n.º 2.848 de 07.12.1940, tendo entrado em vigor em 01.01.1942, época em que a República Federativa do Brasil era regida pela Constituição outorgada de 1937 e o Presidente da República era Getúlio Vargas que havia dissolvido o Parlamento e fechado o Congresso Nacional.

O Decreto-Lei era espécie normativa prevista na Constituição de 1937 que não vedava a hipótese de se legislar através deste. Embora a atual Constituição Federal de 1988 não o admita mais como espécie legislativa, a doutrina e a jurisprudência pacificaram o entendimento de que o atual Código Penal foi recepcionado pela atual Carta Magna como se lei ordinária federal fosse.

Na década de 1940, o cenário interno da sociedade brasileira correspondia a uma vida predominantemente rural com uma população de

³² Aluna do décimo semestre da FADIPA

³³ Professor da FADIPA e Doutorando no DPM pela FADUSP

41,1 milhões. A urbanização caminhava a passos lentos. E, no cenário internacional, a política externa brasileira havia aderido aos Aliados contra o Eixo na II Guerra Mundial.

O Estado brasileiro seguia o ciclo de poder político autoritário e centralista getulista conhecido como Estado Novo a partir da Constituição de 1937 em que o Presidente tinha o poder de governar através de tais decretos-leis. Havia uma contradição entre a ditadura no âmbito interno e o apoio externo do Brasil à luta pela Democracia dos Aliados no conflito bélico internacional.

No contexto desse dilema entre o autoritarismo interno e o apoio externo às democracias, Francisco Campos, novo Ministro da Justiça, designou em 1938 José D'Oliveira de **Alcântara Machado**, que era professor de Medicina Legal da Faculdade de Direito de São Paulo, e uma das expressões da oposição ao governo Vargas, para estudar a mudança da legislação penal e elaborar um anteprojeto de um novo Código Penal Brasileiro.

Após a apresentação do anteprojeto do novo Código Penal por Alcântara Machado, Getúlio Vargas nomeou uma Comissão Revisora composta por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, com a liderança do primeiro, bem assim com as colaborações dos penalistas

Antonio José da **Costa e Silva**, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, e **Abgar** de Castro Araújo **Renault**.

E assim foi editado o Código Penal de 1940, sendo certo que em 1984 foi promulgada a Lei Federal 7.209/1984, a qual alterou a Parte Geral do Código Penal Brasileiro, de modo que hoje se tem na legislação repressiva brasileira uma parte geral de 1984 e uma parte especial de 1940.

Esse diploma repressivo sofreu alterações pontuais, fazendo com que a sistematicidade, o encadeamento lógico e a operatividade do raciocínio jurídico-penal – características típicas do fenômeno da codificação – tornassem-se mais complexos, de modo a exigir trabalho redobrado para a dogmática jurídico-penal.

II - AS TECNOLOGIAS EMERGENTES

Desde a edição do Código Penal de 1940, as tecnologias emergentes na área médica têm trazido aquilo que é denominado como modernidade ambivalente, pois ao solucionar um problema paradoxalmente exsurtem outros. A partir da década de 1950, entraram em cena os respiradores ou

ventiladores mecânicos, que permitiram a manutenção artificial da respiração de pacientes. E depois disso apareceram as modernas técnicas ou manobras de reanimação cardiorrespiratória, ventilações assistidas, desfibriladores, máquinas de diálise e desenvolvimento de aparelhagem moderna de unidades de terapia intensiva – UTIs, que ampliaram a perspectiva terapêutica com ampliação do suporte avançado de vida para disfunções orgânicas.

Na década de 1970, foi realizada a primeira cirurgia de redesignação de sexo no Brasil. Essa manobra cirúrgica também é denominada transexualismo que consiste na “ablação de órgãos genitais masculinos e abertura, no períneo, mediante incisão, de fenda, à imitação de vulva postiça” (RT 545/355 de março de 1981). Esse procedimento médico complexo foi realizado em 1971 no Hospital Oswaldo Cruz em São Paulo.

O médico cirurgião responsável pela intervenção cirúrgica foi processado criminalmente pela prática do delito de lesão corporal dolosa gravíssima tipificado no artigo 129, §2.º, inciso III, do Código Penal Brasileiro (qualificadora da perda ou inutilização do membro, sentido ou função). O juízo de primeira instância da Comarca de São Paulo prolatou sentença penal condenatória. O

sentenciado interpôs recurso de apelação e a 5.º Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo por votação majoritária deu provimento ao apelo para absolver o réu, ao fundamento da inexistência de dolo na conduta do médico (Recurso de Apelação n.º 201.999, Rel.designado Denser de Sá, data do acórdão : 06.11.1979, com declaração de voto vencido do Des.Octávio Roggiero).

Observe-se que o crime de lesão corporal gravíssima não foi alterado, permanecendo a mesma redação do Código Penal de 1940. O que mudou foi a interpretação da incidência ou não incidência dessa figura penal para o caso da cirurgia de redesignação de sexo. No caso concreto em tela, um juiz de primeira instância e um desembargador de segunda instância entenderam pela configuração típica. No entanto, dois desembargadores com votação vencedora entenderam pela não incidência penal.

E hoje tal cirurgia de transexualismo é regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina – que é uma autarquia federal vinculada à Administração Indireta – através da Resolução CFM 1955/2010, que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo, descrita como uma cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres

sexuais secundários, esta não constitui crime de mutilação, previsto no artigo 129 do Código Penal Brasileiro, pois tal ato cirúrgico tem escopo terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico.

As novas tecnologias já permitem a edição genômica mediante o acoplamento do *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats* - CRISPR e do sistema Cas9. O novo Código de Ética Médica aprovado pela Resolução CFM n.º 2.217/2018, veda, no artigo 16, ao médico intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

A Lei 11.105/2005, conhecida como Lei da Biossegurança, tipifica, no artigo 25 como crime de ação penal pública incondicionada, a conduta de praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano, com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa. A referida lei foi regulamentada pelo Decreto n.º 5591/2005 que conceituou, no artigo 3.º, engenharia genética como atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante (inciso VI); célula germinal humana é a

célula-mãe responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia (inciso X).

As tecnologias emergentes em constante mutação abriram os horizontes para formação de um novo capítulo nos estudos do direito penal denominado direito penal médico, que vai paulatinamente abandonando o modelo paternalista da medicina da intervenção médica, passando a prestigiar cada vez mais a autonomia do paciente na relação médico-paciente.

III – O DIREITO (PENAL) MÉDICO

O estudo mais vigoroso do direito penal médico foi realizado pelo penalista alemão Albin Esser. A sua obra seminal foi traduzida para o espanhol com o título de *Estudios de Derecho penal médico*. Ainda no direito comparado, destaca-se o penalista português Jorge de Figueiredo Dias na produção de artigo científico intitulado *Na era da tecnologia genética que caminhos para o direito penal médico?*

Por essa postulação, o direito penal médico estaria inserido num contexto não setorial, mas sim integrado ao direito da

medicina. Toda evolução tecnológica na medicina constitui polo gerador de mudanças sociais e de novos problemas que mais cedo ou mais tarde terão que ser enquadrados e regulados pelo Direito.

O “admirável mundo novo” criado pela biotecnologia produz novos problemas que devem ser solucionados pelo Direito. A tecnologia na área médica tem viabilizado novos testes, análises e diagnósticos genéticos, condensando-se na medicina preditiva e preventiva, com diagnósticos pré-conceptivos, pré-implantatórios e pré-natais, e o estabelecimento de protocolos e critérios com exames clínicos e complementares para estabelecimento do momento da morte e a definição jurídico-penal do momento do início da vida.

O direito penal médico clássico estava a tutelar os bens jurídicos individuais. Todavia, com o advento da sociedade de risco pós-industrial, o direito penal médico passou a tutelar bens jurídicos supraindividuais, como as “novas medicinas” genéticas, reprodutivas, preditivas e preventivas.

A profissão médica é aquela que apresenta o maior potencial de conflito com o Direito Penal, pois a atividade médica incide sobre os bens jurídicos mais importantes da condição humana que são a vida e a integridade física e

psíquica, embora a finalidade da intervenção médica seja idealmente terapêutica e curativa objetivando, notadamente, a obtenção de melhores condições de bem estar e saúde dos pacientes.

A incriminação da conduta médica mais frequente diz respeito às condutas negligentes configuradoras das infrações penais de homicídio culposo (artigo 121, § 3.º do CPB) e lesão corporal culposa (artigo 129, §6.º do CPB), sendo o primeiro crime de ação penal pública incondicionada e o segundo crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima (artigo 88 da Lei 9.099/1995).

E mais ainda, alargando-se o rol de problemas suscitados pela intervenção médica, tem-se que o Direito Penal Médico abrange, também, as seguintes questões de relevância jurídico-penal:

DIREITO PENAL MÉDICO	
PROBLEMA	RELEVÂNCIA JURÍDICO PENAL
Problemas do regime de confidencialidade e segredo	Violação de segredo profissional – artigo 154 do CPB; crime de ação penal pública condicionada à representação da

	vítima (§ único do art. 154 do CPB)
Problemas do início da vida	Aborto (artigos 124-128 do CPB) e Infanticídio (art. 123 do CPB)
Problemas do fim da vida	Homicídio doloso (artigo 121, <i>caput</i>) e Homicídio privilegiado/Eutanásia (art. 121, §1.º do CPB – motivo de relevante valor moral)
Problemas afetos à evolução dos sistemas de apoio artificial à vida	
Problemas afetos ao auxílio clínico à morte ou ao suicídio assistido	Homicídio doloso (art. 121, <i>caput</i> , CPB)
Problemas jurídico-penais dos transplantes	Lei 9.434/1997 (Lei de Transplantes)
Problemas ligados à intervenção clínica na saúde mental	Cárcere privado qualificado (artigo 148, §1.º, inciso II, do CPB)
Problemas vinculados à procriação medicamente assistida	

Problemas afetos às neurociências: livre arbítrio e determinismo	Responsabilidade penal/inimputabilidade (artigo 26 do CPB)
Problemas afetos à genética	Lei 11.105/2005, artigo 25; engenharia genética não autorizada
Problemas afetos à Bioética: paternalismo x autonomia da vontade	
Problemas vinculados à comercialização ilícita e direitos de propriedade industrial de medicamentos	
Problemas ligados ao testamento vital e ao consentimento informado	

O limite textual deste artigo impõe a necessidade de um recorte nesse mapeamento das incriminações de problemas enfrentados pelo Direito Penal Médico. Assim é que serão abordadas as questões penais afetas à eutanásia, ortotanásia e distanásia e suicídio assistido.

IV – O DIREITO PENAL CLÁSSICO E O DIREITO PENAL MODERNO CONTEMPORÂNEO: DOGMÁTICA E ZETÉTICA JURÍDICA

O Direito é a disciplina da convivência humana. Essa é a lição magna do Professor Goffredo Telles Junior. O direito é uma disciplina prescritiva voltada para a solução de problemas jurídicos. O método dogmático é peculiar ao direito. A dogmática jurídica é uma forma de pensar o Direito ancorado nas formas jurídicas, a partir da inegabilidade do ponto de partida das normas jurídicas.

A subsunção é o método privilegiado do pensamento jurídico dogmático, em que o raciocínio silogístico preside a aplicação do direito em que a premissa maior é o texto legal, a premissa menor é representada pelos fatos e a conclusão é materializada pela decisão judicial constitutiva da norma jurídica individual.

Por muito tempo, a partir da obra de Beccaria, o Direito Penal Clássico foi regido pela matriz hermenêutica da dogmática jurídica como ingrediente fundamental para a interpretação e aplicação do Direito Penal, enraizado nos pressupostos da estrita legalidade, da proporcionalidade, da causalidade, da

subsidiariedade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da lesividade.

Frise-se que por dogmática jurídico-penal entende-se “a disciplina que se ocupa de interpretação, sistematização, elaboração e desenvolvimento das disposições legais e da doutrina científica no campo do Direito Penal” (ROXIN, 2006, p.192). A tarefa da dogmática jurídico-penal – inteiramente focada no direito em vigor-- é apreender conceitualmente o conteúdo e a estrutura dos princípios jurídicos do direito penal, reorganizando os conceitos singulares, assim adquiridos, em um sistema científico logicamente irrepreensível (WÜRTENBERGER, 1965, p.1).

Malgrado, com o advento da denominada sociedade de risco, caracterizada pela complexidade, globalidade e dinamismo social, com novas demandas de regulação penal de atividades capazes de produzir perigos, novos horizontes entreabriram-se para o denominado Direito Penal Contemporâneo. As tecnologias emergentes trouxeram para o Direito novos problemas para serem enfrentados pelo Direito da Medicina, como transplante de órgãos, critérios jurídicos para o estabelecimento do momento do início e do fim da vida, novos remédios e prolongamento da vida.

Essa problematização das questões jurídicas abre perspectivas para a denominada zetética jurídica como metodologia complementar para a práxis do Direito em ação que, nas palavras de Roscoe Pound, migraria do denominado *law in the books* para o *law in action*. E nesse contexto de problematização exsurge a **Tópica Jurídica**, fundada pelo jurista alemão Theodor Viehweg, como uma técnica de pensamento problemático em que se encaram os problemas pela perspectiva de diferentes pontos de vista chamados *topoi*.

A dogmática jurídica sempre será a modalidade de investigação triunfante e apegada ao direito positivo, posto que, na discussão das questões jurídicas, a todo momento será colocada a questão da decidibilidade jurídica, cuja solução resulta na aplicação do direito legislado ou norma positivada.

O problema é que nos casos difíceis, *hard cases* – entendidos como aqueles “cuja solução não se encontra pré-pronta no ordenamento jurídico, exigindo uma atuação criativa do intérprete” (BARROSO, 2017, p.33) – tem-se que não se localiza com facilidade a norma-regra ou norma-princípio regente do problema colocado em debate. Daí a emergência da zetética jurídica como modalidade de investigação inicial para a

problematização dos frequentes casos apresentados pela biotecnologia do prolongamento da vida e os conseqüentes problemas de eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia e distanásia.

Contudo, como já frisado, o enfoque privilegiado do direito sempre será o dogmático, tendo em vista a decidibilidade das questões jurídicas. A adesão da dogmática jurídica ao direito legislado constitui sua função precípua. Contudo, a dogmática jurídica possui outra função aparentemente incoerente com aquela, que consiste em reformular o direito legislado, “propondo exatidão para seus termos vagos, completando suas lacunas, resolvendo suas incoerências e ajustando suas normas a determinados ideais axiológicos” (NINO, 2010, p.384), promovendo, destarte, a reconstrução do direito.

Essa função de reconstrução do direito pela dogmática jurídica não se realiza de forma aberta, mas sim de modo encoberto, “utilizando um aparato conceitual retoricamente eficaz que cumpre a função de fazer surgir as soluções originais por ela propostas, como se derivassem, de alguma maneira, às vezes misteriosa, do direito positivo” (NINO, 2010, p.384).

V – A RENOVAÇÃO DO DIREITO: O HIATO ENTRE A LEGISLAÇÃO PENAL E A REALIDADE

Diante do quadro exposto de tecnologias emergentes e do “avassalador avanço do conhecimento científico-tecnológico em que a natureza deixou de ser um dado para ser um construído da ação humana” (LAFER, 2018), “o jurista está no mundo de hoje como deve ter estado o geógrafo na época das descobertas” (SAN TIAGO DANTAS, 2001).

O que se verifica é um hiato entre a legislação penal e a realidade tecnológica da biomedicina. As propostas de alteração e atualização da legislação penal em temáticas da bioética e do biodireito não avançam no Congresso Nacional, devido ao método aberto ao debate que pode durar meses, com fendas e obstruções que podem paralisar os trabalhos legislativos. E o que se vê é o fenômeno da legiferação governamental de assuntos da bioética pelo Conselho Federal da Medicina, que é uma autarquia federal vinculada à Administração Indireta. (FERREIRA FILHO, 2009, p.261).

Especificamente, discutir o fim da vida e legislar sobre eutanásia, suicídio

assistido, distanásia e ortotanásia é uma das questões mais complexas para o direito, dado que a morte é um tabu, apesar de a finitude da vida ser verdade incontestável e fato inevitável. Afirma Roxin que “os problemas existenciais que surgem em decisões sobre a vida e a morte dificilmente podem ser regulados através de normas abstratas, pois o direito vive de situações cotidianas tipificáveis, nem sempre conseguindo, em sua necessária conceituação generalizante, dar um tratamento adequado ao processo individual e irrepitível da morte”. (ROXIN, 2000, p. 9).

Outrossim, a discussão e o enfrentamento desse tema, o qual não é exclusivo da seara penal, encontra limites em áreas como a medicina, filosofia, teologia e outras, que contribuem para o debate ao mesmo tempo que dificultam o consenso. No entanto, a morte é um processo natural da existência humana e, como tal, deve ser respeitado e debatido.

Há, no Brasil, limitações no que tange às decisões sobre a doença e a morte. A eutanásia e o suicídio assistido são práticas proibidas no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, com implicações penais. No entanto, a ortotanásia, prática reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina, Resolução CFM nº 1.805/2006, admite o seguinte:

[...] na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. (CFM, Resolução nº 1.805/2006).

Para melhor compreensão das implicações jurídicas de cada uma dessas práticas, necessária se faz a diferenciação entre eutanásia, suicídio assistido, distanásia e ortotanásia. Consoante Roxin, “por eutanásia entende-se a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana”. (ROXIN, 2000, p. 9).

Consiste no suicídio assistido, também conhecido como suicídio eutanásico ou autoeutanásia, a iniciativa de uma pessoa que, gravemente doente, escolhe dar fim à própria vida. Essa prática conta com auxílio moral ou material de um terceiro. Aqui, o terceiro não intervém diretamente no evento morte, apenas presta assistência por motivos humanitários. (SOUZA, 2009, p.68).

Luís Roberto Barroso afirma que “antes temiam-se as doenças e a morte. Hoje, temem-se, também, o prolongamento da vida em agonia, a morte adiada, atrasada, mais sofrida”. Em regra, a prática da distanásia consiste em tratamentos médicos que têm por objetivo prolongar a vida do doente em fase terminal. Também conhecida como obstinação terapêutica, essa prática se tornou padrão em pacientes terminais, excluindo a decisão dos pacientes ou dos familiares. (BARROSO, 2018, p.46).

E a ortotanásia, prática regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução 1.805/2006, aplica cuidados paliativos que permitem que a morte siga seu curso natural, no tempo adequado, sem aplicação de métodos de prolongamento de vida, como medidas invasivas ou respiração artificial, e sem sofrimentos adicionais para aquele que se encontra em fase terminal.

Deve-se, ainda, observar a distinção entre o direito a uma morte digna e o direito de decidir sobre a morte. “O direito de morrer dignamente está relacionado ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da vida e do sofrimento por meio de tratamento inútil.

O debate dessas práticas no Brasil deve ser posto pelo Direito Penal,

considerando conjuntamente a Constituição Federal de 1988, seus princípios e observância aos direitos fundamentais. À vista disso, a dignidade da pessoa humana, qualificada como um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito e instituída no artigo 1º da Constituição Federal do Brasil, em sua dimensão individual ou dignidade com autonomia, salvaguarda a liberdade de escolha; e, em sua dimensão social ou dignidade como heteronomia, reconhece a atuação do Estado e impõe limitações ao direito individual. Havendo colisão entre essas concepções de dignidade, qual deve prevalecer?

VI – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À MORTE DIGNA

O século XX proporcionou consistente desenvolvimento à Medicina no combate e prevenção de doenças e contribuiu também para a evolução do conceito de saúde, que passou a ser entendida como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de afecções e enfermidades”, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS). (SCLIAR, 2007, p.37).

O desenvolvimento científico, apesar de haver proporcionado descobertas importantes e prolongado a expectativa de vida da população, contribuiu também para o prolongamento do processo de morte em situações terminais. A obstinação terapêutica, ou distanásia, que prevê tratamentos extraordinários, prorroga o sofrimento e se impõe, muitas vezes, porque não há legislação federal que proteja o médico e o permita atender a um desejo do paciente que solicita apenas os cuidados paliativos necessários em sua fase terminal.

Considerando a autonomia e a dignidade do paciente e o desempenho ético do médico, o Conselho Federal de Medicina editou, em 2006, a Resolução nº 1.805/2006, que regulamentou a prática da ortotanásia, com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto na Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 reconhece que cada ser humano deve ser respeitado por seu valor intrínseco e único. A dignidade pode ser traduzida pelo compromisso que cada pessoa tem com sua própria vida, respondendo por suas escolhas, não devendo ser alvo de metas coletivas definidas pelo Estado. Luís Roberto Barroso afirma que, como regra, “as

decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela”. (BARROSO, 2018, p.63).

A dignidade da pessoa humana constitui um dos principais direitos desenvolvidos após a Segunda Guerra Mundial e está presente em Constituições, legislações diversas e documentos internacionais. Por tratar-se de um conceito com muitos significados e dimensões, não sendo possível reduzi-lo a um conceito fechado. Barroso pontua que:

No plano abstrato, a dignidade traz em si grande força moral e jurídica, capaz de seduzir o espírito e angariar adesão quase unânime. Tal fato, todavia, não minimiza a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica, que funciona, de certa maneira, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem de dignidade. E, muito embora não seja possível nem desejável reduzi-la a um conceito fechado e plenamente determinado, não se pode escapar da necessidade de lhe atribuir sentidos mínimos. (BARROSO, 2018, p.61).

“A dignidade humana é o fundamento filosófico e jurídico dos direitos fundamentais e se expressa juridicamente, em grande medida, por meio dos direitos fundamentais” (COSTA, 2008, p.37). Esta, alicerce dos demais direitos e garantias fundamentais, atende a duas dimensões: a dimensão individual ou dignidade como autonomia,

que envolve as escolhas do sujeito; e a dimensão social ou dignidade como heteronomia, que é reproduzida pela atuação do Estado, prevendo a proteção do direito individual, ao mesmo tempo em que protege o direito de todos os indivíduos.

A dignidade humana como autonomia inclui a capacidade de autodeterminação do indivíduo e as condições para o exercício dessa autodeterminação, expressando o direito de decisão sobre a própria vida e personalidade, assumindo responsabilidades pelas escolhas, sendo indispensável o provimento de meios econômicos, educacionais e psicofísicos adequados para que a liberdade não seja apenas retórica, e sim real. Inclui, ainda, a universalidade e a inerência, que exprimem o respeito que deve ser conferido a qualquer pessoa, independentemente de sua origem, nacionalidade, cultura, opção religiosa ou étnica.

Na concepção heterônoma de dignidade, os valores de uma comunidade, como bem comum, interesse público, moralidade, prevalecem sobre as escolhas individuais. De acordo com Barroso, “nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a

ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma *vida boa*". (BARROSO, 2018, p.68).

Há decisões judiciais que corroboram a ideia de dignidade como heteronomia. Essas decisões, em diferentes partes do mundo, consideram que há um limite do qual a pessoa possa dispor da sua própria dignidade, considerando o conceito de moral de forma abrangente, impondo certos comportamentos.

No Brasil, em 2007, o Ministério Público ajuizou a ação civil pública 2007.34.00.014809-3, contra a Resolução nº 1.805/2006 do CFM, que trata da ortotanásia. Nessa ação estava subjacente a dignidade como heteronomia, que considerou que tanto pacientes terminais como seus familiares não seriam capazes de decidir sobre tratamentos médicos que deveriam ou não ser realizados, entendendo, dessa forma, que as pessoas são, em regra, destituídas de autonomia, ou seja:

[...] a dignidade como heteronomia traduz uma ou algumas concepções de mundo e do ser humano que não dependem, necessariamente, da liberdade individual. No mais das vezes, ela atua exatamente como freio à liberdade individual em nome de valores e concepções de vidas compartilhados. (BARROSO, 2018, p.73).

A dignidade como heteronomia defende a proteção de valores sociais, limitando a capacidade de autodeterminação, enquanto a dignidade como autonomia defende a capacidade de autodeterminação, desde que respeitados os direitos de terceiros. Consoante Barroso, a respeito do conceito de dignidade como autonomia, prevalecem as escolhas pessoais, e no conceito de dignidade como heteronomia, o paternalismo.

A respeito da discussão sobre o direito de morrer, a dignidade como autonomia aceita as modalidades de morte com intervenção, desde que o indivíduo tenha capacidade e manifeste seu consentimento livre e sem vícios. Por sua vez, a dignidade como heteronomia proíbe qualquer modalidade de intervenção no processo de morrer.

A Constituição Federal brasileira de 1988 adere ao conceito de dignidade como autonomia, com alguns aspectos de dignidade como heteronomia. Essa Constituição rompeu com o modelo intervencionista anterior e foi o marco inicial da democracia do Brasil. Por isso, enfatiza os direitos individuais, não deixando de lado, no entanto, o compromisso com a solidariedade social e com o bem de todos. (BARROSO, 2018, p.75).

Nota-se, em leis e regulações, que há preocupação com o consentimento dos sujeitos ou responsáveis, inclusive quando se trata da morte, havendo resoluções que regulamentam a ortotanásia, os cuidados paliativos, a internação domiciliar e a escolha do local da morte.

Também para a bioética, o respeito à dignidade da pessoa humana constitui seu maior fundamento. Constatase essa preocupação com a dignidade também em outros documentos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os tratados de direitos humanos que a sucederam. Assim, há esse ponto comum entre o ordenamento jurídico e a bioética.

Alfim, destaca-se o Mandado de Injunção 6.825/DF, em que o impetrante reclamou como objeto de tal ação constitucional, “viabilizar o exercício do direito fundamental à morte digna”. Em sua reivindicação, sustentou que a morte digna é um direito fundamental positivado implicitamente na Constituição Federal brasileira de 1988, conceituando tal direito como “o direito subjetivo público, assegurado a todo e qualquer ser humano que padece de uma enfermidade grave ou incurável, consistente em decidir o momento e a forma de sua morte, desde que manifestado previamente por seu respectivo titular ou, por alguém legalmente habilitado para tanto”.

O relator, após análise, indeferiu o pleito por não ter reunido as condições para seu cabimento. Em sua decisão, referiu que não há omissão legislativa relativa ao direito à morte digna e que não houve inviabilidade do gozo de direito, uma vez que o impetrante não se encontrava acometido por doença grave, estado terminal ou estado vegetativo irreversível que pudesse significar terminalidade vital.

Inconformado, o impetrante impugnou a decisão monocrática por meio de Agravo Regimental, também indeferido, sendo destaque o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que afirmou:

Não há um direito de morrer que se contrapõe ao direito à vida. Ainda que a morte seja uma inevitabilidade, não se pode aceitar que o Estado autorize ou legitime um direito à retirada da própria vida. A morte, portanto, não é uma escolha que deva ser defendida por direitos. No entanto, a vida em agonia também não pode ser uma obrigação ou um dever. A dignidade transforma o direito à vida em algo maior que um simples ônus. Nas belas palavras de Ronald Dworkin, é ela que transforma nossas vidas em um pequeno diamante em meio às areias cósmicas.

No caso da morte com assistência ou com intervenção, há a prevalência da ideia de dignidade como autonomia. Isso por conta tanto do sistema de ampla proteção da autonomia individual traçado na Constituição de 1988, como também pelo fundamento filosófico mais elevado em se tratando de escolhas existenciais do indivíduo. Afinal, não é função do Estado estabelecer

um código moral único em detrimento da liberdade e da independência ética que cada pessoa deve ter. A conclusão é que cada indivíduo deve ter o direito e a responsabilidade de realizar suas escolhas existenciais e não ser obrigado a sofrer por um período prolongado de tempo, privado do domínio normal sobre o seu próprio corpo.

VII – ASPECTOS DA EUTANÁSIA, SUICÍDIO ASSISTIDO, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA

EUTANÁSIA

A eutanásia consiste na antecipação da morte de um doente terminal, a seu pedido, por um terceiro. Para o doente, nesse caso, não há expectativas de cura frente a uma doença que lhe causa dores e sofrimentos, sendo a morte inevitável. Diniz afirma que o termo “*eutanásia* (*eu*: boa; *thanos*: morte) foi empregado pela primeira vez, em 1623, por Francis Bacon, na sua obra *Historia vitae et mortis*, no sentido de boa morte”.

A motivação da prática da eutanásia é a compaixão pelo doente que sofre sem esperanças de que a medicina poderá lhe ajudar. Assim, a motivação da conduta do agente e a manifestação do doente em decidir pelo fim de sua vida,

são essenciais para a qualificação jurídico-penal da conduta. (DINIZ, 2017, p.520).

No Brasil, o Código Penal não tipifica expressamente a eutanásia, porém a sua prática, de acordo com entendimento doutrinário, enquadra-se no crime de homicídio privilegiado com previsão no artigo 121, parágrafo 1º, do CPB, que dispõe que a pena poderá ser reduzida de um sexto a um terço se “o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral”. O Código de Ética Médica (CEM), também, em seu artigo 41, proíbe que o médico abrevie a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

A eutanásia pode ser classificada como ativa ou passiva, direta ou indireta. Eutanásia ativa consiste em uma ação, um fazer do agente que coloca fim à vida do doente terminal. Na ativa direta, a vida do paciente é abreviada por meio de condutas que o ajudem a morrer; e, na eutanásia ativa indireta, busca-se o alívio do sofrimento do doente por meio de fármacos que, como efeito secundário, podem contribuir para o evento morte. Nessa modalidade, de acordo com Souza, há um duplo efeito: “aliviar o sofrimento do paciente, abreviando ao mesmo tempo sua vida, sendo este, no entanto, um efeito secundário daquele objetivo principal”. (SOUZA, 2009, p. 77)

A eutanásia passiva consiste em uma conduta omissiva, quando há a interrupção dos cuidados médicos que mantêm o paciente vivo. Nesse caso, tratamentos considerados ordinários e proporcionais, que manteriam o paciente vivo e o beneficiariam, são omitidos ou suspensos, causando o óbito. Veremos adiante que na ortotanásia são suspensos os tratamentos considerados extraordinários e desproporcionais, tendo em vista que a morte é iminente e inevitável. (LOPES et al, 2018, p.71).

A eutanásia tem sido reconhecida em alguns países, como no Uruguai, que legislou sobre o “homicídio piedoso” em seu Código Penal de 1934. O artigo 37 desse código dispõe que o juiz tem a faculdade de excluir a pena “de agentes que cumpram três requisitos: ter antecedentes honráveis, ser realizado por motivo piedoso; e mediante reiteradas súplicas do sujeito passivo da conduta”. (GOLDIM, 1997).

Na Holanda, após mais de trinta anos de debate, a eutanásia e o suicídio assistido foram regulamentados e deixaram de ser crime em 2002. Bélgica (2002) e Luxemburgo (2009) também regulamentaram a prática da eutanásia ativa, com requisitos específicos para sua aplicação pelos médicos. (LOPES et al, 2018, p. 90)

O Código Penal Holandês, em seu artigo 20, "a", 2, definiu que a eutanásia não seria considerada crime se atendidos os requisitos do artigo 2º da *Lei sobre a Cessação da Vida a Pedido*, quais sejam: “o médico deve ter convicção de que o pedido do paciente foi voluntário e bem avaliado e de que seu sofrimento era intolerável e sem perspectiva de alívio”. A decisão pela eutanásia deve ser um consenso entre médico e paciente, após analisar alternativas e não haver solução razoável para o caso. O médico deve, ainda, consultar outro especialista que avaliará o paciente e relatará seu parecer por escrito. (LOPES et al, 2018, p. 90)

Na Holanda, desde sua legalização, em 2002, até 2011, foram registradas 3.695 solicitações às instituições públicas. Com a autorização para que instituições privadas também atendessem a essas demandas, o número de pacientes submetidos à prática foi de 6.091, em 2016. Dentre os pacientes atendidos, 87% das mortes foram de pacientes com esclerose amiotrófica (ELA), câncer, doenças do coração, problemas de circulação e do sistema nervoso e problemas pulmonares. (LOPES et al, 2018, p. 92)

Na América Latina, a Colômbia foi o único país que regulamentou a eutanásia, em 2015. Em 1997 houve a

descriminalização por seu Tribunal Constitucional, sendo reconhecida como “homicídio por piedade”. Em 2014, a Corte Colombiana “reconheceu que o direito de morrer com dignidade possuiria *status* de direito fundamental”. Em 2015, o Ministério da Saúde e Proteção Social, por meio da Resolução 12.116/2015, estabeleceu critérios para sua prática, como garantia de uma morte digna. (CASTRO et al, 2016, p.357)

“Afirmou a Corte colombiana que impor a uma pessoa a prolongação de sua existência por um curto período de tempo, quando não a deseja e sofre aflições profundas, não é apenas um tratamento cruel e desumano, mas a anulação da dignidade e da autonomia individual”. (Ag.Reg. MI 6.825 DF)

No Brasil, a eutanásia é permitida apenas em animais, conforme Resolução nº 1.000, de 11 de maio de 2012, do Conselho Federal de Medicina Veterinária – CFMV. Essa resolução conceituou eutanásia como a “indução da cessação da vida animal, por meio de método tecnicamente aceitável e cientificamente comprovado, observando os princípios éticos aqui definidos e em outros atos do CFMV”. (CFMV, 2012).

A eutanásia animal poderá ser indicada nas situações em que o bem-estar animal estiver comprometido, em casos

que o animal constituir ameaça à saúde pública, quando houver risco à fauna nativa ou ao meio ambiente. Ainda, poderá ser indicada quando “o animal for objeto de atividades científicas, devidamente aprovadas por uma Comissão de Ética para o Uso de Animais – CEUA” e em casos em que “o tratamento representar custos incompatíveis com a atividade produtiva a que o animal se destina ou com os recursos financeiros do proprietário”. (CFMV, 2012).

Em relação à eutanásia em seres humanos, o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Novo Código Penal), prevê sua prática no artigo 122, que dispõe:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave.

Pena - prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º, O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão da Ilícitude

§2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de

doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Nota-se que o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 tipifica a eutanásia. A pena de prisão é de dois a quatro anos, com a possibilidade de perdão judicial e exclusão da ilicitude, nos parágrafos 1º e 2º, respectivamente. Esse posicionamento representa um tímido avanço para o debate do tema no Brasil e, como observa Débora Diniz, a “ressignificação da eutanásia como uma expressão da cultura dos direitos humanos, ou seja, como um tema relativo a princípios éticos como a autonomia ou a dignidade é um movimento crescente no Brasil”. (DINIZ, 2006, p.1742).

SUICÍDIO ASSISTIDO

Bitencourt afirma que "embora não se reconheça ao ser humano a *faculdade* de dispor da própria vida, ação de matar-se escapa à consideração do Direito Penal". O suicídio, como define Hungria, “é um fim em si mesmo: o suicida mata-se porque não quer viver”. Assim, o suicídio ou sua tentativa não são considerados

crimes e, por isso, impuníveis. (apud SOUZA, 2009, p.68).

O suicídio diferencia-se da eutanásia porque naquele a própria pessoa atua em sua morte, enquanto nesta pessoa diversa praticará uma conduta comissiva ou omissiva para o falecimento do doente. Essa diferença é fundamental quando analisadas as consequências jurídicas das condutas, tendo em vista que a eutanásia será tipificada como homicídio privilegiado, artigo 121, parágrafo 1º, do Código Penal brasileiro, enquanto o suicídio será classificado como crime presente no artigo 122, do mesmo diploma.

No Brasil, o auxílio ao suicídio pode acontecer de três formas: induzimento, instigação ou auxílio. O induzimento e a instigação se caracterizam por uma contribuição moral, como conselho ou sugestão, enquanto o auxílio se manifesta quando há uma contribuição material, como a entrega de medicamentos ou outros meios que possibilitem a prática do suicídio pelo sujeito passivo. (SOUZA, 2009, p.69).

O suicídio assistido, como conceituado anteriormente, é conhecido como suicídio eutanásico ou autoeutanásia, sendo o próprio doente a praticar a conduta que colocará fim à sua vida, com o auxílio de um terceiro, que

prestará assistência por motivos altruístas. Casabona diferencia o suicídio do suicídio assistido, afirmando que este “*seria unico medio de abreviar el sufrimiento físico y moral derivado de una enfermedad terminal o de una minusvalia irreversible*”, enquanto aquele “*consiste en quitarse uno mismo violenta y voluntariamente la vida que ya no quiere ser vivida por cualquier otro motivo y en circunstancias diferentes*”. (apud LOPES et al, 2018, p. 77).

Em 1992, a Associação Médica Mundial, na 44ª Assembleia Médica Mundial, reconheceu a ortotanásia como prática lícita e ética, posicionando-se contrária à legalização da eutanásia e do suicídio assistido, considerando que “*cuando el médico ayuda intencional y deliberadamente a la persona a poner fin a su vida, entonces el medico actúa contra la ética*”. (LOPES et al, 2018, p.101).

Entretanto, há países que o consideram lícito, como, por exemplo, os Estados Unidos, que admitem o suicídio assistido em cinco de seus estados: Oregon, Washington, Montana, Vermont e Califórnia. A eutanásia é proibida em todos os cinquenta estados do país.

O primeiro estado a legalizar o suicídio assistido foi Oregon, em 27 de outubro de 1997, com a aprovação do “Ato de morte com

dignidade” (Death with Dignity Act), que permite que adultos (maiores de 18 anos) competentes (capazes de expressar conscientemente sua vontade), residentes do Oregon, com doenças terminais e expectativa de vida menor que seis meses, recebam medicações em doses letais, por meio de autoadministração voluntária, expressamente prescrita por um médico para essa finalidade. De acordo com o Ato, a autoadministração desses medicamentos letais não é considerada suicídio, mas morte com dignidade. Vale ressaltar que muitos hospitais católicos optaram por não aderir à prática. (CASTRO et al, 2016, p.358).

Em 2009, Luxemburgo legalizou a eutanásia e o suicídio assistido. As práticas são reguladas pela Comissão Nacional de Controle e Avaliação. O procedimento pode ser solicitado por adultos capazes, pessoas com doenças terminais e incuráveis que padeçam de sofrimento psicológico ou físico insuportável e sem possibilidade de alívio. O paciente, ao solicitar o procedimento, pode registrar as condições e circunstâncias em que gostaria de se submeter ao suicídio assistido realizado por seu médico de confiança. (CASTRO et al, 2016, p.360).

O Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Novo Código Penal), propõe que se aplique ao delito de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio os parágrafos 1º e 2º do artigo 122

(eutanásia), havendo a possibilidade de perdão judicial e exclusão da ilicitude.

do médico. (Exposição de Motivos, Resolução CFM 1.805/06).

DISTANÁSIA

“A distanásia trata-se de um neologismo de origem grega: o prefixo *dys* significa ato defeituoso, afastamento e o sufixo *thanatos* designa morte. Na sua origem semântica, distanásia significa morte lenta, com muita dor ou prolongamento exagerado da agonia, do sofrimento e da morte de um paciente, não respeitando a dignidade do morrente”. (SANTANA et al, 2010, p.402).

É certo que toda vida chega ao seu fim. O Conselho Federal de Medicina, ao expor os motivos da Resolução 1.805/06, que trata da prática da ortotanásia, destacou que a partir da década de 1960, a medicina apresentou impressionante avanço tecnológico, com o desenvolvimento de metodologias e possibilidades de controlar o momento da morte.

Se no início do século XX o tempo estimado para o desenlace após a instalação de enfermidade grave era de cinco dias, ao seu final era dez vezes maior. Tamanho é o arsenal tecnológico hoje disponível que não é descabido dizer que se torna quase impossível morrer sem a anuência

Diniz assinala que é possível que uma pessoa seja mantida indefinidamente viva em aparelhos de sustentação artificial da vida, ainda que muito doente, devido aos avanços tecnológicos na área médica. Esse prolongamento da vida não é capaz de alterar o quadro terminal que se impõe e, muitas vezes, causa mais sofrimento e dor ao doente.

Há pessoas que optam pelo uso de todos os recursos disponíveis no tratamento de uma doença, porém, o grande desafio para os profissionais de saúde, que normalmente associam a morte ao fracasso, é compreender que há pacientes que decidem por estabelecer um limite à medicalização de sua vida. (DINIZ, 2006, p.1742).

Segundo Reinaldo Ayer e Maria Luiza Monteiro da Cruz esclarecem, em fase terminal, muitos pacientes são submetidos à distanásia, adotando tratamentos ineficazes, muitas vezes dolorosos, que prolongarão a vida, limitando sua qualidade. Um dos motivos para a adoção dessa terapêutica é a insegurança jurídica a que está sujeito o médico, uma vez que não existe legislação federal que disponha sobre os direitos do

paciente em decidir sobre sua morte. (CRUZ et al, 2013, p.406).

Débora Diniz, em artigo intitulado “Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças”, relata o caso de um bebê de oito meses, com diagnóstico de Amiotrofia Espinhal Progressiva Tipo I, doença incurável e degenerativa. Seus pais, considerando o quadro irreversível do filho, recorreram à Justiça para que o bebê não fosse submetido à respiração artificial, considerada obstinação terapêutica no caso. De acordo com Diniz, “a morte do bebê não era apenas uma certeza da condição humana, mas uma sentença. A passagem de condição para sentença fez com que os pais entendessem que amor e apego são sentimentos diferentes”. (DINIZ, 2006, p.1745).

Recorrer à justiça significava a segurança de garantir ao filho que este não fosse submetido a tratamentos invasivos e o pedido referiu-se ao fato de que, em caso de parada cardiorrespiratória, o bebê não seria submetido à ventilação mecânica e nem seria internado em UTI, medidas que prolongariam a vida da criança com sofrimento, sem, no entanto, interromper o avanço da doença fatal.

O dilema ético que se instaurou era exatamente pela ausência de opção.

Não havia nada o que oferecer ao bebê e sua família. Nesse contexto dilacerante de absoluta impotência da Medicina, comparam-se variáveis que não se prestam à equiparação: de um lado, concepções privadas sobre o sentido da vida para os pais e, de outro, recursos terapêuticos inúteis para o quadro clínico do bebê. (DINIZ, 2006, p.1746).

A decisão da Justiça foi favorável ao pedido dos pais e, uma semana após a sentença, o bebê foi a óbito por parada cardíaca.

ORTOTANÁSIA

O aforismo “curar algumas vezes, aliviar muitas vezes, consolar sempre” faz parte do ensinamento clássico da medicina e, com a evolução da bioética, o desenvolvimento pelo respeito à autonomia do paciente e sua interação com o médico, alterou-se o paradigma: da assistência médica da cura para a adoção de cuidados paliativos em doentes terminais, prática conhecida como ortotanásia.

Apesar dessa evolução, abrir mão da própria vida é, ainda, um dos assuntos mais debatidos na bioética e, como explica Barroso, a ortotanásia, diferentemente da distanásia, não aplica métodos extraordinários e artificiais para a

manutenção da vida do doente; em oposição, aplica cuidados paliativos que permitem que a morte siga seu curso natural.

Cuidados paliativos, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS),

[...] consistem em uma abordagem que visa melhorar a qualidade de vida dos doentes e de suas famílias, que enfrentam problemas decorrentes de uma doença incurável com prognóstico limitado e/ou doença grave (que ameaça a vida), através da prevenção e alívio do sofrimento, com recurso à identificação precoce, avaliação adequada e tratamento rigoroso dos problemas não só físico, como a dor, mas também dos psicossociais e espirituais. (BARROSO, 2018, p.83)

A demanda por tais cuidados é crescente no mundo e no Brasil, em virtude do aumento da expectativa de vida e das doenças que se manifestam com o processo de envelhecimento. Esse processo aumenta a incidência de várias doenças, que trazem complexidades e especificidades, inclusive econômicas. Nesse contexto de evolução, a previsão é que, em 2020, o Brasil será o sexto maior país em número de idosos no mundo. (LOPES et al, 2018, p.166).

Ademais, há de se registrar que no Brasil, por não haver lei federal sobre os cuidados paliativos e a ortotanásia, os

profissionais se preocupam com a possibilidade de serem acusados de omissão imprópria ou omissão de socorro na seara penal, e também de negligência na seara civilista, e suas respectivas sanções jurídicas. A respeito da falta de regulamentação da eutanásia e ortotanásia, afirma Barroso:

Assim sendo, tanto a eutanásia quanto a ortotanásia – aí compreendida a limitação do tratamento constituiriam hipóteses de homicídio. [...] A existência de consentimento não produziria o efeito jurídico de salvaguardar o médico de uma persecução penal. Em suma: não haveria distinção entre o ato de não tratar um enfermo terminal segundo a sua própria vontade e o ato de intencionalmente abreviar-lhe a vida, também a seu pedido. [...] Essa postura legislativa e doutrinária pode produzir consequências graves, pois, ao oferecer o mesmo tratamento jurídico para situações distintas, o paradigma legal reforça condutas de obstinação terapêutica e acaba por promover a distanásia. Com isso, endossa um modelo médico paternalista, que se funda na autoridade do profissional da medicina sobre o paciente e descaracteriza a condição de sujeito do enfermo. (BARROSO, 2018, p.53).

Em 1984, quando houve a reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro, havia proposta para alterações na Parte Especial, as quais não ocorreram. Uma das inclusões seria a prática da ortotanásia, como excludente de ilicitude, no artigo 121, parágrafo 4º: “não constitui crime

deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão”. (JUNGES, 2010, p.278).

Em 1999, Mário Covas, governador do estado de São Paulo à época, promulgou a lei 10.241/99, que versa sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. O artigo 2º, VII, da referida lei, dispõe que o usuário poderá “consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”.

Em 2006, ante a falta de regulamentação federal sobre a terminalidade da vida e a práxis médica no cuidado a pacientes terminais, o Conselho Federal de Medicina regulamentou a prática da ortotanásia na Resolução CFM 1.805/2006. Também o Código de Ética Médica a prevê, em seu artigo 41, parágrafo único:

É vedado ao médico:
Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.
Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados

paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Na Resolução CFM 1.805/06, em seu artigo 1º, resolve-se que ao médico é permitido limitar ou suspender tratamentos, de acordo com alguns requisitos: o doente deve estar em fase terminal, a enfermidade deve ser grave e incurável, e sempre deve ser respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. No parágrafo 2º, define-se que a decisão deve ser fundamentada e registrada no prontuário do paciente.

O artigo 2º da Resolução prevê, ainda, que o doente deve receber os cuidados necessários, cuidados que aliviarão o sofrimento e proporcionarão conforto físico, psíquico, social e espiritual, assegurando, ainda, o direito de alta hospitalar a pedido do paciente, respeitando sua autonomia e decisão.

Essa Resolução foi motivo de discussão judicial. O Ministério Público, em 2007, considerando que o direito à vida é absoluto e qualquer hipótese de morte com intervenção deve ser proibida, ajuizou a ação civil pública 2007.34.00.014809-3, perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal, alegando que “a ortotanásia não passa de um artifício

homicida; expediente desprovido de razões lógicas e violador da Constituição Federal, mero desejo de dar ao homem, pelo próprio homem, a possibilidade de uma decisão que nunca lhe pertenceu” (BARROSO, 2018, p.72).

Nessa ação, em que pleiteou a nulidade da resolução e a definição de critérios a serem seguidos para a prática da ortotanásia, o magistrado, por meio de decisão cautelar, suspendeu a resolução com a justificativa de que havia “aparente conflito entre a resolução questionada e o Código Penal”.

Essa decisão, conforme assinala Barroso, “marcou o encontro, no Brasil, de dois fenômenos do nosso tempo: a medicalização e a judicialização da vida”. Acrescenta-se a esses fenômenos a espetacularização da sociedade, promovida por meios de comunicação que transmitem dramas de pacientes em tempo real. (BARROSO, 2018, p.55)

No decorrer desse processo, em sede de alegações finais, o Ministério Público se manifestou contrariamente à inicial e, em 2010, o juiz de primeiro grau considerou válida a Resolução nº 1.805/2006, do CFM.

Em 2012, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº 1.995/2012 – Das Diretivas Antecipadas de Vontade, ao considerar “a necessidade,

bem como a inexistência, de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira” e também o fato de “que os novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios, e que essas medidas podem ser antecipadamente rejeitadas pelo mesmo”.

Na exposição de motivos para a criação de determinada resolução, uma das justificativas foi a de que há incapacidade de comunicação em 95% dos casos de pacientes em fase terminal, e que, ao desconhecer as vontades desses pacientes, estas podem ser desrespeitadas.

Assim, rege o artigo 1º que as diretivas antecipadas constituem o conjunto de desejos expresso pelo paciente sobre tratamentos e cuidados que quer ou não receber quando não mais conseguir se expressar. O artigo 2º, parágrafo 3º, prevê, ainda, que as diretivas “prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares”. No entanto, é preciso observar que

[...] se por um lado, a resolução traz avanços ao regulamentar no âmbito da ética médica o testamento vital, por outro lado, há necessidade

urgente da regulamentação da matéria no âmbito jurídico, para que as normas sejam precisas, claras e tragam segurança jurídica para a relação médico/paciente. (CFM, Resolução nº 1.995/2012).

Em 2016, o Conselho Federal de Medicina, diante da necessidade de orientar os médicos na relação médico-paciente, publicou a Recomendação CFM nº 1/2016, em que dispôs sobre o processo de obtenção do consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Ao propor essa recomendação, o CFM procurou estabelecer consenso com os quatro princípios básicos da Bioética, que são a autonomia, a beneficência, não maleficência e justiça.

Essa recomendação, em consonância com as demais orientações do CFM, tem como objetivo o desenvolvimento de uma comunicação eficiente e eficaz entre o médico e o paciente, cujo intuito constitui horizontalizar a relação, aproximando os sujeitos, para que o paciente possa compreender o diagnóstico e o prognóstico de sua doença e, de maneira livre e sem vícios, aceitar ou recusar a terapêutica indicada.

Estabelece, ainda, que o consentimento livre e esclarecido é fruto da evolução da autonomia do paciente e está em constante desenvolvimento, sendo

um processo contínuo e não apenas um ato isolado. Desse modo, após os esclarecimentos médicos e indicações de tratamento, o paciente, confrontando as informações recebidas com seus valores, crenças e projetos, poderá aceitar ou declinar qualquer terapêutica ou procedimento cirúrgico.

Em 2019, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução CFM 2.232/2019, que “estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente”.

Dispõe o artigo 1º que a recusa terapêutica é um direito do paciente, que deve ser respeitado pelo médico, desde que esclarecidos os riscos e consequências da decisão. Havendo a recusa, o médico pode propor outro tratamento quando disponível, sendo a ele permitido alegar objeção de consciência diante da recusa do paciente.

As Resoluções nº 1.805/06, 1.995/12, 2.232/19 e a Recomendação nº 1/16 se complementam, primando pela autonomia do paciente, tendo em vista que este poderá consentir ou recusar, de maneira livre e sem vícios, lícita e ética, tratamentos propostos.

Destarte, é certo que a relação médico-paciente é comumente tensionada entre a promoção da saúde e da vida pelo

médico e o respeito à vontade do paciente, que pode optar por outros valores ao não se submeter aos tratamentos propostos. Afirma Siqueira que “é possível que, por qualquer razão, o paciente prefira não se submeter ao tratamento e dê preponderância a algum outro valor, em detrimento da própria vida ou saúde”. (SIQUEIRA, 2019, p.42).

Além disso, inferindo que a ortotanásia, como bem pontua Barroso, poderia constituir hipótese de homicídio, Martinelli defende que o legislador regulamente sua prática, incluindo expressa excludente de ilicitude no artigo 121 do Código Penal. Reflete:

Deveria o legislador preocupar-se com a regulamentação da ortotanásia para impedir qualquer tipo de responsabilidade penal do médico pela suposta prática de crime contra a vida, mesmo que seja com pena reduzida. Por causa de uma cultura puramente legalista, que ainda exerce grande influência no direito penal e processual penal, deve haver clara disposição permitindo a ortotanásia em parágrafo a ser adicionado ao art. 121 para evitar, definitivamente, qualquer possibilidade de responsabilização penal quando preenchidos os requisitos legais. (MARTINELLI).

O DIREITO E A TERMINALIDADE DA VIDA

O avanço da ciência possibilitou o desenvolvimento das novas técnicas aplicadas na medicina. Essa evolução e suas implicações na sociedade contribuíram para os estudos de Direito Penal Médico que, paulatinamente, abandonou o modelo paternalista de intervenção médica e prestigiou a autonomia do paciente.

A biotecnologia desenvolveu novas técnicas ao mesmo tempo que criou riscos, antes desconhecidos ou inexistentes, que devem ser enfrentados pelo direito. Assim, o Direito Penal Médico Clássico, que antes tutelava apenas bens jurídicos individuais, passou a se preocupar também com bens jurídicos supraindividuais, as "novas medicinas" genéticas, reprodutivas, preditivas e preventivas.

Nota-se, ainda, um hiato entre a legislação penal e a realidade, o que contribui para a legiferação governamental praticada pelo Conselho Federal de Medicina, que emite recomendações, resoluções, pareceres e notas técnicas, como as Resoluções nº 1.805/06, 1.995/12, 2.232/19 e a Recomendação nº 1/16, abordadas neste artigo, prezando pela autonomia do paciente, considerado um sujeito de direitos.

O Direito Penal Clássico e a dogmática jurídica já não se mostram suficientes para compreender e interpretar a atual sociedade de risco em sua complexidade, sendo necessária, para atender as novas demandas – os chamados *hard cases*, problemas como transplante de órgãos, a definição jurídica do momento do início e do fim da vida, novos procedimentos, entre outros –, uma metodologia complementar, a zetética jurídica, como investigação inicial para os problemas postos pela medicina, como nos casos de eutanásia, suicídio assistido, distanásia e ortotanásia.

Considerando essas questões, há de se argumentar: direito à vida ou dever à vida?

A todo o momento somos instados a decidir sobre algo a respeito de nossas vidas, de nosso dia a dia. Essa decisão é nosso direito. Constitui-se em prática de nossa liberdade individual, estando presente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade [...]”.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em sua dimensão heterônoma, considera que há limitações às escolhas individuais, reconhecendo

como válidos os valores comuns de uma sociedade, prevalecendo, desta maneira, o paternalismo. Já em sua dimensão autônoma, há a valorização do indivíduo, o respeito à sua liberdade e escolhas pessoais e consideração aos direitos fundamentais.

Na Constituição Federal de 1988, predomina a dignidade da pessoa em sua dimensão autônoma, embora a perspectiva heterônoma também se expresse. Desta maneira, ao considerarmos o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como autonomia, em que se reconhece o direito a uma vida digna, também reconhecerá o direito à morte digna, uma vez que apenas o sujeito doente, frente a um momento de fragilidade, conhecerá seu sofrimento e poderá decidir sobre o desfecho de sua existência. Lopes, Lima e Santoro constataam que

[...] a sociedade e o Estado brasileiro ainda não enfrentaram realmente essas questões. Muitas são situações dramáticas, sem respaldo legal e que paulatinamente vão chegando ao Poder Judiciário para que este a enfrente. O que parece correto e claro, todavia, é que, em toda e qualquer circunstância, o médico tem sempre o dever de cuidar do paciente e ampará-lo. (LOPES et al, 2018, p.103)

Assim, a liberdade de optar por tratamentos médicos que prolonguem o processo de morte ou pela interrupção de

intervenções médicas que abreviem o sofrimento deve ser respeitada e entendida, no intuito de se compreender que, além da dimensão biológica, há os princípios morais e religiosos do doente que devem ser preservados.

E, ao entendermos que vida não deve comportar apenas a dimensão biológica, mas o complexo conjunto de emoções, expectativas, alegrias e desejos, que tornam o ser “humano”, aceitar a autonomia do paciente constitui a aceitação de sua dignidade e liberdade, definindo-o como indivíduo único, autônomo e merecedor de todo o respeito, dado que, “quando um ser humano sofre, não se tem um sofrimento no mundo, mas um mundo em sofrimento”. (Reinhold Aloysio Ullmann).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2018.

CASTRO, Mariana Parreiras Reis de.
ANTUNES, Guilherme Cafure.
MARCON, Lívia Maria Pacelli.
ANDRADE, Lucas Silva. Rückl, Sarah.
ANDRADE, Vera Lúcia Ângelo.
Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática. **Rev. Bioética**. (Impr.). 2016; 24 (2): 355-67

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal**. Diário Oficial da União. Brasília, 31/12/1940 [acesso 17 dez 2018]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

BRASIL, **Projeto de lei do Senado nº 236/2012**. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1572470009377&disposition=inline>. Acesso 15 out 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Dispõe sobre limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários. [Internet]. 21 jan 2016. Disponível: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso 10 dez 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM nº 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica [Internet]. 21 jan 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2Pokq4y>>. Acesso 10 dez 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217/2018**. Aprova o Código de Ética Médica. [Internet]. 27 set 2018. Disponível: <https://www.anamt.org.br/portal/wp-content/uploads/2018/11/resolucao_cfm_n_22172018.pdf>. Acesso em 10 dez 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995/2012** – Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. [Internet]. Disponível: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf. Acesso em 28 out 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.232/2019** – Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. [Internet]. Disponível: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232>. Acesso em 28 out 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. **Resolução nº 1.000/2012** – Dispõe sobre procedimentos e métodos de eutanásia em animais e dá outras providências. [Internet]. Disponível: <http://portal.cfmv.gov.br/lei/index/id/326>. Acesso em 31 out 2019.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: Teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

CRUZ, Maria Luiza Monteiro da. OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. **Revista Bioética**. 2013; 21(3). 405-11. Disponível: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a04v21n3.pdf>. Acesso em 15 set 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10 ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças. **Cad. Saúde Pública**. Rio de Janeiro. 22(8). 1741-1748, ago. 2006. Disponível: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v22n8/23.pdf>. Acesso em 10 nov. 2018.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia – Uruguai**. UFRGS. Rio Grande do Sul. 1997. Disponível em <http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanuru.htm>.> Acesso em 30 out 2019.

GUIMARÃES, Hélio Penna. BUCHPIGUEL, Carlos Alberto. ROMANO, Edson Renato. ANDRADE, Luiz Carlos Valente de. BERWANGER, Otávio. **Dilemas acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e o biodireito**. São Paulo. Editora Atheneu. 2015. (Série Hospital do Coração – Hcor).

JUNGES, José Roque. CREMONESE, Cleber. OLIVEIRA, Edilson Almeida de. SOUZA, Leonardo Lemos de. BACKES, Vanessa. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. **Revista Bioética**, 2010; 18 (2): 275-88. Disponível: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/564/537. Acesso em 20 out 2019.

LAFER, Celso. **O direito e seus problemas**. Artigo publicado no jornal Estado de São Paulo, p. A2, edição de Domingo, 15.07.2018.

LOPES, Antônio Carlos. LIMA, Carolina Alves de Souza. SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e**

jurídicos. 3 ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro.** Artigo publicado no sítio do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível: <https://www.ibccrim.org.br/artigo/10507-A-ortotanasia-e-o-direito-penal-brasileiro>. Acesso em 25 out 2019.

ROXIN, Claus. A Apreciação jurídico-penal da eutanásia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Vol. 32, p. 9, Out/2000.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.** Madrid: Civitas Ediciones, S.L. 2006.

SAN TIAGO DANTAS. **Palavras de um professor.** Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001.

SANTANA, Júlio César Batista. Rigueira, Ana Cláudia de Melo. Dutra, Bianca Santana. Distanásia: reflexões sobre até quando prolongar a vida em uma Unidade de Terapia Intensiva na percepção dos enfermeiros. **Revista Bioethikos.** Centro Universitário São Camilo - 2010;4(4):402-411. Disponível: http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_402-411_.pdf. Acesso em: 28 out. 2019.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **PHYSIS: Revista Saúde Coletiva,** Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da**

medicina. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. Coleção Direito Penal e Criminologia.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito penal médico.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y filosofía del derecho.** Barcelona: Editorial Gedisa S.A. 1997.

_____. **Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008.

WÜRTEMBERGER, Thomas. **La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania.** Milano: Giuffrè Editore. 1965.

**EFEITO SUSPENSIVO DA
APELAÇÃO DE SENTENÇA
ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA**

Marina Zanotello³⁴

RESUMO: Consagrado o direito fundamental de recorrer pelo princípio do duplo grau de jurisdição, o Código de Processo Penal brasileiro traz, de forma expressa, os efeitos da apelação, principal recurso criminal para se insurgir contra sentenças, dispondo que, se o juiz julgar procedente a pretensão punitiva e condenar o acusado, o recurso terá efeito suspensivo; se, ao contrário, o juiz julgar improcedente a ação penal e absolver o acusado, não há que se falar em efeito suspensivo, pois o réu deverá ser imediatamente posto em liberdade, ainda que haja recurso. No entanto, o Código de Processo Penal não trata com essa clareza a atribuição do efeito suspensivo à apelação de sentença absolutória imprópria, que é aquela decisão na qual o juiz, apesar de absolver o acusado, impõe-lhe o cumprimento de tratamento psiquiátrico em unidade prisional de internação por prazo indeterminado. A falta de conteúdo legal expresso pode ensejar decisões demasiadamente discricionárias por parte dos magistrados, que devem decidir a cada caso se recebem o recurso desse tipo de sentença no efeito suspensivo ou não. O presente artigo tem por objetivo elucidar a questão, através de uma análise interpretativa das diretrizes constitucionais e das normas processuais penais.

³⁴ Mestre em Direito Penal (USP 2013); Especialista em Direito Penal e Processual Penal (EPD 2011); advogada criminal (2007).

PALAVRAS-CHAVE: Absolvição imprópria. Recurso de Apelação. Efeito suspensivo. Medida de Segurança.

Sentença é o ato pelo qual o juiz se pronuncia sobre os fatos que foram objeto da ação penal e neles o envolvimento do acusado, finalizando o processo com a resposta sobre a pretensão punitiva, no sentido de condenar, de absolver ou de declarar extinta a punibilidade (ARMENTA DEU. 2007, p. 264).

Toda sentença contém relatório, fundamentação e dispositivo. Na primeira parte, o julgador apresenta um breve relato dos fatos sob o prisma do andamento processual com o intuito de evidenciar a regularidade do trâmite; na fundamentação, o juiz analisa, de acordo com seu livre convencimento, as provas apresentadas pelas partes e, no dispositivo, expõe a conclusão a que chegou. Caso as partes discordem do veredito, assiste-lhe o direito de recorrer. Recurso é um meio processual através do qual a parte que sofreu o gravame solicita a modificação, no todo ou em parte, ou mesmo a anulação da decisão judicial proferida (LOPES JÚNIOR.2017, p. 963).

Segundo Maurício Zanoide de Moraes, a possibilidade de revisão das

decisões contribui para o aprimoramento dos provimentos jurisdicionais, uma vez que submete o problema inicialmente discutido a nova apreciação (ZANOIDE DE MORAES. 2000, p. 26). A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê o direito de recorrer em seu artigo 8.2, letra h e, por força do disposto no artigo 5º §1º da Constituição Federal, trata-se, no direito brasileiro, de garantia fundamental.

Os recursos possuem efeitos, sendo, primeiramente, o impeditivo, visto que o ato de recorrer impede que a decisão atacada faça coisa julgada naquele momento; também o efeito devolutivo, ao passo que devolvem o conhecimento da matéria ao tribunal *ad quem*; e, alguns recursos ainda possuem o efeito suspensivo, o qual impossibilita a

execução da decisão judicial recorrida (LOPES JÚNIOR. *Op.cit*, p. 972 e 973).

Em Direito Processual Penal tem-se a apelação como principal recurso contra as decisões definitivas de condenação ou de absolvição proferidas por Juiz singular. Ocorre condenação quando o Juiz julga procedente a ação penal e impõe ao acusado uma pena, a qual deve ser delimitada segundo o critério trifásico da dosimetria, exposto no artigo 68 do Código Penal³⁵, além de outros requisitos previstos no artigo 387 do Código de Processo Penal³⁶, que deve atender a sentença condenatória.

Pela absolvição, o Juiz julga improcedente a pretensão punitiva e, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 386 do Código Penal, mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade,

³⁵ Art. 68 CP - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

³⁶ Art. 387 CPP - O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos

sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1º, do Código Penal).

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012)

ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas, aplicará medida de segurança, se cabível.

Os fundamentos pelos quais o acusado pode ser absolvido ao final do processo estão previstos no artigo 386 do Código de Processo Penal³⁷, dentre os quais aparece, no inciso VI, a inimputabilidade, que é causa excludente de culpabilidade, prevista no artigo 26 do Código Penal³⁸, e que enseja a aplicação da medida de segurança.

A reflexão trazida à baila concerne a possibilidade legal de se atribuir efeito suspensivo à apelação, quando este recurso é interposto contra a sentença absolutória imprópria, que é aquela na qual o Juiz absolve o acusado em virtude da inimputabilidade e lhe impõe medida de segurança. De acordo com o Código

Penal, as medidas de segurança consistem em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou tratamento ambulatorial³⁹. No entanto, como o tratamento ambulatorial é cumprido em meio aberto, esta análise se limitará à sentença que aplica internação, que é medida que restringe a liberdade da pessoa⁴⁰.

As medidas de segurança têm natureza jurídica de sanção penal, e estão previstas no Código Penal. O incidente de insanidade mental (que é procedimento no qual se fazem os exames psiquiátricos, através de equipe técnica especializada) está previsto no Código de Processo Penal, sua execução vem tutelada na Lei de Execução Penal e o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico onde se cumprirá a internação é órgão vinculado à Secretaria de Administração Penitenciária. Logo,

³⁷ Art. 386 CPP - O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- VII - não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

³⁸ Art. 26 CP - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

³⁹ Art. 96 CP - As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - sujeição a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁴⁰ Art. 99 CP - O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

não há como afastar o caráter penal dessas medidas, em que pese sustenta-se também seu caráter curativo.

Diferentemente da pena que se mensura pela culpabilidade, possuindo tempo exato de duração e critérios objetivos para a progressão do condenado, a medida de segurança perdura enquanto persistir a periculosidade do agente, entendida, de forma genérica, como o simples perigo para a própria pessoa ou para os outros. No sentido penal, a periculosidade pode ser definida como a probabilidade de o indivíduo declarado inimputável praticar crimes. (ZAFFARONI e PIERANGELI. 2007, p. 732).

Não raro, as medidas de segurança podem assumir caráter perpétuo; dependendo do problema que acomete a saúde mental e, conseqüentemente, a capacidade de discernimento e autodeterminação que levaram o indivíduo a delinquir, este pode ser incurável.

Nesse sentido, expressa a exposição de motivos do Código Penal:

89 (...) esse prazo tornar-se-á indeterminado, perdurando a medida enquanto não for verificada

a cessação da periculosidade por perícia médica;

91 (...) o projeto estabelece limitações estritas para a hipótese de tratamento ambulatorial, apenas admitindo quando o ato praticado for previsto como crime punível com detenção.

Não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Menos aceitável ainda parece relativizar direitos e garantias individuais fundamentais, como vem acontecendo com o princípio da presunção de inocência⁴¹ e do devido processo legal⁴², dos quais decorre o direito de recorrer preferencialmente em liberdade.

Não existe na lei previsão expressa sobre o efeito suspensivo da apelação no caso de sentença absolutória imprópria, o que deixa o responsável pelo recebimento do recurso com a faculdade de atribuir o efeito ou não, conforme a parcela discricionária do poder jurisdicional. É compreensível que a natureza híbrida da decisão absolutória imprópria contribua com a celeuma; no entanto, é possível assumir um posicionamento legalista pela exegese das leis atualmente em vigor. Parte-se do fato que o Código de Processo Penal brasileiro data de 1941, ou seja,

⁴¹ Art. 5º LVII CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁴² Art. 5º LIV CF - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

antecede em 43 anos a Lei de Execução Penal de 1984 e em 47 anos a Constituição Federal de 1988.

A inimizabilidade em nada afeta a legitimidade ativa do recurso de apelação. A legitimação recursal é o pressuposto do interesse em impugnar a decisão judicial (ZANOIDE DE MORAES. 2000, p. 400).

Assim, admite-se que a defesa ou o próprio inimputável ou seu curador (cuja presença, aliás, se faz obrigatória desde a instauração do incidente de insanidade mental⁴³) manifeste o desejo de recorrer; esse interesse se origina de um gravame gerado pela decisão impugnada (LOPES JÚNIOR. 2017, p. 995). Ora, é possível que o acusado inimputável seja absolvido por qualquer outra das hipóteses previstas no artigo 386 do Código de Processo Penal, ou ainda que ocorra a readequação da tipificação penal, como no caso de desclassificação de um delito por outro menos grave; se isso não acontecer na sentença, pode ser objeto do recurso da apelação que, pelo necessário e indissolúvel efeito devolutivo, devolverá ao tribunal *ad quem* a competência de reexame da decisão recorrida.

Dessa forma, operando-se absolvição por qualquer outro fundamento

que não a inimputabilidade do agente, não há que se cogitar aplicação de medida de segurança (nem mesmo na modalidade de tratamento ambulatorial).

Sobre a apelação da sentença absolutória própria, dispõe o artigo 596 do Código de Processo Penal que “a apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade”. O parágrafo único deste artigo, que dispunha que “a apelação não suspenderá a execução da medida de segurança aplicada provisoriamente”, foi revogado em 1984 pela reforma da parte geral do Código Penal (LOPES JÚNIOR. 2017, p. 1044).

No que tange ao efeito da apelação da sentença condenatória, o artigo 597 do Código de Processo Penal é claro:

A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393, a aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança (arts. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional de pena.

Observa-se que a ressalva mencionada quanto às medidas de segurança se restringe ao disposto no artigo 378 do Código de Processo Penal, segundo o qual:

⁴³ Art. 151 CPP - Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável

nos termos do art. 26 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.

A aplicação provisória de medida de segurança obedecerá ao disposto nos artigos anteriores, com as modificações seguintes:

- I - o juiz poderá aplicar, provisoriamente, a medida de segurança, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público;
- II - a aplicação poderá ser determinada ainda no curso do inquérito, mediante representação da autoridade policial;
- III - a aplicação provisória de medida de segurança, a substituição ou a revogação da anteriormente aplicada poderão ser determinadas, também, na sentença absolutória;
- IV - decretada a medida, atender-se-á ao disposto no Título V do Livro IV, no que for aplicável.

O artigo transcrito refere-se à medida de segurança provisória, assim entendida aquela determinada no curso do processo, em decisão interlocutória que resolve o incidente de insanidade mental do acusado e ocorre antes da sentença, em um momento processual em que o curso da ação penal encontra-se suspenso em virtude do trâmite do procedimento incidente; esta medida, portanto, tem natureza jurídica de medida cautelar diversa da prisão, cujo fundamento se encontra no artigo 319, inciso VI do Código de Processo Penal.

Art. 319 CPP - São medidas cautelares diversas da prisão:

- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de

reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Referido dispositivo foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio em 2011, com a entrada em vigor da Lei 12.403, a qual pretendeu inovar a ótica das medidas cautelares no processo penal. Estas são atos que têm por objetivo garantir o correto andamento processual e, conseqüentemente, a aplicação eficaz do *jus puniendi* (MARTINEZ, 1996, p. 387).

Com a edição da nova lei das cautelares, atualizou-se, com primazia, a redação do artigo 282 do Código de Processo Penal e as diretrizes de aplicabilidade das medidas:

Art. 282 CPP - As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte

contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Apesar de a redação ser clara em relação ao caráter excepcional da internação provisória do acusado e exigir por parte do Juiz que a determina uma fundamentação concreta dos requisitos cumulativos (ter sido o crime praticado com violência ou grave ameaça; já ter sido concluída a perícia sobre a inimputabilidade⁴⁴; haver risco de reiteração da conduta criminosa), surgem algumas preocupações.

Primeiramente, em aspectos processuais, o caráter de urgência inerente às medidas cautelares se confronta com o cuidado que a lei exige na realização da perícia de insanidade mental. Aury Lopes Júnior (2017, p. 665-666) ao comentar o

artigo 319 VII do Código de Processo Penal, sugere que, para a internação provisória, deveria haver um laudo psiquiátrico também provisório que a fundamentasse, quiçá assemelhado àquele laudo de constatação provisório, previsto no artigo 44 da Lei 11.343/2006 (lei de drogas), através do qual se afere se a substância apreendida é aparentemente entorpecente, podendo-se, então, aguardar o laudo definitivo ser feito no curso do processo.

É perigoso demais para as garantias processuais cogitar a possibilidade de ter um laudo psiquiátrico feito às pressas somente com a finalidade de subsidiar uma medida privativa da liberdade, como é a internação provisória. Admitir a figura do laudo psiquiátrico provisório, que não encontra previsão legal, configura o uso da analogia *in malam partem*, rechaçada pelo sistema constitucional das garantias individuais fundamentais.

Em segundo lugar, a subjetividade dos peritos que avaliam a interioridade psíquica do acusado, bem como o crédito irrefutável que os juízes conferem a esse exame, podem comprometer a provisoriedade da internação cautelar, visto que ter um laudo atestando a

⁴⁴ De acordo com o artigo 150 §1º do Código de Processo Penal, o exame pode durar até 45 dias,

sendo possível prorrogação do prazo se os peritos justificarem a necessidade.

periculosidade do indivíduo acaba por condicionar o aplicador da lei à absolvição imprópria, independente de outras análises, como por exemplo, se realmente existem provas da autoria do delito ou se existe outra excludente do caráter típico ou ilícito do fato.

É tamanha a importância da análise geral das circunstâncias fáticas do delito que, no procedimento de competência do Júri, o parágrafo único do artigo 415 do Código de Processo Penal⁴⁵ expressa que somente absolver-se-á o acusado por inimizabilidade, prescindindo-se da sessão plenária, quando esta for a única tese defensiva; do que se depreende que, havendo outras arguições por parte da defesa (como por exemplo: negatória de autoria, outras excludentes de tipicidade ou de ilicitude, desclassificação do crime), ainda que o acusado tenha sido atestado inimputável por perícia médica, deve-se submetê-lo ao Tribunal Popular.

Acrescenta-se ainda que, pelo princípio da plenitude de defesa⁴⁶ que rege o Júri, é possível que ocorra a inovação de

teses defensivas no Plenário, de tal sorte, que se faz direito constitucional e pleno do acusado de crime doloso contra a vida, ainda que inimputável, ser julgado pelo Juiz Natural da causa.

Em terceiro lugar, tem-se a dificuldade do trabalho dos peritos encarregados de analisar hoje um indivíduo e atestar como estava sua capacidade de discernimento e autodeterminação no tempo⁴⁷ do crime. Por óbvio, determinar a internação provisória com base nessa análise pretérita das condições psíquicas do acusado constitui grave risco ao direito de liberdade do cidadão, posto que também se faz imprescindível a comprovação do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* em cada caso.

O quarto impasse se revela no discurso de cura através das medidas de segurança e o diagnóstico incurável de algumas enfermidades, o que facilmente faria a situação provisória se tornar definitiva, quiçá perpétua como já exposto.

⁴⁵ Art. 415 CPP - O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 –

Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

⁴⁶ Art. 5º XXXVIII CF - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa.

⁴⁷ Art. 4º CP - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)

Por fim, certo é que a internação provisória pressupõe o recolhimento do acusado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, que é unidade prisional gerida pela Secretaria de Administração Penitenciária onde os indivíduos inimputáveis cumprem as medidas de segurança que lhe foram impostas; por essa natureza segregativa, equipara-se a prisão preventiva, medida residual e excepcional no ordenamento pátrio, e que somente deve ser decretada em *ultima ratio*.

Em que pesem as críticas tecidas a respeito da internação provisória como medida cautelar “diversa” da prisão, é um instituto legalizado pelo Código de Processo Penal brasileiro após a Lei 12.403/2011, e que se encontra em vigor.

Contudo, não obstante exista possibilidade de aplicação da medida de segurança na modalidade internação psiquiátrica em sede provisória como medida cautelar, durante o processo, faz-se necessário que, ao sentenciar o feito, o Juiz mencione expressamente o direito de a pessoa recorrer em liberdade e, caso o operador do direito negue ao sentenciado a prerrogativa constitucional, deverá fundamentar a decisão com elementos

suficientes que justifiquem a manutenção da custódia provisória. Não havendo a devida fundamentação na sentença, mantém-se o direito de a pessoa, a quem foi imposta medida de segurança, recorrer em liberdade.

A liberdade é a regra do Estado Democrático de Direito. No rol constitucional das garantias individuais fundamentais (artigo 5º) tem-se:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A Constituição traz, de forma expressa, além do princípio da presunção de inocência, a vedação de sanções perpétuas⁴⁸ como cláusula pétrea⁴⁹, como já se expôs acerca das consequências das medidas de segurança.

A mesma lei de 2011 que inseriu a internação provisória como medida cautelar no Código de Processo Penal, atualizou a redação do artigo 283 do mesmo diploma legal:

⁴⁸ Art. 5º XLVII - não haverá penas: b) de caráter perpétuo.

⁴⁹ Art. 60 §4º CF - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

Art. 283 CPP - Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Desde o advento da Lei de Execução Penal em 1984, a execução da medida de segurança pressupõe trânsito em julgado da sentença que a tenha determinado e tais normas se coadunam com o texto constitucional e o sistema de garantias nele insculpido.

Art. 171 LEP. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

Art. 172. Ninguém será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ou submetido a tratamento ambulatorial, para cumprimento de medida de segurança, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

Art. 173. A guia de internamento ou de tratamento ambulatorial, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a subscreverá com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá:

II - o inteiro teor da denúncia e da sentença que tiver aplicado a medida de segurança, bem como a certidão do trânsito em julgado.

Portanto, considerando que a interposição do recurso protela o trânsito em julgado da decisão recorrida, retardando a ocorrência de coisa julgada, conclui-se que a apelação da sentença absolutória imprópria possui efeito

suspensivo indireto, impedindo, consequentemente, a execução da medida de segurança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. 3.ed., Madrid, Marcial Pons, 2007.

BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 1941.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA, 1988.

BRASIL. LEI DE EXECUÇÃO PENAL, 1984.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14.ed., Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Sara Aragoneses. Derecho Procesal Penal. 2.ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro. Vol.1. 7.ed. Revista dos Tribunais, 2007.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y PROBLEMAS EN TORNO A SU PRUEBA EN ESPAÑA

Virginia Pardo Iranzo⁵⁰

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El tráfico de drogas constituye desde hace tiempo una de las grandes preocupaciones de muchos países. Se trata, sin duda, de un grave problema a nivel tanto social como económico y también, sin duda, político: desde el consumidor que tiene que delinquir para poder seguir consumiendo hasta el blanqueo de dinero, pasando por la dramática situación de familias desestructuradas, son realidades directamente vinculadas con el narcotráfico.

El Observatorio Europeo sobre Drogas⁵¹, en su “Informe Europeo sobre Drogas” de 2016 destaca los

riesgos para la salud de los productos de alta potencia, la continua aparición de nuevas sustancias, los cambios en las pautas del consumo de drogas, las amenazas que suponen los mercados de drogas por internet y el incremento del aumento de muertes por sobredosis. Entre los aspectos destacados en el informe podríamos mencionar los siguientes:

1. El regreso de la MDMA (vendida a menudo como “éxtasis”).
2. La aparición de nuevas drogas que producen nuevos daños.
3. El aumento de las muertes por sobredosis.
4. Los problemas relacionados con los estimulantes son cada vez más visibles.
5. La preocupación por el aumento del consumo de cannabis y su potencia, así como la demanda de tratamiento⁵².

Los distintos países intentan luchar contra esta realidad con las armas que tienen en su mano. Una de ellas, quizás de las primeras, sea la tipificación en el Código Penal de determinadas conductas como delictivas y la atribución de una pena anudada a la comisión del delito. A un breve recorrido histórico de la evolución normativa española al respecto dedicamos las siguientes líneas.

⁵⁰ Catedrática de Derecho Procesal - Universidad de Valencia (España)

Artículo ya publicado en *Jurista Editores*, Lima, 2018. Atahuaman y Reina (Coordinadores)

⁵¹ El observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT) fue creado en 1993 y tienen con la finalidad de ofrecer una información objetiva, fiable y comparable sobre las drogas y las toxicomanías. En general:

1. Hace un seguimiento del problema de las drogas (incluidas las tendencias emergentes) en Europa.
2. Hace un seguimiento de las soluciones aplicadas a los problemas relacionados con las drogas.

3. Ofrece información sobre las mejores prácticas en los países de la UE y les anima a comunicarlas.

4. Evalúa los riesgos de las nuevas sustancias psicotrópicas.

5. Lleva un sistema de alerta rápida de las nuevas sustancias psicotrópicas.

6. Desarrolla herramientas e instrumentos que facilitan a los países miembros el control y la evaluación de sus políticas nacionales y a la Comisión el control y la evaluación de las políticas de la UE. https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/emcdda_es

⁵²http://www.emcdda.europa.eu/system/files/attachments/2625/Highlights_EDR2016_ES_Final.pdf

En España, fue el Código Penal de 1944 el que, por primera vez, hace referencia a las drogas tóxicas, prohibiendo la elaboración, venta o comercialización por quienes carecían de autorización para ello y el suministro por quien sí estaba autorizado pero lo hacía infringiendo la normativa correspondiente. Con todo, y probablemente como consecuencia de los compromisos adquiridos por España a nivel internacional, fue la Ley 44/1971 de reforma del Código Penal la que fija cambios esenciales en el modelo de política criminal en materia de tráfico de drogas y ello porque, en primer lugar, y por primera vez, las conductas relativas a las sustancias estupefacientes constituyen un tipo autónomo. Además, se incluyen también por primera vez algunos subtipos agravados y se incorpora el reconocimiento de las resoluciones de tribunales extranjeros a efectos de la agravante de reincidencia. Finalmente, se permite, en atención a las circunstancias del culpable y del hecho, aplicar la pena inferior o superior en grado⁵³.

El Código Penal de 1973 introduce también algunas modificaciones en la

materia -como el incremento de determinadas penas-, y sus posteriores reformas van avanzando en la política criminal al respecto. Con todo, es la Ley Orgánica 1/1988, de reforma del Código Penal la que marca un hito importante. Como su propio nombre indica, la citada ley modifica la ley sustantiva penal en materia de tráfico de drogas. Se trató de una ley prohibicionista que elevó las penas así como incrementó las conductas tipificadas.

El Código Penal de 1995 continúa en parte por las líneas trazadas por la regulación que le precedía aunque introduce algunas novedades, como el castigo de los actos preparatorios punibles (art. 377). La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modifica por primera vez el actual Código Penal en materia de tráfico ilícito de drogas, permitiendo en determinados supuestos, por ejemplo, enajenar los bienes decomisados aunque la sentencia no sea firme. La última modificación hasta el momento en la materia se produjo por Ley Orgánica 5/2010 de modificación del Código Penal⁵⁴. A la regulación vigente en la

⁵³ Cfr. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “Política criminal española en materia de tráfico ilícito de drogas”, en *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 172-173.

⁵⁴ Cfr. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “Política criminal española en materia de tráfico ilícito...”, , pp. 173 y ss.

actualidad dedicamos el siguiente apartado.

También la Unión Europea lleva años trabajando para atajar esta lacra social. En diciembre de 2012 el Consejo aprobó la estrategia de la UE en materia de Lucha contra la Droga para los años 2013 a 2020 (Diario Oficial de la Unión Europea de 29 de diciembre de 2012).

En el ámbito jurídico es de destacar la elaboración de una Decisión marco (2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004; DOUE de 11 de noviembre de 2004) relativa al establecimiento de normas mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. También la Directiva 2014/42/UE del Parlamento y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (DOUE de 29 de abril de 2014). Así, por ejemplo, en caso de tráfico de drogas serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como las ganancias que se hayan obtenido con esa actividad ilícita (véase el artículo 374 del Código Penal).

II. SOBRE LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

El actual Capítulo III, del Título XVII (De los Delitos contra la seguridad colectiva), del Libro II (Delitos y sus penas) del Código Penal español, es el dedicado a los Delitos contra la salud pública.

La salud pública como bien jurídico protegido es una cuestión no exenta

de polémica en la doctrina y jurisprudencia. Desde posiciones que unen a la salud pública otro bien jurídico, el de “sanidad pública” hasta quienes defienden que el calificativo de “pública” unido a “salud” no añade más que el hecho de incidir en que se trate de delitos que suponen un peligro para la colectividad –aunque propiamente se tutela la salud individual-, o aquellas otras posiciones que conciben la salud pública como la suma de saludes individuales⁵⁵.

Dentro de su articulado (arts. 359 a 378 CP) se recogen diferentes conductas que pueden poner en riesgo la salud pública como, por ejemplo, envenenar o adulterar con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables. Este hecho delictivo, contenido en el art. 365 CP, tiene aparejada una pena de prisión de dos a seis años.

Es dentro de este mismo Capítulo donde se regulan los delitos relativos a las drogas tóxicas y a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas. En general, hay un tipo básico, unas figuras agravadas y conductas precursoras.

1. EL TIPO BÁSICO

El tipo básico viene fijado en el artículo 368 CP, siendo conductas punibles una variedad amplia de

⁵⁵ EXPÓSITO LÓPEZ, A., “El delito de tráfico de drogas”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012.

comportamientos: actos de cultivo, elaboración o tráfico o cualquier acto que favorezca, promueva o facilite el consumo ilegal de drogas, así como la posesión de sustancias con esos fines:

“Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo el valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y medio y multa del tanto al duplo en los demás casos” (art. 368 párrafo primero CP).

Sobre el precepto, es importante precisar varios aspectos:

1. Como hemos indicado, el bien jurídico protegido es la salud pública por lo que quedarían excluidos del tipo los supuestos en los que la cantidad del producto tóxico es tan escasa que su uso, elaboración o posesión no pone en peligro dicho bien⁵⁶.

2. Aunque el tipo está concebido en términos muy elásticos, en el caso de

posesión, la que está castigada es la posesión para traficar pero no el autoconsumo. Para determinar si la finalidad es autoconsumo o no “es preciso acudir a la prueba indiciaria... mediante la inducción de su existencia a partir de determinadas circunstancias objetivas... Hemos dicho con reiteración que puede inducirse el fin de traficar con la droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unida a otras circunstancias, como podían ser la modalidad de la posesión, el lugar en que se encuentra la droga, la existencia de material o instrumentos adecuados al fin de traficar, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la actitud adoptada por el mismo al producirse la ocupación y su condición o no de consumidor” (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2005). Así, por ejemplo, con relación a la cocaína se ha fijado el consumo medio diario en 1,5 gramos (Instituto Nacional de Toxicología y acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 19 de octubre de 2001).

Igualmente es determinante el grado de pureza: “A mayor pureza menor cantidad para incidir en la notoriedad o en la tenencia para el tráfico” (STS de 15 de

⁵⁶ MARTÍNEZ PARDO, V., *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Edisofer, 2013, p. 17.

abril de 1999). Y también el hecho de que se lleve solo una sustancia o una variedad de ellas: “La Sala tiene en cuenta y valora otros datos como son la propia variedad de sustancias intervenidas y la existencia de una balanza de precisión...” (STS de 17 de febrero de 2009).

3. Tampoco integra el tipo el consumo compartido: “La valoración social de los actos de consumo compartido de drogas entre adictos, siempre con carácter gratuito, es la misma que pudieran tener los actos de consumo que estas personas pudieran realizar aisladamente” (STS de 27 de enero de 1995).

4. Finalmente, la jurisprudencia también considera atípica la conducta de quien, con el fin de aliviar el síndrome de abstinencia de un familiar, le facilita una pequeña cantidad de droga. STS de 21 de octubre de 2002: “aunque en la extensiva tipificación del delito de tráfico de drogas... se hallan comprendidas las actividades de donación de estupefacientes y de posesión de tales sustancias con vistas a una transmisión gratuita de las mismas, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado carentes de antijuridicidad y atípicas aquellas conductas de entrega altruista y sin contraprestación a familiares próximos o

allegados de cantidades mínimas de drogas tóxicas con finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia a tales sustancias que los donatarios padecen”.

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 368 recoge un subtipo atenuado: “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

Para que pueda aplicarse el subtipo atenuado es necesario que concurren las circunstancias en él recogidas:

1. En primer lugar, la escasa entidad del hecho: concurre cuando, tratándose de hechos que encajan en la conducta descrita por el precepto, están muy alejados de constituir un peligro grave y cierto para el objeto de tutela⁵⁷.

En este sentido, por ejemplo, la STS de 17 de julio de 2012 entiende que “el único acto de venta que consta es el de dos papelines de cocaína, una con 0,411 gramos, sin determinación de riqueza y otra de 0,213 gramos, de una riqueza del 38%, y por otro lado, que la cantidad de

⁵⁷ MARTÍNEZ PARDO, V., *Los delitos de tráfico de drogas...*, cit., p. 166.

hachís y de marihuana estaría dentro de los límites de lo que puede acumular un consumidor para sí.

Tiene razón el recurrente al poner de relieve que el acto de venta en el que fue sorprendido tuvo por objeto una mínima cantidad de cocaína, ya que ni siquiera se conoce el *quantum* de la sustancia de una de las dosis, y el de la otra se ajusta al estándar de uso del consumo diario. Por tanto, este aspecto de los hechos probados podría considerarse de “escasa entidad” a los efectos del precepto citado”.

2. Circunstancias personales del culpable: “cuando se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no solo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor...” (STS de 16 de noviembre de 2011).

2. TIPOS AGRAVADOS

En cuanto a las figuras agravadas, vienen recogidas en los artículos 369, 369 bis y 370 CP:

En el caso del artículo 369 CP, se impondrá la pena superior en grado cuando concurra alguna de las circunstancias recogidas en el propio precepto:

“1ª. El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

2ª. El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

3ª. Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos

4ª. Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

5ª. Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.

6ª. Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o

con otras, incrementando el posible daño a la salud.

7ª. Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.

8ª. El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho”.

Si observamos el precepto nos damos cuenta que las distintas circunstancias que suponen la agravación del tipo tienen naturaleza diversa. Así, en ocasiones, se tiene en cuenta la condición del sujeto activo del delito: “la *ratio legis* de la agravación... no puede ser otra que la mayor facilidad y trascendencia que para la difusión de las drogas en el entorno social tiene el desempeño de una actividad pública, docente o comunitaria... la mayor pena impuesta a un hecho en atención a la condición del sujeto pasivo debe responder a un plus en el desvalor del hecho o en el de la conducta, en atención al mayor contenido de la antijuridicidad de la acción, en cuanto se acreciente el potencial dañoso o de riesgo del hecho o a una vulneración de especiales deberes del sujeto y que incrementen la

reprochabilidad de su comportamiento” (STS de 11 de octubre de 1994).

En otras, se atiende a la especial vulnerabilidad de los destinatarios de la sustancia (menores de 18 años, disminuidos psíquicos...), al lugar de comisión de los hechos (centros docentes, unidades militares...) o al medio empleado (por ejemplo, con violencia).

Por su parte, el artículo 369 *bis* agrava la pena en caso de que los delincuentes pertenezcan a organizaciones criminales, refiriéndose, además, a los supuestos en los que una persona jurídica es responsable de los delitos:

“Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenezcan a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los artículos

anteriores, se les impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Para terminar con las figuras agravadas, el artículo 370 CP recoge tres circunstancias que determinan que se imponga la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368: “Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

1º. Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.

2º. Se trate de los jefes, administradores o encargados de las

organizaciones a que se refiere la circunstancia 2ª del apartado 1 del artículo 369.

3ª. Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2º y 3º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito”.

3. TRÁFICO DE PRECURSORES

Finalmente, es el siguiente artículo, el 371, el que castiga las conductas de precursores: “1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o

sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.

2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 369.2”.

Según ha indicado el TS “se considera precursor toda materia que sirve de manera específica y esencial para la fabricación de un producto químico determinado. Se incorpora a la molécula de droga (producto final) y entra a formar parte de la estructura molecular final de la sustancia. Los precursores son utilizados como reactivos, disolventes o catalizadores en los distintos procesos químicos necesarios para la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (STS de 27 de septiembre de 2011). Algunos ejemplos son: la edefrina, la ergometrina, el piperonal, el abhídrico acético, el ácido fenilacético, el tolueno, el ácido sulfúrico o el ácido clorhídrico.

III. LA PRUEBA RELATIVA AL TRÁFICO DE DROGAS: CUESTIONES CONTROVERTIDAS

No por obvio debe dejar de decirse que cuando hablamos de delitos de tráfico de drogas o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, elemento esencial para poder condenar es determinar que, efectivamente, la sustancia en cuestión tiene esta naturaleza. Además, y así lo hemos visto en el apartado anterior, la cantidad de droga incautada y la pureza de la misma son circunstancias que determinan o pueden determinar, en

mayor o menor medida, la pena a imponer. En definitiva, en los delitos contra la salud pública la naturaleza, cantidad y pureza de la sustancia intervenida es pieza fundamental; es un elemento del tipo y, como tal, objeto de prueba. Pero, además, y en tanto es una prueba de cargo, corresponde a la acusación aportarla al acto del juicio oral. Resta advertir que las deficiencias probatorias en que se incurra siguen los criterios rectores de la carga de la prueba en el proceso penal y gravitan sobre la acusación.

A este extremo vamos a dedicar precisamente este apartado y ello porque, en 2002, hubo una importante reforma procesal en España que modificó el artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –relativo a la prueba de la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes- y que tiene consecuencias importantes en el proceso⁵⁸.

Según el número 2 del citado precepto: “El informe pericial podrá ser prestado sólo por un perito.

En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias

estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”.

1. NECESARIO PUNTO DE PARTIDA: BREVE REFERENCIA AL PROCESO PENAL ESPAÑOL

El ordenamiento jurídico español regula varios procedimientos penales – unos ordinarios y otros especiales- a través de los cuales se enjuician los distintos hechos delictivos. Aunque tal vez lo más lógico sería que existiera un único proceso ordinario y uno o varios especiales, lo cierto es que la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula, en atención a la pena, dos procedimientos de carácter ordinario: el llamado Procedimiento por delitos graves –también conocido como Procedimiento Ordinario- que es el adecuado cuando el delito está castigado con pena privativa de libertad superior a 9 años y el Procedimiento Abreviado para el caso de que ésta sea inferior a esa cifra. Además, existen varios procesos especiales como, por ejemplo, el procedimiento ante el Tribunal del Jurado (LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado), el Proceso de menores (LO 5/2000, de 12 de enero,

diversos procesos pero su estudio excedería, con mucho, un estudio de estas características.

⁵⁸ Habría muchos más aspectos problemáticos respecto a la prueba en este tipo de delitos en los

reguladora de la responsabilidad penal de los menores) o los conocidos como juicios rápidos (creados por Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado).

Es preciso advertir que aunque al Procedimiento por delitos graves dedica la LECrim casi 500 artículos y a pesar de que en la ley procesal penal aparece como el procedimiento tipo -de manera que el resto de procesos se remiten a él en lo no regulado expresamente en ellos- verdaderamente su utilización actual, estadísticamente hablando, es residual, apareciendo el Procedimiento abreviado como el más usado.

Por otro lado, y como hemos visto los delitos contra la salud pública están regulados en el Capítulo III, del Título XVII, del Libro II del Código Penal. En los artículos que lo componen se establecen las diversas actividades que son delictivas señalándose la pena correspondiente para cada una de ellas. La mayoría de delitos ahí contenidos llevan aparejada una pena inferior a 9 años por lo que, mayoritariamente, los procesos por delitos contra la salud pública se

sustanciarán a través del procedimiento abreviado.

Y es precisamente en sede de procedimiento abreviado donde en 2002 el legislador introdujo como hemos visto una importante modificación en materia probatoria que alteró las reglas procesales del juego produciendo, a nuestro entender, una disminución de las garantías procesales del imputado.

2. EL CONTROVERTIDO ARTÍCULO 788.2 LECRIM Y LA RAZÓN DE SU INTRODUCCIÓN EN LA LEY PROCESAL

Como hemos ya indicado, el artículo 788.2 LECrim establece que “en el ámbito de este procedimiento (es decir, del abreviado) tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”. Si nos fijamos, lo que hace el precepto no es otra cosa que otorgar la *condición* de prueba documental a unos determinados informes periciales. Es decir, tomando como punto de partida la distinción entre peritaje científicamente

objetivo y peritaje de opinión⁵⁹, el legislador da un paso más: dice que los informes sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes - pertenecientes a la segunda clase-, *no son propiamente pericias sino más bien documentos*. Dicho de otro modo, el informe escrito del perito (es decir, el texto final en el que plasma el resultado del experimento) se convierte en documento.

La justificación “oficial” alude a la manera en que los mismos son realizados y también a los sujetos que los llevan a cabo: puesto que se hacen por organismos oficiales siguiendo unos determinados procedimientos científicos y con arreglo a unos protocolos no estamos propiamente ante una pericia (ante valoraciones) sino ante la documentación de una realidad objetiva.

A pesar de la explicación del legislador a nadie se le escapa que no se trataba solo de eso; realmente se pretendía

evitar que ciertos profesionales tuvieran que acudir a declarar a juicio puesto que de esta manera, por un lado, se eludían los perjuicios que se estaban causando a ese servicio público –al tener que acudir sus peritos constantemente a declarar a los juzgados-, pero además se evitaba que ante la incomparecencia del perito a la vista el juez debiera optar entre suspender el procedimiento o que dichos análisis dejaran de ser aptos para desvirtuar la presunción de inocencia. Con ese propósito, y como si nada ocurriese, se elimina de un plumazo el interrogatorio libre cruzado del o los peritos en el acto del juicio y con el probablemente, en muchas ocasiones, se difumina el derecho de defensa. El propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de mayo de 2005, aludía a razones prácticas y de mera funcionalidad posiblemente discutibles desde criterios de estricta constitucionalidad⁶⁰.

⁵⁹ Los peritajes de opinión se dan cuando *debe valorarse* un hecho o una circunstancia realizándose un verdadero juicio, por ejemplo, el informe psicológico de una persona. En este peritaje hay un alto grado de valoración de manera que es factible –incluso previsible- que pedido un mismo informe a dos psicólogos distintos el resultado –el informe pericial- solo en parte sea coincidente.

En cambio, hay otro tipo de pericias en las que el grado de valoración es inferior. En el peritaje científico de lo que se trata es de *adquirir certeza* sobre unos determinados hechos a través de un *experimento* que estando bien realizado -se ha llegado a afirmar- solo debería dar lugar a un

resultado. Por ejemplo, comparar el ADN de dos personas para establecer la filiación.

⁶⁰ En este sentido señala la Instrucción 7/2004, de 26 de noviembre, de la Fiscalía sobre citación para el acto del juicio oral de los peritos autores de informes sobre análisis de sustancias intervenidas en causas por delitos contra la salud pública que “en línea de principios, el ideal al que debe tenderse es el de citación de los peritos al acto del juicio oral, para la práctica de la prueba conforme a los principios de oralidad, intermediación y contradicción. Una adecuada organización de medios y una disponibilidad suficiente de personal en los laboratorios oficiales debiera permitir que el Ministerio Fiscal pudiera proponerlos para el acto

En definitiva, puede afirmarse que la reforma tiene una finalidad clara, empírica, que sin duda es alcanzada con la modificación del precepto: transformar el modo de practicar la prueba para evitar la declaración de los peritos en la vista. Con ello, amén de evitar los perjuicios a los que aludíamos hace un momento, se consigue de rebote eso que tan de moda esta en los últimos tiempos: la aceleración procesal. El problema es que convertir una prueba de carácter personal en real no tiene coste cero: aparte de la enorme importancia de eliminar el interrogatorio del perito, tiene otras implicaciones que probablemente no fueron ni tan siquiera consideradas por el legislador.

3. CONSECUENCIAS DE LA CONVERSIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN DOCUMENTAL

Empezamos en primer lugar por lo relativo a la práctica de la prueba:

Cuando el medio de prueba es la prueba pericial, la LECrim parte del interrogatorio del perito en el juicio oral como forma de practicarla. Así y según el art. 724 LECrim: “Los peritos que no hayan sido recusados serán examinados juntos cuando deban declarar sobre unos

mismos hechos y contestarán a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan”.

El art. 788.2 lo que hace es transformar absolutamente ese modo de practicar la prueba. Al otorgar el carácter de prueba documental nos remite al art. 726 LECrim que, respecto de la práctica de la prueba, señala que el juez “examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad”. O lo que es lo mismo, no hay propiamente práctica de la prueba, ya no es necesaria la presencia del perito en el acto del juicio para ratificar el informe, pero además los documentos no son ni siquiera leídos en el acto del juicio sino que esa lectura la realizará el juez en privado.

Por otro lado, y respecto de la impugnación del análisis, ésta tampoco va a significar la necesaria presencia de los peritos en la vista. En los casos de impugnación –ya sea al resultado o a la corrección de los protocolos y métodos utilizados- de alguna de las partes al informe la jurisprudencia apunta varias soluciones, en atención a los diversos supuestos posibles. Y así:

del juicio oral sin el temor de poder llegar a provocar colapsos o disfunciones, evitando el

riesgo de desvalorización del acto del juicio oral como fase central de todo el proceso penal.

1- Si la parte se limita a impugnar el informe sin articular razón suficiente, los peritos no comparecerán en juicio, pero ello no impedirá la valoración del análisis como prueba de cargo.

2- Si, en cambio, impugna el informe y propone la declaración del perito pero sin justificar esta última, el tribunal no la acordará y, de nuevo y a pesar de ello, el análisis podrá ser considerado prueba de cargo.

3- Si se solicita justificadamente la presencia de los peritos en juicio, y sería el tercer supuesto posible, el tribunal podrá acordarla *si la estima pertinente*, y entonces habrá que estarse al resultado de esa declaración.

4 – Finalmente, es posible que la parte impugne el informe y presente un contraanálisis. Si éste último también se realiza por un laboratorio oficial, ambos análisis serán examinados por el tribunal; si el contraanálisis se efectúa por laboratorio no oficial se necesitará la declaración del perito en el juicio.

Como puede observarse se exige un plus en la actividad del imputado. Antes de la reforma al acusado le bastaba cualquier comportamiento incompatible con esa discutible “aceptación tácita” para que compareciera el perito.

Además de los aspectos anteriores hay otros tres puntos que merecen ser destacados:

1. Recusación. Al producirse ese cambio legal deja de tener sentido el régimen de recusación de los peritos.

2. Apelación. Como se sabe en nuestro sistema la prueba en segunda instancia está limitada a los casos del art. 790.3 LECrim. A saber: 1. las que no pudieron ser propuestas en la 1ª instancia. 2. las que fueron propuestas e indebidamente denegadas –si se hizo protesta en su momento– y 3. las propuestas y admitidas que no pudieron practicarse por causa no imputable a la parte. Fuera de esos casos no es posible la prueba y el juez ha de resolver según la prueba practicada en la instancia que él no ha presenciado. Tratándose de las pruebas de naturaleza personal siempre ha sido puesto en tela de juicio el problema de la inmediación, problema que no se da con la prueba documental.

3. Casación. Finalmente y respecto del recurso de casación, tendremos que entender que estos informes son documento a efectos casacionales (artículo 849 LECrim: “Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación: 2. Cuando hay existido error en la apreciación de la prueba, basado en

documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”). Como sabemos el TS entiende que no debe otorgarse la condición de documentos a las pruebas de naturaleza personal aunque se hallen documentadas ej. las declaraciones de los testigos. Pero la atribución del carácter documental a este tipo de informes supone que también lo sean a efectos casacionales.

4. Valoración de la prueba: Otra de las cuestiones que emana de la “conversión” de este tipo de peritajes en documento, en el que queremos detenernos, es la de qué valor debe otorgarse a los mismos. Si la premisa fuera su objetividad no sería difícil concluir que las posibilidades de valoración judicial están ampliamente limitadas, a pesar de ser la libre valoración el sistema elegido por la ley procesal penal respecto de todos los medios de prueba (art. 741 LECrim). Si conjugamos “objetividad” con “oficialidad” es fácil deducir que “los informes emitidos por laboratorios oficiales si no son impugnados no pueden ser desconocidos por el juez” acercando al

órgano jurisdiccional al sistema de prueba tasada⁶¹. De hecho la jurisprudencia nos muestra una intensa aceptación acrítica por parte del juez de los resultados ofrecidos por el experto técnico⁶².

El problema –o uno de ellos- es que esa objetividad de la que se parte en el ámbito jurídico no es sinónimo ni de verdad absoluta ni de infalibilidad en el mundo de la ciencia, y partir de ella sin mayores cuestionamientos no puede considerarse sino una equivocación. Si lo anterior es cierto, y parece que lo es, ese deseo de aproximación al sistema de prueba legal ha de desvanecerse. Además de tomar los resultados con prudencia creemos que respecto de este tipo de pruebas “la regla debería ser: cuanto mayor es la expectativa de valor probatorio depositado en una prueba, más rigurosos deberían ser los controles de realización de la misma”⁶³.

El sistema de valoración será el de la libre convicción del juez; realizada la valoración su resultado habrá de contenerse en la sentencia, es decir, la necesidad de motivar la resolución se da también cuando la decisión del juez se basa en prueba científica e, incluso,

⁶¹ MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

⁶² HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Conocimiento científico y decisión judicial ¿cómo accede al

proceso y como puede valorarse por los jueces?, en *Jueces para la democracia*, 54.

⁶³ GASCÓN ABELLÁN, M., “Validez y valor de las pruebas científicas”, www.uv.es/CEFD/15/GASCON.pdf

aunque no existan dictámenes contradictorios aquella sigue –o debiera seguir- revelándose imprescindible.

tratamiento de documental, con las consecuencias que hemos visto en el trabajo.

IV. CONCLUSIÓN

La lucha contra el tráfico ilícitos de drogas y de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es objetivo prioritario de la política de muchos Estados. Entre otras medidas, como las de carácter social, están también las de carácter punitivo.

El Código Penal español regula varios tipos delictivos y las penas a imponer al condenado por la comisión de los mismos. Con todo, elemento fundamental para la existencia de delito es la determinación de la naturaleza de la sustancia incautada –que se trate de drogas ilegales, sustancias estupefacientes o psicotrópicas-. Junto con este aspecto, la determinación de la cantidad incautada y de la pureza, también condicionan o pueden condicionar la pena a imponer o, incluso, que llegue a imponerse –no habría delito si se entiende que la cantidad incautada era para consumo propio-.

Es precisamente en este aspecto donde se produce una importante modificación en la ley procesal española: los análisis sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes pasan de considerarse prueba pericial a tener el