ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

74

setembro-outubro de 2008

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 16 n. 74 setembro-outubro de 2008

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil
Visite o nosso *site:* www.rt.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. PROIBIDA A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL, POR QUALQUER MEIO OU PROCESSO (LEI 9.610/98, LEI DOS DIREITOS AUTORAIS).

Diretor Responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

Diagramação eletrônica
Microart® Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento
Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0004-03

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT:
Tel. 0800-702-2433
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

e-mail de atendimento ao consumidor:
sac@rt.com.br

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2007/2008

Diretoria executiva

Presidente
Alberto Silva Franco

1º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

2º Vice-Presidente
Theodomiro Dias Neto

1º Secretário
Carlos Alberto Pires Mendes

2ª Secretária
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

2ª Tesoureira
Silvia Helena Furtado Martins

Conselho Consultivo

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

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Ivan Luís Marques da Silva

Boletim
Carina Quito

Cursos
Cristiano Ávila Maronna

Comunicações
Renato Sérgio de Lima

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Ludmila Vasconcelos Leite Groch

Núcleo de Pesquisas
Jacqueline Sinhoretto

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM junto ao Olapoc:
Flávia D'Urso e Glauber Callegari

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Juliana Garcia Belloque

Comissões Especiais

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Convênios
André Augusto Mendes Machado

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Rafael S. Lira

História
Roberto Mauricio Genofre

Infância e Juventude
Renata Flores Tybiriçá

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Monografias
Andrei Koerner

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Coordenadores Regionais

1ª Região (Amapá, Maranhão e Pará) – João Guilherme Lages Mendes

2ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) – Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3ª Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte) – Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª Região (Paraíba, Pernambuco e Alagoas) – Oswaldo Trigueiro Filho

5ª Região (Bahia e Sergipe) – Wellington César Lima e Silva

6ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) – Marcio Barandier

7ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) – Pierpaolo Bottini

8ª Região (Minas Gerais) – Felipe Martins Assis Pinto

9ª Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia) – Francisco Afonso Jawsnicker

10ª Região (São Paulo) – Ricardo Guinalz

11ª Região (Paraná) – Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) – Rafael Braude Canterji

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista @ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Diretoria da Revista

Coordenadora
Juliana Garcia Belloque

Coordenadores - Adjuntos
Denise Neves Abade, Helena Regina Lobo da Costa, Marina Pinhão Coelho e Roberto Soares Garcia

Conselho Diretivo da Revista:
Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alejandro Aponte, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexandre Jean Daoun, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Ana Messuti, Andrei Koerner, Berenice Maria Giannella, Carlos María Romeo-Casabona, Carlos Weis, Celso Eduardo Faria Coracini, Cláudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Acosta, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Jacqueline Sinhoretto, Jorge de Figueiredo Dias, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Maíra Rocha Machado, Manuel da Costa Andrade, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria João Antunes, Maria Lucia Karam, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Pedro Caeiro, Ranulfo de Melo Freire, Raúl Cervini, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Livianu, Roberto Mauricio Genofre, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira, Stella Maris Martinez.

Colaboradores permanentes:

NACIONAIS

Ada Pellegrini Grinover, Afranio da Silva Jardim, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Antonio Carlos da Gama Barandier, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Augusto Frederico G. Thompson, Belisário dos Santos Junior, Benedito Roberto Garcia Pozzer, Carlos Eduardo de Campos Machado, Celso Luiz Limongi, Cezar Roberto Bitencourt, Cláudio Th. Leotta de Araújo, Dirceu de Mello, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, Edmundo de Oliveira, Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, Fernando da Costa Tourinho Filho, Fernando Luiz Ximenes da Rocha, Geraldo Prado, Gilberto Passos de Freitas, Gustavo Henrique Righi Ivahi

Badaró, Helena Singer, Heloisa Estellita, Hermínio Alberto Marques Porto, Ivete Senise Ferreira, Jair Leonardo Lopes, João José Caldeira Bastos, João José Leal, João Mestieri, José Barcelos de Souza, José Carlos Dias, José Henrique Pierangelli, José Henrique Rodrigues Torres, Juarez Cirio dos Santos, Juarez Tavares, Leonardo Isaac Yarochewsky, Luís Francisco da Silva Carvalho Filho, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Luiz Regis Prado, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marcelo Leonardo, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Kuehne, Mauricio Zanoide de Moraes, Miguel Reale Júnior, Nilo Batista, Nilzardo Carneiro Leão, Odone Sanguiné, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco, Salo de Carvalho, Sérgio de Oliveira Médici, Sergio Mazina Martins, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Tadeu A. Dix Silva, Vicente Greco Filho, Weber Martins Batista.

ESTRANGEIROS

Adolfo Ceretti, Álvaro P. Pires, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Fernando Niño, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez, Pilar Gomes Pavón, Roberto Bergalli, Sergio Moccia.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 75 – novembro-dezembro – 2008

Tolerância zero

Sérgio Salomão Shecaira

Violencia familiar y exclusión del hogar del agresor

Maximiliano Hairabedián y María de los Milagros Gorgas

La criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contra-reforma humanística o *las teorías criminológicas no son inocentes*

Lolita Aniyar de Castro

Responsabilidade criminal por produtos defeituosos

Susana Aires de Sousa

Juzgamiento de los ilícitos penales cometidos por miembros de las Fuerzas de seguridad durante la vigencia de regímenes dictatoriales en Argentina

Federico Zurueta

Sumário

1. Direito Penal

Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs 9
Vinicius Borges de Moraes

O debate sobre a descriminalização do aborto: aspectos penais e constitucionais 35
Anelise Tessaro

Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible 86
Kai Ambos

O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva 133
Paulo de Sousa Mendes

Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal 170
Marlon Alberto Weichert

Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais 230
Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo e Marcos de Aguiar Villas Bôas

2. Processo Penal

O arbítrio palavreado no processo penal. Breve ensaio sobre a pronúncia e o *in dubio pro societate* 281
Daniel Guimarães Zveibil

Crimes contra a administração pública: um estudo sobre a possibilidade da não propositura da ação penal face ao princípio da insignificância 299
Gisela Brum Isaacsson

3. Crime e Sociedade

Tipologia dos homicídios: uma análise sociológica das denúncias oferecidas pelo Ministério Público de Minas Gerais 339

Klarissa Almeida Silva

4. Direito em Ação

4.1 Decisões paradigma

Prisão preventiva para extradição. Requisitos 361

4.2 Ementário de Jurisprudência

André Adriano do Nascimento da Silva 379

5. Índice Alfabético-Remissivo

Autores 395

Temas 397

Normas de publicação 399

1. Direito Penal

Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs

Vinicius Borges de Moraes
Professor de Direito Penal e Coordenador do curso de Direito da Escola Superior de Administração, Direito e Economia (RS). Mestrando em Direito pela Unisinos. Advogado.

Resumo: O embate científico sobre a legitimidade de aplicação de um direito penal parcial àqueles indivíduos cujos atos colocam em risco a sociedade, ainda reverbera nas academias de todo o mundo. Ponderosos argumentos favoráveis e contrários à teoria de Jakobs enriquecem a discussão, num esforço conjunto para encontrar instrumentos que contenham a criminalidade moderna e, ao mesmo tempo, preservem a finalidade de *ultima ratio* do direito penal. A presente investigação se insere nesse contexto, trazendo como finalidade analisar e esclarecer alguns aspectos iusfilosóficos presentes no direito penal do inimigo, de modo a contribuir para as futuras discussões sobre a (i)legitimidade da proposta de Jakobs.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo – Terrorismo – Funcionalismo – Sociedade do risco.

Abstract: The scientific discussion about the application legitimacy of partial criminal law to those individuals, whose acts put society under risk, still reverberates around the world. Strong arguments favorable and contrary to Jakobs's theory enrich the discussion, in a unique effort to find instruments to

stop modern criminality and, at the same time, preserve the goal of *ultima ratio* of criminal law. This research fits into this context, with the purpose of analyzing and clarifying some jusphilosophical aspects that are present in criminal law of the enemy, to contribute to future discussions about the illegitimacy/legitimacy of Jakobs's proposal.

Keywords: Criminal law of the enemy – Terrorism – Functionalism –Risk society.

Sumário: 1. Intróito – 2. O direito penal do inimigo e a finalidade social das normas penais na visão de Günther Jakobs – 3. Fundamentos iusfilosóficos do direito penal do inimigo – 4. Finalidades do direito penal do inimigo e finalidades do direito penal. Aspectos críticos da teoria – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

Área do direito: Penal-Processo penal

1. Intróito

O direito penal enfrenta uma necessidade de reestruturação dos sistemas e das políticas criminais, como conseqüência do desenvolvimento dos instrumentos – e dos objetivos – utilizados pelos modernos agentes criminosos.[1] Grande parte deste problema, sabe-se, se não desencadeado, foi, pelo menos, agravado com o fenômeno da globalização.[2]

1. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal.* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001. p. 22.

2. BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 21-22: "Especialmente nos anos finais do século XX e nos primeiros deste século XXI, o mundo passou a assistir a mudanças de tamanha amplitude e profundidade que acabaram por alterar os padrões até então vigentes, que vão desde o incremento tecnológico até as rupturas epistemológicas e paradigmáticas em praticamente

Somado a esse conturbado contexto, ainda se enfrenta uma tensão natural entre a utilização do direito penal como forma de se evitar os comportamentos socialmente indesejáveis e seu caráter de *ultima ratio*,[3] característica das novas sociedades de risco.

Nesse novo panorama social – comum tanto aos países subdesenvolvidos quanto aos desenvolvidos –, observa-se uma criminalidade que deixa de ter o tradicional objetivo do lucro fácil e que passa a atentar contra as estruturas do Estado.[4] Da mesma forma, observa-se um grande afastamento de parcela desses infratores da sociedade, como se, por opção, voltassem a viver em estado de natureza. O direito, elemento de conservação do sistema, numa perspectiva luhminiana, passa a lutar pela preservação de sua funcionalidade.

É nesse conturbado cenário que surge com maior força a proposta de um direito penal parcial, um *direito penal do inimigo*, nos delineamentos propostos por Günther Jakobs.

Jakobs, no ano de 1985, num seminário realizado em Frankfurt, após ampla análise dos dispositivos e construções jurídicas desenvolvidas no direito penal, concluiu, em sério tom de crítica, que havia se desenvolvido na Alemanha um direito penal parcial. A este direito o doutrinador conferiu a denominação de *direito penal do inimigo*.[5]

todos os campos do conhecimento humano. Esse fenômeno ficou conhecido pelo nome genérico de *globalização*."

3. BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 21.

4. Fato notório, sentido por toda a população e muito noticiado na imprensa. Como exemplos, cite-se o crime organizado, terrorismo, tráfico de entorpecentes etc.

5. JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: _____. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997. p. 293-324.

Aquele discurso, porém, "que em 1985 recebeu muito aplauso dos colegas",[6] em 1999 durante a Conferência do Milênio, realizada em Berlim, reverte-se em um discurso em defesa desse mesmo direito penal parcial por ele antes criticado.

A grande diferença que seria observada entre uma e outra postura é que, na primeira, em 1985, Jakobs criticava tais preceitos jurídico-penais de forma ampla, enquanto que, no ano de 1999, restringia seu discurso de apologia ao direito penal do inimigo como sendo a única alternativa viável aos delitos de natureza grave, em especial, às práticas terroristas.

Jakobs, para embasar sua teoria, sustentou, em síntese, que "aquele que se comporta como inimigo (e Jakobs realmente emprega, mal se pode crer, a expressão *não-pessoa*) também merece ser tratado como inimigo – portanto não como pessoa".[7] É este o cerne de toda a teoria de Jakobs, fundamentada nas teorias de Hobbes e Kant.

Apesar de se tratar de uma proposta radical, é inegável a clareza do jurista ao apresentar situações paralelas, presentes no direito penal vigente, lançando a conclusão de que um "direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o direito penal com fragmentos de resoluções próprias do direito penal do inimigo".[8]

Não fosse a coerência dos argumentos despendidos por Jakobs, a teoria talvez não tivesse ganhado tais proporções. Todavia, não é este o único elemento que contribuiu para a disseminação da doutrina. O direito penal do inimigo trata, na realidade, da sistematização de uma tendência. Ou seja, ainda que refutáveis

6. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr. 2004, p. 31-45, esp. p. 42.

7. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo, cit., p. 42.

8. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 49-50.

(se refutáveis) os argumentos que amparam a teoria de Jakobs, é inegável que ela, no mínimo, serve como um alerta.

2. O direito penal do inimigo e a finalidade social das normas penais na visão de Günther Jakobs

A evolução jurídica dos conceitos que amparam o direito penal do inimigo confunde-se com a trajetória acadêmica daquele que buscou a delimitação do chamado direito penal do inimigo, Dr. Günther Jakobs.[9]

Jakobs, o mais importante discípulo de Welzel,[10] inicia sua trajetória à luz dos ensinamentos de seu mestre, o qual, com a teoria finalista da ação, contrapôs as idéias da até então aplicada teoria causalista da ação, atribuindo ao direito penal uma função muito além da mera retribuição do mal decorrente de um ilícito penal.

Para que se tenha uma mínima diferenciação entre as ideologias apregoadas por essas duas teorias, é suficiente informar que para a teoria causalista a ação é a conseqüência de um "ato voluntário com um conteúdo qualquer".[11] Ou seja, para que uma ação seja passível de responsabilização criminal, bastaria que fosse voluntária, ainda que não tenha sido direcionada com a finalidade de dano ao bem jurídico afetado. Logo, essa doutrina prescinde da análise da culpa e do dolo do indivíduo infrator.

9. APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo *vs.* derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. *RBCCrim*: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov.-dez. 2004, p. 9-43, esp. p. 12: "El texto presentado al Congreso por parte del Profesor Jakobs no solo es polémico, sino que sirve a los críticos con razón para ser tan duros con el autor. Sin embargo el trabajo hay que contextualizarlo, es necesario compararlo con otros textos escritos en varios años por Jakobs de tal manera que se puede abordar el pensamiento del autor en dimensiones más justas."

10. LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís et al. *Direito penal e funcionalismo*. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11.

11. JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 51.

Essa realidade fica mais evidente nas chamadas penas de talião, em que "o agente ativo do crime praticado deveria arcar com um sofrimento que correspondesse à intensidade do mal dirigido e suportado pela vítima",[12] dando origem a uma série de penas cruéis, independentemente da culpa ou dolo daquele.

Welzel quebra esse paradigma, criando um sistema em que, na estrutura fundamental da ação, "a ação humana é exercício de uma atividade final",[13] concluindo que a conduta é uma ação consciente direcionada a uma finalidade.[14]

Assim, se para a teoria causalista a finalidade social da norma era um reflexo e não um objetivo,[15] na teoria finalista da ação esse conceito é invertido.

Em síntese, a teoria finalista de Welzel buscou tratar o ilícito em seus dois momentos: o do resultado e o da vontade do agente. Dessa forma, seria adequadamente abordado o aspecto social, pois "o sentido social de uma ação se determina não apenas segundo o resultado, mas também segundo a direção da vontade que o autor imprimiu à ação".[16]

Logo, fica evidente que para Welzel a ação é, ao mesmo tempo, causal e final, constituindo estas premissas "los dos pilares de su concepción".[17] Nesse

12. MORAES, Vinicius Borges de. As teorias da finalidade da pena e o respeito às garantias fundamentais. *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, ano 6, n. 11. Porto Alegre, jan.-jun. 2005, p. 97-125, esp. p. 100-101.

13. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 27.

14. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, cit., p. 27: "A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – *vidente*, e a causalidade, – *cega*."

15. MORAES, Vinicius Borges de. As teorias da finalidade da pena e o respeito às garantias fundamentais, cit., p. 100: "Pune-se o agente criminoso unicamente pelo fato deste ter delinqüido, não sendo importante os reflexos sociais advindos da punição imposta."

16. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, cit., p. 43.

17. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal*. Introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 490.

esquema, competiria às ciências naturais o estudo do resultado, enquanto que as sociais se ocupariam com o aspecto intencional do agente.[18]

Nessa esteira, afirma Welzel que o ordenamento jurídico possibilita a criação de uma ordem social, pois prevê as condutas que a agridem.[19] Por outro lado, também ressalva que não se exige que todas as condutas sejam exemplares, bastando apenas que se encontrem dentro dos limites de liberdade admitidos na sociedade.[20]

De todo o panorama traçado, o importante, enfocando-se o objetivo da presente linha de pesquisa a ser traçada, é que se tenha a clara noção de como a relação entre norma e sociedade, sendo esta a finalidade daquela, começa a ganhar espaço e se solidificar na discussão científica dentro do direito penal. Em especial, como elemento de um sistema criminal.

Em tese, a realização de uma conduta voluntária vedada pelo ordenamento jurídico deve ser punida. Todavia, há casos em que a não realização da mesma conduta típica poderia pôr em risco ou afetar bens de igual ou maior valor social, motivo pelo qual se faz a análise acerca da existência – ou não – de outra norma que permita a mesma conduta, numa determinada situação. Obviamente, se pretende, com isso, cumprir a finalidade social da norma.

Jakobs também não desvincula suas idéias do caráter social do ordenamento jurídico, inclusive sustentando que "o direito não é um muro construído para proteger os bens, é, sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas".[21]

Na seqüência de seu raciocínio, compreende que o caráter punitivo do direito penal tem como função manter a previsibilidade das relações sociais. Pretende-se

18. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal*, cit., p. 490.

19. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, cit., p. 27.

20. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, cit., p. 60.

21. JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís et al. *Direito penal e funcionalismo*. Trad. Nereu José Giacomolli, cit., p. 33.

confirmar a vigência das normas, mesmo ante sua esporádica violação (teoria da prevenção geral positiva),[22] e por essa razão conclui que o direito não garante a proteção de determinados bens jurídicos, mas sim a vigência das normas,[23] cuja finalidade é garantir as relações sociais, conforme afirmado anteriormente.

Todas essas questões desenvolvidas por Jakobs levam-no à conclusão de que as causas de justificação concebidas por Welzel consistem em um risco socialmente permitido e, portanto, já excluiriam a tipicidade da conduta,[24] uma vez que esta é considerada socialmente normal.

Em outras palavras, se a conduta realizada pelo agente já encontra justificativa no próprio sistema criminal, então é porque sequer deveria ser típica. É justamente isso o que virá a ensinar Jakobs, ao trazer para dentro da teoria da ação a finalidade social da norma, sob a nomenclatura, porém, de risco permitido.

Até o momento, em suma, se pôde observar que para a teoria causalista a conduta é punível quando gera um resultado. Já para o finalismo de Welzel o direito penal deve possuir uma finalidade social, razão pela qual se deve analisar não somente o resultado, mas também a finalidade da conduta do agente.

Viu-se também que, mesmo diante da presença desses dois fatores (conduta e resultado, conectado por uma relação de causa e conseqüência – fato típico), a responsabilidade poderá ser afastada em casos igualmente previstos em lei – fato típico, porém jurídico (*v.g.* causas de justificação) –, pois é permitido pela própria sociedade – risco permitido.

Jakobs reformula essas questões e traz para a análise da tipicidade o elemento do *Risco Socialmente Permitido*, que compreende a finalidade social da norma. As-

22. JAKOBS, Günther. *Derecho penal.* Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 9.

23. JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Cit., p. 34.

24. CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva.* Lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 26.

sim, para que um determinado fato seja considerado típico não basta que se tenha um resultado (causalismo) ou que este esteja vinculado a uma conduta orientada finalisticamente (finalismo). É necessário, além desses três elementos (conduta, nexo e resultado) que se extrapole um risco socialmente permitido.

Desta feita, a teoria de Jakobs acaba se caracterizando por incluir – ao lado do fato típico e antijurídico, da conduta, do resultado e do nexo causal – no conceito de crime o elemento denominado risco permitido.

Essa modificação – inclusão – proposta pela teoria da imputação objetiva, importou em profundas modificações na função do direito penal, pois a partir do momento em que se inclui o elemento risco permitido no conceito de crime, transfere-se a cautela penal dos bens jurídicos materiais para a proteção da vigência da norma.[25] É dizer, não basta a constatação materialística do ilícito, é necessário verificar se a conduta promovida pelo agente superou a barreira de um risco comumente admitido pela sociedade.[26]

Ainda que não se pretenda explorar todas as características dessas teorias, é importante fixar-se conceitos mínimos para que se tenha a noção de como a questão do risco social foi aos poucos sendo trabalhada e implementada nos sistemas criminais.

Jakobs apreende essa tendência, desenvolvendo o tema em seus estudos. Somente a partir da observação dessas conclusões poder-se-á observar a lógica presente no direito penal do inimigo. Compreender essas questões preliminares é a chave para que se compreenda adequadamente o direito penal do inimigo, sua finalidade e objetivos.

25. PEÑARANDA RAMOS, Enrique et al. *Um novo sistema do direito penal.* Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 3: "Em compensação, em seu *Tatado, Jakobs* expõe sua concepção da prevenção geral de forma mais complexa e articulada. A função da pena estatal para garantir as expectativas sociais essenciais se resume em produzir a 'prevenção geral através do exercício no reconhecimento da norma'."

26. CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva*, cit., p. 25.

3. Fundamentos iusfilosóficos do direito penal do inimigo

Entende-se que nas relações sociais há uma margem de risco tolerada pelo direito, na qual determinada conduta, apesar de prevista em lei, não seria punida (seja por ser atípica, seja por estar justificada). Trata-se de uma condescendência do grupo social em relação às ofensas que não afetam a finalidade das normas.

Esse fato, que é tratado por Jakobs na qualidade de filtro aplicável à tipicidade,[27] por Welzel é tratado sob a denominação de teoria da adequação social.[28]

Por outro lado, quando determinada conduta encontra-se vedada pelo ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, gera um risco normalmente não admitido pelo grupo social, surge a necessidade de punição como medida de reafirmar a vigência daquela norma perante o grupo social. O objetivo é reforçar a confiança da sociedade no ordenamento violado,[29] e não mais proteger determinado bem jurídico.

Conforme refere Muñoz Conde, percebe-se claramente que, na busca pelo fortalecimento das expectativas institucionais, "o centro da gravidade da norma jurídico-penal passa da subjetividade do indivíduo para a subjetividade do sistema".[30]

Veja-se, portanto, como a questão social acaba sendo abarcada cada vez mais pelo direito penal, levando-nos ao seguinte raciocínio lógico: se a expectativa social acerca do comportamento dos seus cidadãos é suficientemente vinculativa

27. CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva*, cit., p. 25.

28. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*, cit., p. 60: "A adequação social é de certo modo uma espécie de pauta para os tipos penais: representa o âmbito *normal* da liberdade de atuação social, que lhes serve de base e é considerada (tacitamente) por eles. Por isso ficam também excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas, ainda que possam ser a eles subsumidas – segundo seu conteúdo literal."

29. Concepção da teoria da prevenção geral positiva da pena.

30. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 13.

para afastar a tipicidade de uma conduta, o que impediria que também o fosse para flexibilizar determinadas garantias em delitos que, apesar de tipificados, extrapolam a finalidade da norma?

Inclusive, Meliá refere um direito penal de terceira velocidade,[31] fazendo alusão ao direito penal de duas velocidades de Silva Sánchez. Sinale-se que a situação é a mesma, porém em pólos contrários.

Jakobs, com seu direito penal do inimigo, de forma tácita, admite essa equivalência ao defender a *subjetividade do sistema*. Para ele:

"A pena é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo, significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade."[32]

Para cumprir com essa finalidade da norma, ou seja, a manutenção da ordem social, Jakobs cria dois círculos de direitos, embora aplicáveis em "um só contexto jurídico".[33] O primeiro ambiente jurídico, o direito penal do cidadão, seria aplicável aos delitos cotidianos, enquanto que o segundo, o direito penal do inimigo, seria aplicável aos casos inversos.[34]

Importante é referir, também, que Jakobs não se afasta de seus entendimentos acerca da funcionalidade do direito penal, bem como do papel das penas

31. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 67.

32. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 22.

33. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 21.

34. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 21: "Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do direito penal, mas descrever dois pólos de *um só* mundo ou de mostrar duas tendências opostas em *um só* contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar os demais."

nesse sistema. Segue, pois, desenvolvendo seu raciocínio com base nas filosofias moderna e contemporâneas de Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant e Hegel.

O entendimento em foco parte da tão difundida concepção contratualista de Jean-Jacques Rousseau acerca das organizações sociais. Segundo este, a vontade do Estado representa a vontade geral, ou seja, a sociedade, a qual deve ser imposta sobre as vontades particulares.[35] Sustenta-se que o objetivo do sistema é justamente o de assegurar as liberdades individuais, e não o de aniquilá-las.[36]

Resta evidente que Jakobs inicia a construção de suas idéias baseado nessa premissa, desconsiderando, todavia, o fato de o contratualismo apresentar em seus fundamentos a legitimidade do poder do Estado frente aos *súditos*, e não a legitimidade do Estado frente a justiça natural.[37] E esse fato fica evidenciado nas seguintes palavras de Rousseau:

"Lo que está bien y es conforme al orden, lo es así por la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas. Toda justicia viene de Dios, y Él solo es su fuente; pero si nosotros supiéramos recibirla de tan alto, no tendríamos necesidad ni de gobierno ni de leyes."[38]

É bem verdade que esse fato em nada contraria, ou melhor, até se coaduna, com o entendimento do doutrinador sobre a finalidade funcionalista do direito penal e com a prevenção geral positiva das penas, conforme abordado anteriormente.

A referência que o autor faz às conclusões de Fichte reforça sua concepção contratualista sobre o ordenamento jurídico. Neste ponto, fica evidenciada a distinção que se faz entre os que se vinculam ao Estado, cedendo parcela de sua

35. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material.* Madrid: Aguilar, 1957. p. 155.

36. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p 155.

37. MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Temas de filosofia do direito.* Decisão, argumentação e ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 258.

38. ROUSSEAU apud WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 158.

liberdade em troca de direitos comuns, e aqueles que não se submetem ao contrato, ausentes de personalidade.[39]

Assim, nesse específico contexto, como refere o próprio Jakobs, é até coerente a afirmação de Fichte no sentido de que a execução do criminoso "não [é uma] pena, mas só um instrumento de proteção".[40] Sinale-se, contudo, que, apesar de admitir a coerência de Fichte, Jakobs não acompanha esses entendimentos sem lhe apresentar ressalvas.

Primeiro, porque a separação radical entre os direitos penais do cidadão e os do inimigo é muito abstrata. Segundo, porque o criminoso, em regra, tem o direito de voltar a integrar-se à sociedade. E, terceiro, o delinqüente tem o dever de reparar o dano outrora causado.[41]

Jakobs segue, então, a fundamentação iusfilosófica do direito penal do inimigo, na esteira das idéias apresentadas por Hobbes. Este, em que pese o fato de ser igualmente um contratualista, busca, ao contrário de Rousseau, a fundamentação do direito positivo no direito natural.[42]

Segundo Welzel, Hobbes parte do axioma que o bem supremo do homem é sua própria existência, razão pela qual conclui que "La obligación de obediencia respecto al Estado no dura ni un instante más que el tiempo en que éste tiene la fuerza necesaria para proteger a los ciudadanos".[43] Para Hobbes, também, a boa lei seria aquela que regulasse apenas o necessário para o bem do povo.[44]

39. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 26.

40. FICHTE, Grudlage des Naturrechts nach den Prenzipien der Wissenschafislebrel, em: *Sämtliche Werke*, ed. a cargo de J. H. FICHTE, W. weite Abtheulung. A. Zur Rechts – und Sittenlehre, t. I, s.f., p. 260 apud JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 26.

41. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 26-27.

42. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 145.

43. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 147.

44. HOBBES, apud WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 151: "El bien del pueblo y el bien del soberano no pueden separarse el no del otro."

Todavia, como bem adverte Welzel, Hobbes entra em contradições quando relativiza aquele que deveria ser o bem mais importante (conforme ele próprio elegeu): a vida.[45]

Na realidade, segue Welzel, Hobbes acaba admitindo que esse bem possa ser posto à disposição do Estado, citando os casos de guerra.[46]

Com efeito, chama a atenção o fato de Hobbes sustentar que, em razão do contrato originário de submissão, o poder do Estado é justo e absoluto com relação aos cidadãos, motivo pelo qual ninguém pode atuar injustamente contra ele, sob pena de anular todo o pacto (contrato).[47]

"(...) *Hobbes*, em princípio, mantém o delinqüente em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: 'Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza (...) E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos'."[48]

Jakobs se utiliza desse entendimento, igualmente admitindo que o indivíduo não pode renunciar por si mesmo à sua condição de cidadão, exceto quando, conforme a natureza do delito perpetrado (exemplifica referindo o crime de *alta traição*), este rescinde (contrato) sua submissão ao poder do Estado, recaindo no estado de natureza.[49]

Com esses pressupostos, encerra-se a fundamentação iusfilosófica do direito penal do inimigo no pensamento kantiniano, que amplia a concepção de Hobbes

45. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 153.
46. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 153.
47. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 153-154.
48. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 27.
49. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 27.

para os infratores que permanentemente ameaçam a sociedade,[50] e não somente àqueles que se insurgem contra o Estado.

O pensamento de Kant, por sua vez, ampara-se no fato de que, para ele, o egoísmo, no sentido de busca da própria felicidade, é o que determina a vontade humana,[51] por isso a necessidade de se separar da razão pura (das leis morais) dos fundamentos empíricos e da natureza humana.[52]

"Todo lo que es empírico, no sólo es totalmente inservible como aditamento al principio de la moralidad, sino que es altamente perjudicial a la pureza de las costumbres. [El principio del obrar moral] tiene que estar completamente libre de todo influjo de aquellos fundamentos casuales que sólo puede brindarnos la experiencia."[53]

Essa moralidade pura (que também pode ser entendida como a autonomia humana) referida por Kant seria o único bem ético-material de validade absoluta,[54] o que bem traduz sua concepção sobre o homem ser um fim em si mesmo, e não um mero meio.[55]

Assim, na óptica do filósofo, nos delitos contra a liberdade e propriedade estar-se-ia atentando contra a autonomia de uma determinada pessoa, uma vez que o criminoso estaria utilizando essa como meio para a satisfação de sua vontade.[56]

Igual seria o caso de uma falsa promessa, que acarretaria em um desprendimento da dignidade humana, já que o homem que não acredita no que fala possui "valor aún menor que una cosa".[57]

50. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 30.
51. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 215.
52. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 214.
53. KANT, Immanuel. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, p. 56, apud em WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 215-216.
54. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 218.
55. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 218.
56. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 219.
57. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 219.

O mesmo pensamento é aplicado pelo autor nos casos de suicídio, entendendo que ao por fim à sua própria vida, o sujeito estaria exterminando a moralidade em sua existência. Logo, estaria denegrindo a humanidade em sua pessoa.[58]

A grande questão que se enfrenta, lembra Welzel, é: seria lícito ao indivíduo lançar-se à morte em favor da pátria? Pois, como visto, estar-se-ia colocando o cidadão como meio e não como um fim em si mesmo.[59]

Nesse ponto, ainda conforme Welzel, Kant repete o equívoco que por ele antes era criticado no direito natural: "poner al hombre empírico en el lugar de la persona moral, introduciendo así, de nuevo, la antropología en la ética".[60]

Welzel, por fim, chega à conclusão de que a *humanidade* (liberdade moral) de um homem não pode ser utilizada como meio, mas somente sua liberdade externa. Assim, "sólo la persona misma puede destruir la 'Humanidad en ella misma'".[61]

Jakobs também chega à mesma conclusão, mas deixando claro que isso não ocorre em qualquer tipo de delito.

Para o jurista, nenhum Estado sucumbiria a atos que evidentemente não atentam contra sua própria estrutura ou, ainda, cujo dano não represente mais que um deslize reparável em uma comunidade ordenada.[62] Nesse ponto, afasta-se também o autor do contratualismo estrito de Rousseau e Fichte (conforme fundamentos anteriormente tratados), afirmando que nesses casos basta a aplicação da pena, na sua finalidade preventiva geral positiva, mantendo-se seu *status* de cidadão.[63]

Diferente seria, todavia, no caso em que – recorde-se a conclusão de Welzel sobre a *Liberdade Moral* de Kant – determinado indivíduo, em razão de seu

58. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 219.
59. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 220.
60. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 220.
61. WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, cit., p. 221.
62. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 32.
63. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 32-33.

comportamento, afasta-se de forma duradoura do ordenamento jurídico[64] (*v.g.* terrorismo, crime organizado, crimes econômicos etc.). Nesses casos, a compensação do dano cede lugar à necessidade de "eliminação de um perigo".[65]

Com fulcro nessas constatações, Jakobs encontra toda a propriedade para afirmar categoricamente que:

"Denomina-se *Direito* o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo direito, mas pela coação. No entanto, todo direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do direito penal. Em conseqüência, poder-se-ia argumentar que qualquer pena, ou inclusive, qualquer legítima defesa se dirige contra um inimigo."[66]

E o leva à conclusão de que:

"O direito penal do cidadão é o direito de todos, o direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só a coação física, até chegar à guerra. (...) O direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o direito das medidas de segurança) combate perigos; (...)."[67]

Jakobs delimita, assim, com riqueza de argumentos, as duas esferas de atuação do direito penal: a do cidadão e a do inimigo. A primeira, com vista a ratificar a vigência da norma perante o grupo social, mantendo-se a expectativa acerca do ordenamento jurídico, em que pese o fato de ter sido violado. E a segunda, com o objetivo de afastar o perigo, ou seja, "dirigido à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos".[68]

64. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 35.
65. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 35.
66. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 25.
67. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 30.
68. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 36.

4. Finalidades do direito penal do inimigo e finalidades do direito penal. Aspectos críticos da teoria

Consoante aspectos já analisados, sustenta-se que o Estado poderia agir de dois modos completamente distintos com relação aos delinqüentes. Poderia tratá-los ou como cidadãos que incorreram em um erro, passíveis de emenda, ou então como "indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação".[69]

A partir dessa constatação já se deduz, então, qual seria a finalidade precípua do direito penal do inimigo.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o direito penal do inimigo, desconsiderando-se as contrariedades internas da teoria – objeto de abordagem do tópico seguinte – é uma proposta voltada a impedir a *destruição* do ordenamento jurídico (concepção funcionalista) e, conseqüentemente, da sociedade.[70] É uma teoria concebida como resposta à criminalidade que, em razão do seu teor ofensivo, põe em risco as estruturas sociais.

Nas palavras de Prittwitz:

"*Direito penal do inimigo* é um direito penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos. Em que isso se faz visível? Primeiramente, tomando-se a lei concretamente – o Código Penal e a legislação processual penal, o que se vê é que, onde se trata da punição de inimigos, se pune antes e de forma mais rígida; o ponto de vista do direito material, a liberdade do

69. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 42.

70. PEÑARENDA RAMOS, Enrique et al. *Um novo sistema do direito penal*, cit., p. 1: "Na concepção de *Jakobs*, o direito penal obtém sua legitimação material de sua necessidade para garantir a vigência das expectativas normativas essenciais (aquelas de que depende a própria configuração ou identidade da sociedade) diante das condutas que expressam uma regra de comportamento incompatível com a norma correspondente e colocam nesta, portanto, uma questão como modelo geral de orientação no contato social."

cidadão de agir e (principalmente) de pensar é restringida; ao mesmo tempo, subtraem-se direitos processuais ao inimigo."[71]

Justamente por isso, Jakobs afirma que a "função manifesta da pena no direito penal do cidadão é a contradição"[72] – conforme teoria da prevenção geral positiva, defendida pelo doutrinador – enquanto que a função do direito penal do inimigo é "a eliminação de um perigo".[73]

Abstraindo-se o evidente caráter de inocuização, Jakobs também atribui à sua teoria a finalidade de sistematizar uma tendência de expansão do direito penal, comum às sociedades pós-industriais. Tanto é assim, que afirma taxativamente que "um direito penal do inimigo implica, pelo menos, um comportamento desenvolvido com base em regras, ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva".[74]

Jakobs demonstra muito bem essa realidade, citando os casos de terrorismo:

"Nesse contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa (§§ 31 e ss. EGGVG)."[75]

É também com profunda coerência que o autor observa que no próprio direito penal é possível constatar:

"uma clara coação, sobretudo na prisão preventiva (§§ 112, 112a StPO); do mesmo modo que a custódia de segurança, a prisão preventiva também nada significa para o imputado, mas frente a ele se esgota numa coação física. (...) Esta coação não se dirige contra a pessoa em direito – esta nem se oculta provas

71. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo, cit., p. 41-42.

72. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 49.

73. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 49.

74. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 22.

75. *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Lei de introdução à Lei de Organização dos Órgãos Judiciais. JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 40.

nem foge – mas contra o indivíduo, quem com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo."[76]

Jakobs busca demonstrar com seus exemplos que sua teoria trata de uma sistematização da realidade, de uma tendência, aplicada inclusive já há muitos anos. Por essa razão, após o desenvolvimento de todo o raciocínio, conclui o doutrinador que "um direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o direito penal com fragmentos de regulações próprias do direito penal do inimigo".[77]

Essa sistematização, ou *delimitação* – para usar a expressão do jurista – viria sob a forma de um adiantamento das barreiras de punibilidade, aumento das penas cominadas e relativização ou até mesmo supressão de determinadas garantias.[78]

Considerando aplicáveis tais medidas, e esse fato chama especial atenção, Jakobs procura relacionar seu direito penal do inimigo com o estado de guerra. Esse ponto fica muito evidente quando o autor sustenta que: "O direito penal do cidadão é o direito de todos, o direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra".[79]

Com efeito, diante dos fatores sociais já analisados, bem como dos elementos que compõem a doutrina em foco, "torna-se cada vez mais difícil e cada vez menos distinguível [o direito penal do inimigo] da guerra civil e da guerra em si".[80]

Por essa razão, questiona-se a legitimidade da proposta de Jakobs, frente aos objetivos que norteiam o direito como um meio de controle social.

76. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 40.

77. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 49-50.

78. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 67.

79. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 30.

80. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo, cit., p. 33.

A fim de responder a questão proposta, deve-se voltar novamente às bases dogmáticas do direito penal, no intuito de identificar qual a efetiva finalidade deste.

É evidente que o direito penal tem uma finalidade genérica de proteção,[81] sendo polêmica a discussão se esta finalidade seria de proteção a determinados bens jurídicos, ou então do ordenamento em si. O assunto, na presente investigação, foi abordado quando se tratou acerca da concepção funcionalista a qual se filia Jakobs, não havendo motivo para se repisar os argumentos.

Basta, na presente análise, a identificação da finalidade genérica do direito penal, uma vez que, conforme concepção de Jakobs, o direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão atuam em "um só contexto jurídico-penal".[82] Logo, o direito penal seria o gênero, enquanto que as duas possibilidades de aplicação, as espécies.

O direito penal, como ciência que trabalha para satisfazer as necessidades da administração da justiça,[83] funciona, nas palavras de Muñoz Conde:

"Protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, a los individuos para que se abstengan de dañar esas condiciones elementales. La norma penal tiene, por tanto, una doble función: protectora y motivadora. *Protección y motivación*, o mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal. La protección supone la motivación puede evitar determinados resultados, puede alcanzarse la protección de las condiciones elementales de convivencia."[84]

81. GUIRAO, Rafael Alcácer. *Los fines del derecho penal*. Una aproximación desde la filosofía política. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 19.

82. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*, cit., p. 21.

83. LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Madrid: Reus, 1999. p. 6.

84. MUÑOZ CONDE, Francisco; ARAN, Mercedes Garcia. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 58.

Ainda que não se pretenda aprofundar o assunto, é importante deixar registrado que, apesar do fato de a teoria em estudo ter sido concebida a partir do funcionalismo, e de Jakobs defender a função preventiva geral positiva da pena, o direito penal do inimigo, na verdade, volta-se, ao final, para a concepção de prevenção especial negativa da pena.

Isso, pois, no que tange às teorias das finalidades das penas, a função de prevenção especial negativa caracteriza-se por propor a inocuização do indivíduo, seja pela morte, seja pelo enclausuramento.[85]

Tal finalidade converge com a finalidade do próprio direito penal do inimigo, ainda mais considerando que para a teoria da prevenção especial negativa "o criminoso é visto como uma verdadeira ameaça à ordem social, é o inimigo da sociedade. Entende-se que o fato por ele praticado não comportaria sequer uma retribuição do mal causado".[86]

A semelhança é tão manifesta que o seguinte trecho, de Bustos Ramírez, acerca das teorias da prevenção especial, poderia muito bem integrar qualquer texto de análise sobre o direito penal do inimigo.

"Para la prevención especial la retribución resulta inadecuada, pues parte de un ser libre e igual por naturaleza, y eso es falso, pues los hombres no son libres y el delincuente tampoco es igual a un ser social, ya que está determinado al delito, es un anormal, es un peligroso social (ya decía Ferri que 'desde el punto de vista natural [o social] sólo pueden ser delincuentes los que son anormales' [p. 194]). El criminal aparece determinado al delito, luego intrínsicamente perverso en razõn de su naturaleza antropológica, biológica o social. La sociedad tiene entonces que defenderse contra él (Defensa Social o bien Nueva Defensa Social), para lo cual es

85. MORAES, Vinicius Borges de. As teorias da finalidade da pena e o respeito às garantias fundamentais, cit., p. 112.

86. MORAES, Vinicius Borges de. As teorias da finalidade da pena e o respeito às garantias fundamentais, cit., p. 112.

necesario corregirlo o separarlo completamente de la sociedad. Se trata entonces de llevar a cabo una defensa social contra os enemigos de la sociedad."[87]

Disso se conclui, então, que o direito penal do inimigo, em que pese o fato de ter sido arquitetado a partir da concepção funcionalista e, portanto, de prevenção geral positiva, no sentido de confirmação da vigência das normas como forma de se manter a coesão social, sua finalidade será a de prevenção especial, na modalidade negativa.

5. Conclusão

Após o breve estudo sobre os elementos que definem o chamado direito penal do inimigo, chega-se a conclusão de que este, na forma em que atualmente é proposto, apresenta grave contrariedade com as finalidades do direito penal, em especial ao modelo aplicável em um Estado Democrático de Direito.

Conforme foi tratado, Jakobs inicia sua trajetória à luz dos ensinamentos de Welzel, o qual afirmava que o ordenamento jurídico possibilita a criação de uma ordem social, na medida em que prevê as condutas que a agridem. Jakobs também vincula seus argumentos ao caráter social do ordenamento jurídico, demonstrando que o caráter punitivo do direito penal tem como função manter a previsibilidade das relações sociais. Isso ocorreu de forma tal que a lei positivada não mais compreenderia a finalidade social da norma, mas sim um elemento externo, denominado risco social.

Jakobs distingue dois círculos de direitos aplicáveis em um só contexto jurídico: o primeiro, o direito penal do cidadão, restrito aos delitos cotidianos; e o segundo, o direito penal do inimigo, aplicável aos casos inversos. A idéia encontra suporte na concepção contratualista de Jean-Jacques Rousseau acerca

87. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal español* – Parte general. Barcelona: Ariel, 1984. p. 32.

das organizações sociais, em que a vontade do Estado representa a vontade geral, assegurando as liberdades individuais.

Buscando amparo nos argumentos de Fichte, Jakobs reforça a concepção contratualista sobre o ordenamento jurídico e evidencia a distinção entre aqueles que se vinculam ao Estado e os que não se submetem ao contrato social; estes últimos, considerados seres ausentes de personalidade. Em sendo muito radical a concepção de Fichte, Jakobs volta-se às idéias apresentadas por Hobbes, para quem o bem supremo do homem é sua própria existência, e a boa lei seria aquela que regulasse apenas o necessário para o bem do povo, admitindo, contudo, que este bem possa ser posto à disposição do Estado.

Em Kant, Jakobs amplia a concepção de Hobbes para os infratores que permanentemente ameaçam a sociedade, e não somente àqueles que se insurgem contra o Estado.

Importante lembrar, também, que o direito penal do inimigo, apesar de possuir raízes numa concepção funcionalista e, portanto, de prevenção geral positiva, sua finalidade será a de prevenção especial, na modalidade negativa, pois busca a eliminação de perigos. Consequentemente, se os instrumentos coercitivos não têm como objetivo prevenir as condutas tidas como indesejáveis, então seria possível afirmar que carecem de finalidade social e, portanto, são ilegítimos.

Diante de todos esses fatos, expostos os principais argumentos iusfilosóficos da teoria de Jakobs, é possível afirmar que o direito penal do inimigo apresenta contrariedades que, *a priori*, não conferem o suporte necessário à doutrina. Nos moldes em que foi proposto, o direito penal do inimigo, além de não cumprir a finalidade das normas penais, é suscetível de desencadear graves injustiças, em face da subjetividade presente no sistema.

6. Bibliografia

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo *vs.* derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. *RBCCrim*: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov.-dez. 2004.

BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BUERGO, Blanca Mendonza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal español* – Parte general. Barcelona: Ariel, 1984.

CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva*. Lavagem de dinheiro e outros temas do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

GUIRAO, Rafael Alcácer. *Los fines del derecho penal*. Una aproximación desde la filosofía política. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: _____. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís et al. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís et al. *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Madrid: Reus, 1999.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Derecho penal*. Introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Temas de filosofia do direito*. Decisão, argumentação e ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

MORAES, Vinicius Borges de. As teorias da finalidade da pena e o respeito às garantias fundamentais. *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, ano 6, n. 11. Porto Alegre: Ceip – Centro de Estudos Ibero-americano de Ciências Penais; Escola Superior do Ministério Público, jan.-jun. 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____; ARAN, Mercedes Garcia. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

PEÑARENDA RAMOS, Enrique et al. *Um novo sistema do direito penal*. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *RBCCrim*: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr. 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001.

WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*. Madrid: Aguilar, 1957.

_____. *O novo sistema jurídico-penal*: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O debate sobre a descriminalização do aborto: aspectos penais e constitucionais

Anelise Tessaro
Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.
Advogada.

Resumo: Partindo do pressuposto que o direito à vida não possui caráter absoluto e axiológico superior aos demais direitos fundamentais, e considerando ser o princípio da dignidade humana o vetor de interpretação na otimização destes direitos, legitima-se a realização do aborto, desde que fundamentado num sistema que combine prazo e indicações. Desse modo, a conduta não seria punível durante as doze primeiras semanas de gestação, sendo que, após esse período, a licitude do aborto estaria condicionada a presença das causas específicas de justificação, ou melhor, indicações.

Palavras-chave: Aborto – Direito à vida – Bem jurídico-penal – Direitos reprodutivos – Anomalia incompatível com a vida – Atipicidade – Anencefalia – Transplantes – Descriminalização.

Abstract: Assuming that the right to life does not have an absolute character and is not the highest value above other human rights, and considering that the principle of human dignity should be the basis for the interpretation of these rights, abortion should be legalized provided that it is based on a system that combines deadline and recommendations. Accordingly, the conduct would not be punished during the first twelve weeks of pregnancy. After this, the legality of abortion would be conditional under the presence of specific recommendation.

Keywords: The right to life – Criminal legal property – Reproduction rights – Anomalies incompatible to life – Anencephaly – Transplantations – Prejudice.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. Teorias sobre o início da vida humana: 2.1 Perspectiva concepcional; 2.2 Perspectiva biológico-evolutiva; 2.3 Perspectiva relacional – 3. A tutela jurídica da vida humana – 4. Aborto e direitos fundamentais – 5. Sistema de prazo e indicações como alternativa para descriminalizar o aborto – 6. Aborto por anomalia fetal incompatível com a vida: atipicidade penal ou excludente de ilicitude? – 7. A questão da anencefalia e os transplantes – 8. Considerações finais.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo penal

1. Considerações iniciais

O Brasil integra o grupo de países que possui uma legislação restritiva ao aborto e que, na sua totalidade, representam 40% dos países do mundo. Entretanto, esta restrição não impede que, segundo estimativas da Rede Feminista da Saúde, tenham sido realizados entre 238.000 e 1.008.000 de abortos ilegais e de risco, no período de 1999 à 2002. Objetivamente, as complicações decorrentes de um procedimento de aborto representam a terceira causa de mortalidade materna no Brasil e o segundo procedimento obstétrico mais realizado em hospitais, somente cedendo lugar aos partos. Ao lado disso, o país já gasta vultosos recursos com os abortamentos legais e primeiro atendimento das complicações advindas dos procedimentos realizados de forma clandestinas, uma vez que, segundo informações do Ministério da Saúde (Datasus), são 238 mil internações por ano, a um custo médio unitário de R$ 125,00, totalizando a cifra de R$ 29,7 milhões de reais.

Ainda que a fonte destes dados seja a própria base de dados do Sistema Único de Saúde, a realidade do aborto clandestino é muito superior. Estimativas sugerem a realização de 700 mil a 1 milhão de abortos clandestinos por ano no país. A disparidade com os dados já referidos justifica-se, de certa forma, pelo registro no sistema somente referir a complicação advinda do abortamento (por exemplo, uma hemorragia). Da mesma forma, a impossibilidade de incluir os procedimentos realizados por mulheres que gozam de melhor

condição sócio-econômica e recorrem à clínicas privadas, contribui, também, para o aumento da chamada 'cifra negra' do aborto.

Visando minorar as conseqüências decorrentes do aborto clandestino e inseguro (*v.g.* perfuração de útero, hemorragia e infecção, que podem acarretar diferentes graus de lesão à saúde, seqüelas e morte), faz-se necessária e urgente uma adequação da lei penal à situação social apresentada, permitindo que o problema da interrupção da gravidez, incluindo-se a gestação de feto com malformação grave e incurável, seja tratado pela mulher de forma consciente e esclarecida, conferindo-se à ela o direito ao livre exercício da maternidade.

2. Teorias sobre o início da vida humana

Os novos recursos de diagnóstico pré-natal e o advento das técnicas de reprodução assistida trouxeram novo fôlego para as discussões sobre o momento em que se deve considerar existente a vida humana, inclusive no que se refere a sua proteção jurídico-penal. Isso porque, no que concerne ao diagnóstico pré-natal, atualmente é possível conhecer detalhadamente as etapas do desenvolvimento embrionário e fetal, inclusive com a detecção de anomalias que comprometam sua viabilidade extra-uterina. No tocante as técnicas de reprodução assistida, a sua principal contribuição para a discussão é o fato de ter desvinculado a fecundação da gestação, porquanto aquela pode ser realizada em laboratório e o embrião permanecer criopreservado por tempo indeterminado, até que seja implantado no organismo materno.

Nesse contexto, surgem muitos questionamentos de ordem biológica, os quais tampouco a ciência possui resposta satisfatória. Seria a vida um processo puramente biológico? Já existe um novo ser humano no zigoto? O embrião não implantado, produzido em laboratório, possui vida? Ou a vida humana tem seu início com a atividade cerebral? Ou, ao invés disso, afastando-se dos critérios

puramente biológicos, a vida humana só seria reconhecível quando a mulher, por ato de vontade, confere ao embrião a qualidade de pessoa?

Até o momento, não existe consenso na ciência, filosofia ou religião, sobre qual o momento em que se inicia a vida. Destacam-se algumas posições majoritárias, tais como a fecundação, nidação ou o início da atividade cerebral, entretanto, todas elas são passíveis de questionamentos, traduzindo-se, não raras vezes, num debate apaixonado baseado mais num ato de fé do que na razão. Com este propósito, nos tópicos seguintes, destacam-se as principais teorias sobre o início da vida humana.

2.1 Perspectiva concepcional

Os adeptos desta teoria acreditam que a vida humana é um processo instantâneo, a qual se inicia no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dando origem a uma realidade genética autônoma e diversa, qual seja, o zigoto. Esta perspectiva possui como principal argumento a potencialidade, ou seja, o fato do zigoto (ovo) trazer consigo a "capacidade de realizar seu destino humano", que se desenvolverá em fases sucessivas. Segundo este entendimento, "não é a forma semelhante à de um adulto, ou o fato de já haver ocorrido ou não a instalação de órgãos e funções, que deve prevalecer na decisão de humanidade de um indivíduo, mas sim a constatação de sua capacidade de produzir-se a si mesmo."[1]

No entanto, com relação a presença do código genético humano, isso não é uma particularidade exclusiva do zigoto, uma vez que qualquer célula do ser humano contém o patrimônio genético completo e individualizado de seu portador, sem que isso torne tal célula valiosa por si mesma. Ou seja, a única coisa que o argumento do código genético pode demonstrar é apenas a capacidade do embrião para ser pessoa no futuro. E sob esse ângulo, o zigoto não possui toda

1. Minahim, 2005, p. 86.

a informação genética para desencadear a embriogênese e vir a se tornar um ser humano, visto que seu potencial de capacidade informativa é adquirido com o tempo por interação de outras moléculas e sobretudo, com o intercâmbio de informações com a própria mãe.[2]

Outrossim, o embrião pode se dividir em dois ou mais embriões (gêmeos monozigóticos) até sua implantação na parede uterina, colocando em xeque esta teoria, uma vez que não é admissível que uma vida humana se divida em outras vidas igualmente humanas. Isso sem levar em consideração o fato da grande probabilidade deste embrião não passar de um amontoado de células, não conseguindo sequer alcançar a parede uterina. Estudos sobre o desenvolvimento embrionário revelam que 50% dos óvulos fecundados são abortados espontaneamente, antes da sua implantação na parede uterina, o que demonstra a instabilidade do embrião e o caráter seletivo destes abortos, uma vez que comprovado que grande parte desses embriões eram portadores de graves patologias cromossômicas ou congênitas.

Em outras palavras, afirmar que na simples união dos gametas reside a potencialidade para o novo ser, ignora o fato de grande parte dos zigotos estão destinados ao fracasso, porquanto o diagnóstico da gravidez é sempre retroativo. Não há como saber se houve uma concepção frutífera no momento da fecundação, só podendo "ser reconhecido *a posteriori* quando se detecta os sinais de uma gravidez viável, de modo que o começo concepcional da vida somente ocorre por inferência *post factum* e é, sempre, um começo virtual."[3]

Ao lado disso, sob o argumento de que o ente potencial não tem valor em si, porquanto alberga a promessa de vir a ser valioso, Kottow faz um comparativo entre a idéia de potencialidade e a arte, concluindo que referido argumento "não tem solidez a menos que seja contextualizada, pois um pigmento, uma porção de argila ou um bloco de mármore podem chegar a ser uma obra de arte única, mas

2. Romeo Casabona, 1994, p. 149.
3. Kottow, 2001, p. 27.

isso não converte esses materiais em arte potencial", concluindo que tanto o zigoto como esses materiais possuem "valor porque potencialmente podem chegar a ser algo valioso, mas esse valor potencial não possui o mesmo status axiológico que aquilo que eventualmente será."[4]

De fato, defender que a vida se inicia com a concepção equivale a um ato de fé, que não possui amparo no conhecimento científico atual. Isso porque "a vida não começa num momento determinado, por assim dizer mágico, pois, em verdade, é um processo contínuo que provém da noite dos tempos e se dirige para o futuro."[5]

2.2 Perspectiva biológico-evolutiva

A segunda teoria sobre o início da vida defende que esta se inicia com o aparecimento de sinais morfológicos do embrião ou a partir de um momento determinado do processo de gestação. Desse modo, foram propostos os seguintes critérios para o início da vida humana: nidação/individualização, surgimento da crista neural, mobilidade fetal, viabilidade extra-uterina, nascimento e, por fim, a aquisição de capacidade racional na infância.

A nidação ocorre no décimo quarto dia após a fecundação, com a implantação do embrião na parede uterina. Este é o momento em que o embrião se individualiza. Contudo, não se pode concluir que, em razão de se tratar de um organismo dotado de unidade e unicidade, este já exista possua vida humana. Isso porque a nidação é um estágio obrigatório e não suficiente de per si no processo biológico para o desenvolvimento humano. Logo, os que assim pensam, "confundem vida humana com o processo biológico animal e vêem, em qualquer fenômeno biológico, a própria vida humana."[6]

4. Kottow, op. cit., p. 28.
5. Franco, op.cit., p. 28.
6. Garcia-Velasco, J. L. apud Franco, op.cit. p. 41.

Do mesmo modo, entender que a formação do tubo neural corresponde ao marco inicial da vida humana reproduz a mesma falácia. De acordo com Minahim, conferir humanidade ao embrião a partir da formação do tubo neural é questionado pelos humanistas, os quais indagam o motivo da escolha deste limite para definir a existência do ser humano. Qual a razão da escolha, ao invés de outro critério, como no "décimo terceiro ou décimo quarto dia, quando aparece a linha primitiva que se cava para formar o canal, ou o décimo oitavo dia, quando começam os movimentos celulares que resultam na placa neural?"[7] Acredita-se que a definição do décimo quinto dia, ou seja, quando ocorre a formação do tubo neural, é devido a adoção do critério morfológico, uma vez que "a partir do décimo quinto dia, associa-se, àquele fenômeno do canal primitivo, um primeiro esboçamento dos principais órgãos. O embrião inicia, então, sua trajetória para tornar-se feto, assemelhando-se a um bebê."[8]

Por fim, outro momento que é destacado dentre os que defendem a humanização a partir de uma perspectiva biológico-evolutiva é o início da atividade cerebral. Segundo esta teoria, no terceiro mês de gravidez, com a constituição dos hemisférios cerebrais, já é possível fazer a distinção entre um organismo vivo humano dos demais primatas. O início da atividade cerebral, ao nível cortical superior, seria o sinal distintivo do puramente animal, sendo a partir deste momento considerado um processo biológico que pode vir a se tornar uma vida humana independente.

Destarte, a atividade elétrica do encéfalo, ao estabelecer os primeiros níveis de comunicação que dão identidade à pessoa, provoca uma mudança qualitativa no processo puramente biológico da vida. Assim, o registro desses sinais revelaria o aparecimento da pessoa.

7. Minahim, 2005, p. 84.
8. Idem. Ibidem.

Neste contexto, fazendo um paralelo com o critério de morte, fala-se em 'pólos do fluir vital', ou seja, de um lado, o despertar cerebral e, de outro, o silêncio cerebral. Se o momento de cessação da atividade cortical superior marca o findar da vida humana, "'não parece haver razão suficiente para não adotar igual posicionamento para considerar que, embora em formação, a vida humana já começou.' Deste modo, em sentido inverso, o início da atividade cerebral teria o significado do principiar da 'humanidade' de um ser vivo."[9]

Entretanto, a questão toma novos rumos se colocada em xeque a validade do critério da morte cerebral, adotando-se, em substituição, o critério da morte neo-cortical. Isso porque, neste caso, privilegiam-se outros aspectos da vida (v.g. relacionais) como expressão da identidade da pessoa, em detrimento do fator estritamente biológico. Criticando a tese defendida pelos adeptos da perspectiva biológico-evolutiva, Kottow afirma que aqui se comete a mesma falácia naturalista presente na visão concepcional, porquanto se vale de dados empíricos para fundamentar valorações éticas. "É evidente que se existem tantos critérios possíveis, nenhum deles possui mais solidez conceitual que outro e não poderá ser usado para estabelecer diferenças de status moral entre antes e depois da etapa do desenvolvimento escolhida."[10]

Em conclusão, a postura evolutiva não sincroniza o começo da vida humana com o da pessoa, mas ao determinar que a personalidade aparece durante o desenvolvimento do ser humano, cai na falácia de enfatizar uma diferença de status moral entre ser humano e pessoa. Ao lado disso, ao atribuir status moral de acordo com determinada etapa de desenvolvimento por ela escolhida arbitrariamente, a perspectiva evolutiva não se preocupa em trazer argumentos convincentes para afirmar que a aparição da crista neural seja um sinal mais valioso de humanidade que algum outro aspecto do desenvolvimento embrionário ou fetal, e "sobretudo,

9. Franco, 2006, p. 42.
10. Kottow, 2001, p. 31.

não justifica conceder as pessoas um valor moral superior que os seres humanos de racionalidade deficiente."[11]

2.3 Perspectiva relacional

Desvincular o desenvolvimento biológico do embrião, seja a partir da sua concepção como por meio da eleição de determinada etapa no processo evolutivo é a premissa básica para estabelecer um conceito de começo da vida humana, tendo em vista que os achados científicos demonstram ser a mesma um processo biológico no sentido de vir a ser, agregando-se ao embrião/feto saltos qualitativos a cada etapa biológica desenvolvida.

Bem por isso, para escapar dessa situação de difícil deslinde, cuja tônica do discurso são os argumentos carregados de fortes convicções morais, necessário é que se aparte tanto a visão estritamente concepcional, bem como àquela postura baseada na eleição de etapas no desenvolvimento embrionário, de modo que assim se alcance um conceito de começo de vida fundamentado em premissas mais amplas e que não esteja vinculado à interpretação moral de critérios puramente biológicos, como os acima mencionados.

Ademais, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, cujo caráter laico constitui um de seus principais pilares, de forma que não deve estar subordinado a nenhuma religião, é inadmissível que posturas morais ou religiosas figurem como norte de suas ações e políticas públicas. Não é lícito ao Estado impor obediência a uma fé religiosa que não corresponda àquela escolhida pelo cidadão. "Estado e Religião estão, portanto, totalmente apartados por um muro que 'favorece a igualdade entre os crentes e os não-crentes, entre santos e libertinos, entre os redimidos e os condenados: todos são igualmente cidadãos e possuem o mesmo conjunto de direitos constitucionais'." De fato, transpor esse muro significa

11. Kottow, 2001, p. 32.

"mesclar dimensões que não têm um processo tranqüilo de acomodação e correr o risco da própria tirania na medida em que se objetiva impor aos não-crentes os parâmetros de conduta religiosa própria dos crentes."[12]

A conseqüência do ora referido é que a definição de vida humana não reside nem no zigoto e muito menos pode ser reconhecida na escolha isolada de determinada etapa do desenvolvimento embrionário. Afirma-se, desse modo, que o inicio da vida humana somente ocorre com o estabelecimento do vínculo relacional entre mãe e filho, quando a gravidez passa "a ser um estado desejado pela mãe e esta se desdobra em seu sentir e reflexão, dando origem em seu ventre a um ser que tem um nome e um futuro."[13]

Com este propósito, a perspectiva relacional coloca a mulher como figura determinante no seu processo reprodutivo, retirando-o do âmbito puramente biológico. Nesse sentido, afirmando que a aceitação do início de uma vida humana não deve ser um feito biológico radicado exclusivamente no zigoto, Kottow acrescenta que a mulher deve também constituir uma "potencialidade necessária para a gestação do ser humano", sem que dependa da presença deste zigoto, e sim da "aceitação da mulher em assumir a potencialidade de ser mãe."[14]

Essa teoria é avalizada pelos dados sociológicos, os quais demonstram o elevado número de abortos realizados mundialmente, somando-se os procedimentos realizados em países cuja prática é legalizada com os abortos clandestinos, no caso de países cuja prática é ilegal. Tanto num caso, como noutro, a mulher está exercendo seu papel no processo reprodutivo, assumindo ou não a potencialidade

12. Franco, 2006, p. 46.

13. Kottow, 2001, p. 31. Nesse sentido, Maria José Rosado-Nunes (2006 b, p. 1-2) afirma que "trazer à vida um novo ser deve ser um ato plenamente humano, isto é, pensado, refletido. (...) A gravidez humana é uma experiência *sui generis*. Supõe reciprocidade, recriação de desejos e não apenas a satisfação de necessidades, sociais ou biológicas."

14. Kottow, 2001, p. 33.

de ser mãe, gestando o novo ser, ou procurando a interrupção da gestação, caso desista.

Segundo Kottow, para a perspectiva relacional, com o fim de conferir vida humana ao embrião, a relação que se origina a partir da aceitação da mulher como mãe pressupõe duas condições: a consciência da mulher de estar grávida e posteriormente, a aceitação dessa condição. Em outras palavras, essa teoria pretende afirmar a reprodução humana como escolha, de forma que a continuidade de uma gravidez não signifique um fato puramente biológico, respeitando a autonomia da mulher – mãe em potencial – ao mesmo tempo que garante idêntico respeito ao compromisso ético assumido numa relação mãe/filho. Assumir a maternidade deve ser um ato decisivo, muito além de um simples evento natural, de contingência, inconsciente, inquestionado e eventualmente indesejado. Em síntese, deve representar a gestação amorosa de uma nova pessoa.

Se a diferença entre o homem e as demais espécies reside na sua consciência de si próprio, racionalidade, liberdade, responsabilidade, capacidade de expressar sentimentos e palavras, representa um contra-senso considerar o processo reprodutivo como um ato puramente biológico. Conferir esse tratamento às mulheres, retirando-lhes por completo o poder de escolha ante a continuidade ou não de uma gestação, significa desqualificá-las enquanto espécie do gênero humano, porquanto a reprodução, nesse caso, deixa de ser um ato racional. Em outras palavras, equivale ao tratamento dispensado aos animais, uma vez que se torna inquestionável o dever da mulher levar adiante a gestação de um novo ser.

No mesmo sentido, Ferrajoli defende que a procriação não é só um fato biológico, mas também, um ato moral de vontade. Segundo este autor, "é precisamente este ato de vontade, em virtude do qual a mãe encara o feto como pessoa, que segundo esta tese, lhe confere o valor de pessoa: que cria a pessoa." Para tanto, o nascimento da pessoa é antecipado para antes do parto, desde que esteja claro que essa pessoa "está de certa forma ligada ao ato com o qual a mulher se encara e se deseja como mãe e encara e deseja o feto como 'nascido'." Acrescenta que

"segundo este ponto de vista moral, a procriação é realmente um ato criativo, como o *fiat lux:* fruto não só de um processo biológico, mas também de um ato de consciência e vontade. Com ela, a mãe não dá só o corpo, mas também forma de pessoa o nascituro, pensando-o como filho." Dito de outra forma, "se é verdade que, para nascer, o embrião precisa da (decisão da) mãe, então essa decisão muda a sua natureza, fazendo dele uma (futura) pessoa. A sua qualidade de 'pessoa' é, em suma, decidida pela mãe, ou seja pelo sujeito que é capaz de o fazer nascer como tal."[15]

Kottow assevera que esse conceito relacional do início da vida humana não dista muito do adotado em alguns países que despenalizaram a interrupção voluntária da gravidez. Isso porque, como condição para a realização desse procedimento, faz-se necessária uma prévia assessoria de esclarecimento e convencimento para que, então, a mulher decida informadamente se assume a gravidez ou insiste na decisão de abortar.[16]

A crítica sobre esta perspectiva que define o começo da vida humana a partir do compromisso relacional mãe/filho reside no fato de não estar fixado, no tempo, o momento em que deve ser exercido o ato de vontade da mãe assumindo o projeto existencial do filho. Contudo, como enfatiza Ferrajoli, à exemplo das legislações que adotaram a solução de prazo para regulamentar a interrupção voluntária da gravidez, três meses a partir da concepção bastam para que a mãe atribua ao filho a qualidade de pessoa. Não que esses três meses signifiquem algo no plano biológico, "mas apenas porque representam o tempo necessário e suficiente para permitir a mulher tomar uma decisão: para consentir o exercício da liberdade de consciência, ou seja, a autodeterminação moral da mulher e também a sua dignidade como pessoa."[17]

15. Ferrajoli, 2003, p. 16.
16. Kottow, 2001, p. 34.
17. Ferrajoli, 2003, p. 15.

Em conclusão, a postura relacional não tem a menor intenção de negar as implicações morais das decisões reprodutivas. Ao contrário, ao descrever o estabelecimento do vínculo mãe/filho como um processo relacional voluntariamente assumido, esta sendo privilegiado o mais pleno valor ético que tal decisão merece, além de reconhecer que o aborto voluntário é sempre uma decisão moral e psicologicamente dolorosa, a qual ninguém assume gratuitamente, pelo que é motivada por motivos relevantes e de peso. "O que a perspectiva relacional pretende é resgatar que a aceitação de gestar um novo ser humano seja produto do desejo e de uma decisão consciente, e não ocorra por imposição de valores que os afetados talvez não compartilhem."[18]

3. A tutela jurídica da vida humana

Não há como discutir o direito à legalização do aborto sem debater o problema da proteção jurídica da vida humana intra-uterina. Até o momento, os argumentos trazidos ao trabalho possuem respaldo nas principais correntes biológicas e antropológicas sobre o início da vida humana. Entretanto, para instrumentalizar a discussão sobre a legitimidade da opção pela interrupção da gravidez, torna-se imprescindível verificar a partir de quando e até que ponto a vida intra-uterina recebe proteção do ordenamento jurídico nacional.

Nesse contexto, vale assinalar que por constituir-se num Estado Democrático de Direito, as políticas públicas e decisões devem ser laicas, visando sempre a resguardar os direitos e garantias fundamentais. Desse modo, por estar institucionalmente separado de qualquer igreja ou crença, o Estado deve assegurar a cada indivíduo ou cidadão a liberdade religiosa, o que importa, em última análise, no direito a não ser submetido a decisões embasadas em princípios religiosos, filosóficos ou ideológicos de qualquer espécie. Portanto, deve ser o tema analisado com

18. Kottow, 2001, p. 35.

fundamento em argumentos jurídicos, científicos e de moralidade laica, afastando quaisquer dogmas de fé, de forma que em nada acrescenta ao debate saber, por exemplo, o suposto momento em que ocorre a incorporação da "alma" no feto.

No ordenamento jurídico brasileiro, a vida humana intra-uterina é protegida com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido. Não é necessário tecer grandes argumentos para comprovar o ora referido, para tanto, basta observar os arts. 121 (matar alguém – pena de 6 a 20 anos de reclusão) e 124 (praticar aborto – pena de 1 a 3 anos de detenção), ambos do Código Penal, para concluir que o tratamento é diverso para os delitos cometidos em face do homem já nascido e àqueles contra o nascituro. Deste modo, não há como colocarmos no mesmo patamar os direitos da mãe e do embrião/feto.

A doutrina penal brasileira diverge com relação ao momento em que se inicia a proteção jurídico-penal do nascituro. A corrente majoritária entre os penalistas manifesta-se no sentido de haver vida humana e, portanto, tutelável pelo direito penal, a partir da concepção. Comungam este entendimento, capitaneado por Nelson Hungria, os penalistas Aníbal Bruno, Euclides Custódio da Silveira, Cezar Roberto Bitencourt, José Henrique Pierangeli, Paulo José da Costa Junior e Álvaro Mayrink da Costa.[19]

Outrossim, Franco relembra que por ocasião do Relatório elaborado pela Primeira Subcomissão para a feitura do Esboço de Projeto da Parte Especial do Código Penal, restou consignado que "a vida é 'um acontecer gradual e segmentado, um processo biológico dinâmico que representa a soma de períodos relativos' e que somente 'a partir do despertar cerebral, surge na sua inteireza a pessoa hu-

19. Nesse sentido, Hungria (apud Franco, op. cit., p. 48) asseverou que "o código ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez, antes de seu termo normal, há o crime de aborto. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, até o rompimento da membrana amniótica) provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto."

mana, como titular do direito individual à vida e merecedora, portanto, de tutela constitucional penal.'"[20]

A par disso, como resultado verifica-se que no direito penal brasileiro o conceito de aborto não é unívoco, de forma que não se traduz num "círculo fechado, hermético, no qual nenhuma avaliação metajurídica interfere". Diferentemente, "trata-se de tipo que comporta alargamentos ou restrições, conforme a aferição, não apenas jurídica, que se dá ao momento em que se reconhece a presença, na gravidez, de vida humana individualizada e personalizada." Dessa forma, na noção de aborto, existem "espaços que demandam preenchimento" e para essa tarefa, "a doutrina brasileira trouxe à baila os posicionamentos referentes à visão concepcional e à perspectiva biológico-evolutiva". De acordo com Franco, "o único posicionamento até agora não incluído refere-se ao do compromisso relacional mãe/filho."[21]

Ao seu turno, o Código Civil brasileiro enuncia, no seu art. 2.º, que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro." Comentando este artigo, Venosa explica que "o fato do nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito."[22]

Do ponto de vista constitucional, a Constituição Federal garante a todos o direito à vida, não fazendo qualquer menção expressa à proteção da vida humana desde a concepção. Aliás, convém destacar que a proposta do então Deputado Meira Filho, para que fosse expressamente referida a proteção da vida desde a sua concepção, foi rejeitada pela Assembléia Nacional Constituinte. Franco assinala que, não obstante o texto constitucional nada dizer a respeito do não nascido, "tudo

20. Franco, 2006, p. 50.
21. Franco, 2006, p. 51.
22. Venosa, 2002, p. 160

está a indicar que sua vida é um bem relevante que a Constituição se obriga a tutelar de forma que não sofra violação." A Constituição ao declarar a inviolabilidade do direito à vida e sua titularidade universal, torna evidente "que o conceito de vida, para que possa ser compreendido na sua plenitude, abarca não somente a vida independente, mas também a vida humana em formação."[23]

Entretanto, a proteção constitucional da vida em formação não significa admitir que esta tutela deverá estar adstrita ao direito penal. Ocorre que o controle repressivo só deve atuar quando os demais controles sociais formais se revelem ineficazes, porquanto se trata da *ultima ratio* do Estado. Sem dúvida, existem outros meios de proteção do momento da concepção, como uma adequada política social de inclusão dos necessitados, a criação de aconselhamento psicológico às gestantes, além da implantação de políticas públicas voltadas ao planejamento familiar que seriam alternativas à ampla proibição penal do aborto.

Dessa forma, é possível concluir que a ordem jurídica nacional protege a vida intra-uterina, entretanto, de forma mais débil do que a tutela assegurada à vida das pessoas nascidas. Outrossim, em situações particulares, é lícito que esta proteção ceda mediante uma ponderação de interesses, se configurado um conflito entre os direitos fundamentais da gestante e a vida dependente. Ademais, por ser um processo gradual, a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que no início da gestação, considerando o estágio de desenvolvimento fetal correspondente, devendo tal fator ter especial relevo na definição do regime jurídico do aborto.

4. Aborto e direitos fundamentais

Embora não possua referência expressa no texto constitucional, entende-se que a vida do nascituro é um bem que está protegido pela Constituição. Não

23. Lorea, 2006, p. 174.

obstante, o problema surge quando a manutenção de uma gravidez não desejada viola os direitos fundamentais da gestante, resultando num conflito entre seus direitos e os interesses do embrião/feto.

A proteção constitucional da vida humana em formação não implica na necessidade de conceder-se um tratamento jurídico igualitário para a vida humana fora do claustro materno e para a vida humana dependente. Defender que a vida humana pré-natal possui valoração idêntica a pós-natal constitui "um exagero indefensável". Analisando esta tese seja do ponto vista da história, religião ou direito, observa-se que a valoração diferenciada da vida humana em formação e da vida dos nascidos foi uma constante durante muitos séculos. Outrossim, ao atribuir-se à vida do nascituro um valor menor do que à vida do homem já nascido, como faz o Código Penal vigente, não o torna incompatível com a interpretação constitucional que garante a todos o direito à vida.[24] Nesse sentido, Roxin acrescenta que "se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção". Entretanto, isso não importa em equipará-la por completo ao homem nascido ou a uma pessoa.[25]

24. Franco, 2006, p. 25. Seguindo a mesma premissa, Reale Jr. (*Teoria do delito*, 1999, p. 257) acrescenta que "a vida da mãe tem maior valor que a do feto, pois é de interesse social a sua sobrevivência. Sob o aspecto existencial torna-se o problema indiscutível. A gestante tem autonomia, é um ser que se afirmou no mundo, estabelecendo com os demais relações que a fazem partícipe da comunidade. É ela um ser autônomo, que se afirmou pessoal e socialmente, agindo sobre o mundo de modo independente. É um 'eu' que se impôs à consciência alheia, estabelecendo relações intersubjetivas, sendo objeto de conhecimento alheio, ao mesmo tempo que faz dos outros objetos de sua consciência." O feto, por outro lado, "não se fez ao mundo, não possui autonomia, não tem caráter pessoal, não se elevou ao nível das consciências alheias, não determinou sua própria situação, não alcançando a liberdade, que é o elemento distintivo do homem. Podemos, assim com Boaventura Santos, concluir que, sob o aspecto existencial, a vida do feto não constitui uma existência pessoal tal como a da mãe, em razão do que sua importância social é inferior."

25. Conforme Maria do Céu Patrão Neves (apud Minahim, 2005, p. 89), "a noção de ser humano é distinta da de pessoa; esta é essencialmente filosófica e está vinculada a idéia de ser humano capaz de consciência de si mesmo e, conseqüentemente, do mundo onde se insere. Ser pessoa, nas palavras da autora, 'consiste em um processo contínuo e infinito de realização de si, na criação de si próprio'. O embrião, indivíduo biológico, surge como 'entidade ontológica

A proteção constitucional da vida em formação não garante ao nascituro o status de pessoa, uma vez que não é sujeito de direitos e deveres, possuindo tão-somente interesses patrimoniais salvaguardados pela lei civil. Assim, pode-se afirmar que é pessoa em potência, que só será sujeito de direito a partir de seu nascimento com vida.

Dworkin assinala que a questão crucial do aborto não está em saber se o nascituro é ou não uma pessoa de acordo com o significado da Constituição. Ao contrário, o cerne da controvérsia consiste "em saber se os estados possuem um poder legítimo para ditar o modo como os cidadãos devem respeitar o valor inerente à vida."[26] Para o autor, "se as convicções das pessoas sobre o que o valor inerente da vida humana requer são convicções religiosas, a exigência de conformidade por parte de um governo estaria impondo uma religião coletiva".[27] Agindo assim, "qualquer governo que proíbe o aborto se compromete com uma interpretação polêmica da santidade da vida e, por esse motivo, restringe a liberdade ao impor uma postura essencialmente religiosa em detrimento de outras".[28]

Outrossim, importa destacar que num Estado Democrático de Direito, as políticas e decisões judiciais devem ser laicas, visando ao máximo resguardar os direitos e garantias fundamentais. Portanto, é imprescindível que os argumentos que fundamentam esses atos estatais "possam ser aceitos por todos os que se disponham a um debate franco e racional – mesmo pelos que não concordarem com o resultado substantivo alcançado. Caso contrário, haverá tirania – eventualmente tirania da maioria sobre a minoria – mas jamais autêntica democracia."[29]

que resulta da individualização embrionária', enquanto a pessoa é um ser moral, capaz de vida relacional."

26. Dworkin, 2003, p. 235.
27. Dworkin, op. cit., p. 226.
28. Dworkin, op. cit., p. 231.
29. Sarmento, op. cit., p. 141.

Não obstante, ainda que o direito à vida seja o direito fundamental por excelência, a sua precedência lógica em relação aos demais direitos não lhe confere um valor axiológico superior. O legislador constituinte não realizou nenhuma hierarquização desses direitos, com base em eventual valoração axiológica. "Cada um e todos esses direitos fundamentais situam-se num mesmo patamar, não havendo em nível constitucional nenhum tipo de superposição ou de graduação de um em relação ao outro."[30] Ademais, nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, nem mesmo o direito à vida, que, em determinadas situações, tem sua proteção afastada face aos homicídios justificados, ou seja, nas situações de legítima defesa e guerra. Essa é uma das razões que justifica a constitucionalidade de um "sistema penal em que a proteção à vida do não nascido cedesse, ante situações conflitivas, em mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente."[31]

Nesse particular, valendo-se da lição de Alexy, pode-se afirmar que a proteção da vida intra-uterina constitui um mandado de otimização, ou seja, um princípio que pode ser cumprido em diferente grau e na medida necessária para sua efetivação, de forma que seu cumprimento depende tanto das possibilidades reais quanto jurídicas e estas últimas, determinadas por princípios e regras opostas.[32]

Na condição de "princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa",[33] a dignidade da pessoa humana deve ser o norte da interpretação e

30. Franco, 2006, p. 21.

31. Franco, op. cit., p. 25.

32. Alexy, 1997, p. 86.

33. Conforme Sarlet, 2004, p. 70. Mais adiante (p. 83), o mesmo autor refere que, "precisamente no âmbito desta função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo, de uma hermenêutica que, para além do conhecido *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente 'o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver duvida'. Vale dizer, nesta linha de pensamento e finalizando este segmento, que os direitos fundamentais, assim como e acima de tudo, a dignidade da pessoa humana à qual se referem, apresentam como traço comum o fato de que ambos (dignidade e direitos fundamentais) 'atuam no centro do discurso jurídico constitucional, como um DNA, como um código genético,

concretização dos direitos fundamentais, conferindo, assim, unidade à Constituição, na hipótese de conflito entre direitos fundamentais.

Sobre as dimensões do princípio da dignidade humana, Sarlet constata que ela é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, além de todos e cada um. Enquanto limite "a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças." [34] Sendo assim, dignidade da pessoa humana representa "a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos."[35]

Por outro lado, embora a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida possuam muitos aspectos em comum, deve-se atentar que se tratam de bens jurídicos distintos, que não devem, necessariamente, repercutir em conjunto, de forma paralela, como elemento de reforço da proteção. Ao contrário, Kloepfer afirma que "eles também podem estar em conflito entre si no sentido de uma colisão de direitos fundamentais",[36] tal como ocorre na questão do aborto. Em especial, deve ser considerado que o direito fundamental à dignidade da

em cuja unifixidade mínima, convivem, de forma indissociável, os momentos sistemático e heuristico de qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática."

34. Sarlet, 2005, p. 32.

35. Sarlet, I. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, 2005, p. 37.

36. Kloepfer, 2005, p. 159.

pessoa humana é atingido se a mulher for obrigada a uma condução indesejada da gravidez, porquanto nessas situações, reproduzindo as palavras de Ferrajoli, retira-se dela a autonomia sobre o seu próprio corpo, "reduzindo-a a coisa ou a instrumento de procriação submetida a fins que não os seus."[37]

Tratando propriamente dos direitos fundamentais atingidos pela criminalização do aborto, inicialmente vem a colação o direito à liberdade, compreendido aqui no seu sentido positivo, traduzido pela autonomia da mulher em relação ao seu próprio corpo, não a deixando refém de uma condição biológica que confere exclusivamente à ela a possibilidade de gestar. Em outras palavras, trata-se da autodeterminação sexual e reprodutiva, cabendo à mulher a última palavra sobre o momento em que exercerá a maternidade. Disso decorre o direito à liberdade sexual, traduzido não apenas na "faculdade de ter ou não relações sexuais e com quem", mas, principalmente, na "liberdade de ter relações sexuais desprovidas de todo propósito procriador".[38] Nesse sentido, a Constituição Federal enuncia, no § 7.º, do art. 226, que, "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal."[39]

Com efeito, Sarmento reconhece no princípio da dignidade da pessoa humana o pressuposto para o respeito à "esfera de autodeterminação de cada mulher ou homem, que devem ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferências do Estado ou de terceiros." Segundo o constitucionalista, a matriz desta idéia está na concepção de que cada pessoa "é um agente moral dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas

37. Ferrajoli, 2003, p. 22.

38. Vives Anton, T. S. apud Franco, op. cit., p. 54. Sobre os direitos sexuais e reprodutivos, veja-se, também, Piovesan, F. (2002, p. 61-80); Rosado-Nunes, M. (2006, p. 23-39); Buglione, S. (2002, p. 123-176); Cook, R. (2002, p. 13-60) e Villela, W. (2002, p. 81-92).

39. Art. 226, § 7.º, da CF/88.

existenciais, e que deve ter, em princípio, liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade."[40]

Nesse contexto, a decisão de ter ou não um filho corresponde a uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher, sendo desnecessário destacar o impacto que a gestação e a maternidade acarretam na vida de cada mulher. A gravidez e a maternidade modificam radicalmente o rumo das suas existências. Se, por um lado, conferem um novo significado à vida, por outro, implicam em muitas renúncias, podendo "sepultar projetos e inviabilizar certas escolhas fundamentais." Em virtude dos fetos serem gestados no corpo das mulheres, e apesar das mudanças comportamentais e assunção de novos papéis na sociedade contemporânea, permanece sobre as mães o maior peso e responsabilidade pela criação dos seus filhos. Por tudo isto, a opção pela maternidade possui intensa conexão com a idéia de autonomia reprodutiva, cujo fundamento pode ser encontrado na própria idéia de dignidade humana da mulher, bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5.º, *caput* e X, CF/88).[41]

De outra parte, o direito da mulher à igualdade também pode ser invocado nas questões relacionadas com a interrupção voluntária da gravidez, uma vez que sua incriminação "contraria frontalmente o princípio da igualdade. Não só na forma evidente de desequilíbrio entre ricos e pobres, mas de uma maneira muito mais ínvia e invisível: entre as mulheres que concebem e os homens que participam nessa concepção".[42]

Ademais, conforme já referido, o ônus de uma gestação recai apenas sobre as mulheres posto que somente elas ficam grávidas. No entanto, destaca Sarmento,

40. Sarmento, 2006, p. 159.

41. Sarmento, op. cit., p. 159. No parágrafo seguinte, valendo-se da citação de Dworkin (Freedom's Law, p. 98), o autor ressalta que "uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação de liberdade."

42. Ribeiro, 2000, p. 89.

"a legislação não requer, em nenhum caso, sacrifício comparável do homem."[43] À título ilustrativo, Tribe afirma que a lei não obriga que um pai doe algum órgão ou mesmo sangue ao filho, ainda que isto seja indispensável para manutenção da vida deste. Note-se que no exemplo está em questão a vida de uma pessoa já nascida, protegida mais intensamente pelo ordenamento do que a vida pré-natal. Conclui, desse modo, que existem dois pesos e duas medidas na discussão sobre o aborto, afirmando que: "uma mulher forçada pela lei a submeter-se à dor e à ansiedade de carregar, manter e alimentar um feto que ela não deseja ter está legitimada a acreditar que mas que um jogo de palavras liga o seu trabalho forçado ao conceito de servidão involuntária. Dar à sociedade – especialmente a uma sociedade dominada pelo sexo masculino – o poder de condenar a mulher a manter a gestação contra sua vontade é delegar a alguns uma autoridade ampla e incontrolável sobre a vida de outros. Qualquer alocação de poder como esta opera em sério detrimento das mulheres com classe, dada a miríade de formas pelas quais a gravidez indesejada e a maternidade indesejada oneram a participação das mulheres como iguais na sociedade."[44]

Ao lado disso, como ofensa ao princípio da igualdade, Franco assinala que a penalização do aborto reduz a mulher à "condição de instrumento da procriação, em evidente desigualdade em relação aos demais seres humanos." Ademais, de forma reflexa, seu direito à uma existência digna é afetado na medida em que "perde a soberania sobre si mesma e, como ser humano, 'não pode ser tratado por ninguém (isto é, nem por outro, nem por ele próprio) como um simples meio, antes deve ser tratado como um fim; e precisamente nisto consiste a sua dignidade (a sua personalidade).'"[45]

43. Sarmento, op. cit., p. 165.
44. Tribe, L. apud Sarmento, 2006, p. 166.
45. Franco, 2006, p. 54.

Da mesma forma, o direito fundamental à saúde é também atingido pela criminalização do aborto. Além de sofrerem abalos à sua saúde psíquica em razão da obrigação legislativa de levar a termo uma gestação indesejada, existe uma "lesão coletiva ao direito de saúde das mulheres brasileiras em idade fértil." Ocorre que, por não contarem com uma eficácia preventiva mínima, o principal efeito prático das normas repressivas em vigor é justamente o seu efeito colateral, qual seja, o aborto clandestino. A legislação vigente leva "todo ano centenas de milhares de gestantes, sobretudo as mais pobres, a submeterem-se a procedimentos clandestinos, realizados no mais das vezes sem as mínimas condições de segurança e higiene, com graves riscos para suas vidas e saúde."[46]

As estatísticas comprovam que a repressão penal está longe de ser o meio de proteção mais adequado das vidas intra-uterinas, uma vez que não impede que as mulheres recorram aos abortos clandestinos. Ao invés de promover uma legislação restritiva, o Estado deveria implementar medidas que comprovadamente são mais eficazes e não geram os mesmos efeitos colaterais. Dentre as medidas cabíveis, por exemplo, cite-se a ampliação dos investimentos em planejamento familiar e educação sexual para redução do número de gestações indesejadas; a garantia do direito à creche e o combate ao preconceito contra a mulher grávida no ambiente de trabalho. Reproduzindo as palavras de Sarmento, a adoção de medidas semelhantes evitaria que as gestantes "sejam confrontadas com uma 'escolha de Sofia' entre a maternidade ou o emprego; e o fortalecimento da rede de segurança social, para que um novo filho não seja sinônimo de penúria para as já desassistidas."[47]

Outrossim, não se deve olvidar que o direito à saúde envolve também uma dimensão prestacional, impondo ao Estado o dever de atuar positivamente,

46. Sarmento, op. cit., p. 151. Nesse sentido, conforme Faúndes; Barzelatto (p. 54), a Organização Mundial da Saúde define aborto de risco como "um procedimento para interromper uma gravidez indesejada, realizado por pessoas que não têm as habilidades necessárias ou em um ambiente que não tem os padrões médicos mínimos, ou ambos."

47. Sarmento, op. cit., p. 156.

formulando e implementando políticas públicas visando a promoção da saúde das pessoas, inclusive com o fornecimento de prestações materiais correlacionadas à saúde – *v.g.* atendimento médico e medicamentos – aos cidadãos. De nada adianta modificar a legislação sobre o aborto, descriminalizando a sua prática dentro de determinados prazos e indicações, se paralelamente não sejam adotadas medidas administrativas de suporte para sua realização. Para que a descriminalização possua a eficácia esperada, é imprescindível que os procedimentos médicos sejam oferecidos gratuitamente, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Do contrário, "as mulheres pobres continuariam fatalmente exposta à mesma *via crucis*, em detrimento da sua saúde e expostas aos mesmos riscos de vida."[48]

De fato, se o aborto for tratado como um problema de saúde pública, seguindo a recomendação das Conferências do Cairo (1994)[49] e de Beijing (1995), não haverá como escapar desta equânime solução. Ademais, conforme já referido, o sistema público de saúde já gasta vultosos recursos para tratar as conseqüências dos abortos clandestinos na saúde das mulheres. Assim, não haveria a assunção de desmesurados gastos pelo Poder Público.[50]

Nesse sentido, a adoção de um sistema combinando prazos e indicações, nos moldes do adotado por muitos países europeus, parece uma solução constitucional e bastante razoável. Destarte, para que não seja banalizado o recurso ao aborto,

48. Sarmento, op. cit., p. 157.

49. Esta conferência tratou além de outros temas, o impacto do aborto inseguro na saúde das mulheres. O chamado "Cairo Programme os Action" desaprovou as leis repressivas que proíbem as mulheres a realizar o aborto com profissionais qualificados, em condições médicas higiênicas, adequadas e seguras. O Programa defende o direito de escolha para terminar uma gestação com base na sua reflexão moral individual das circunstâncias, saúde e bem estar, independentemente da gravidez ter sido originada de relação sexual consentida ou imposta pela força, coação ou estupro. Com isso, esse programa de ação reconhece a autonomia de cada mulher na escolha de suas próprias decisões sobre a sua vida e futuro, incluindo seu futuro reprodutivo. (cf. Cook, R. Abortion, human rights and the International Conference on Population and Development. In: Warrier, I K.; Shah I H (Org.) Preventing Unsafe Abortion and its Consequences: Priorities for Research and Action. New York: Guttmacher Institute, 2006, p. 17).

50. Sarmento, 2006, p. 157.

a legalização desta prática deve ser acompanhada de medidas administrativas relacionadas à educação sexual, ao planejamento familiar e ao fortalecimento da rede de proteção social voltada para a mulher.

5. Sistema de prazo e indicações como alternativa para descriminalizar o aborto

Nos termos já referidos, embora o nascituro possua direito à vida intra-uterina, esse direito não possui a mesma intensidade da vida pós-natal, não se podendo equiparar a vida humana em formação com a vida humana independente. Essa inequívoca diferença de valor entre esta e aquela repercute quando se tem de fazer uma ponderação entre direitos fundamentais. Por esta razão, em havendo, até o terceiro mês de gravidez, um período de absoluta incerteza do ponto de vista científico com relação à presença de vida humana em sua plenitude, força é convir que não se pode maximizar, nessa fase, o direito à vida do nascituro em detrimento do exercício de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos à gestante, entre os quais se incluem o direito à liberdade, nas suas várias dimensões, dignidade, saúde e o próprio direito à igualdade.

Entretanto, esgotado o prazo de três meses, permitir à mulher a prática do aborto, a não ser em situações fáticas determinadas, "seria atribuir-lhe um direito ilimitado em detrimento do direito à vida humana, nessa altura, já consolidada. A composição entre os direitos fundamentais em choque conduz, portanto, à aceitação da chamada solução de prazo, conjugada com a de indicações."[51]

Nesse sentido, Carbonell Mateu e González Cussac destacam a peculiaridade de que "os interesses fetais somente podem ser desenvolvidos no interior da grávida, que é a portadora da vida. Trata-se de uma dualidade na unidade: são dois seres distintos, mas um corpo suporta o outro." Desse modo, "durante um

51. Franco, 2006, p. 58.

período de tempo, tem de predominar a unidade e, por conseguinte, a decisão cabe à grávida; transcorrido esse prazo, predomina a dualidade e apenas em determinados e graves casos poderão ser sacrificados os direitos do nascituro."[52]

Seguindo este raciocínio, Figueiredo Dias considera constitucional uma legislação que combinasse equilibradamente o sistema das indicações com o sistema dos prazos, principalmente se nele houvesse a previsão de um consistente e adequado aconselhamento médico-social. Destarte, assevera que atualmente a questão do momento a partir do qual o crime de aborto se torna possível reduz-se "a declaração meramente simbólica a punibilidade da interrupção voluntária da gravidez nos primeiros tempos desta, seguramente nas primeiras 4 semanas." Isso porque, numa época em que se fabricam e se administram a chamada pílula do dia-seguinte, dispositivos intra-uterinos destinados a impedir a fixação do óvulo no útero ou, ainda, os antiprogesterona (RU 486 ou Nifepristona), "a manutenção da punibilidade durante aquele prazo revela-se de concretização judicial praticamente impossível, totalmente ineficaz, e portanto absolutamente desnecessária do ponto de vista da proteção do bem jurídico; e nesta medida sim, porventura inconstitucional."[53]

Especificamente, sobre os sistemas que fundamentam a licitude do aborto, o denominado sistema de prazo defende a possibilidade de interrupção da gravidez consentida nas doze primeiras semanas, independentemente da declaração de motivos pela gestante, mas desde que realizada por médico. Assim, a mulher pode decidir com inteira liberdade sobre a continuidade ou interrupção da gravidez, com a única condição de que seja praticada por um médico ou por ela mesma, ainda que às vezes possa exigir uma consulta ou assessoramento médico-social dos profissionais competentes, condição que é freqüente também no sistema das indicações. O fundamento deste sistema está na existência de um conflito entre os interesses da mãe,

52. Carbonell Mateu, J. C.; González Cussac, J. L apud Franco, 2006, p. 58.
53. Figueiredo Dias, 1999, p. 172.

como sua liberdade, mas também sua intimidade, e a vida do nascituro, que se resolve em caráter geral em favor da mãe enquanto não se esgote o período estabelecido.[54] Destarte, a linha de demarcação entre a permissão e a proibição do aborto é traçada tendo em vista o momento em que ele venha a ser realizado."[55]

Dentre os argumentos favoráveis à este sistema, Romeo Casabona destaca que o prazo usualmente estabelecido de três meses marca a separação biológica entre embrião e feto, bem como permite que a mulher comprove a certeza da gravidez e reflita com cuidado sobre a decisão de abortar ou prosseguir a gravidez quando dela decorrerem inconvenientes. Além disso, nesses primeiros meses o aborto oferece riscos menores para a mãe. Ademais, este sistema não implica que o embrião fique privado de qualquer proteção jurídica, porquanto referida proteção pode ser alcançada por meios não-penais, como por exemplo, por meio do assessoramento prévio e obrigatório da gestante, de forma que a via penal, até esse período, não pareça a mais adequada.[56]

Por outro lado, Franco assevera que "a objetividade do critério de prazo tem o condão de igualar todas as mulheres, sem distinção de categorias sociais ou econômicas." Portanto, independentemente da sua condição sócio-econômica, ao ser-lhes facultada a opção ou não pela maternidade, todas as mulheres poderiam exercitar, no prazo de doze semanas, o direito à liberdade pessoal e à dignidade da pessoa humana, direitos estes "fundamentais que se vinculam estreitamente ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação da própria vida na específica condição feminina".[57]

No tocante às criticas levantadas contra este sistema, merece destaque a análise de dois argumentos em especial. De acordo com Franco, a primeira objeção diz respeito "ao perigo de que o aborto se converta num método habitual de controle da

54. Romeo Casabona, 1994, p. 296.
55. Franco, 2006, p. 60.
56. Romeo Casabona, 1994, p. 297.
57. Franco, 2006, p. 61.

natalidade, com o abandono do recurso a outros meios preventivos da gravidez. E, por via de conseqüência, num aumento significativo da taxa de abortos." Ao rechaçar esta alegação, o autor afirma que o aborto não deve ser tratado como forma de controle da natalidade pela simples razão de que para mulher alguma a conduta de abortar é tida como um ato positivo e desejável. "Provocar o aborto sempre constituirá um gravoso problema para a mulher e lhe acarretará, via de regra, a necessidade de valorar sua posição pessoal, máxime em face de questões familiares, éticas ou religiosas." Assim, torna-se evidente que a toda mulher é preferível o emprego de meios contraceptivos do que recorrer ao aborto. De outra parte, não há como escapar da constatação de que "a atipicidade do aborto realizado no prazo de doze semanas provocará, de início, um aumento da taxa de abortos, com o desaparecimento dos abortos clandestinos". Todavia, a curto prazo, essa mudança legislativa levará a diminuição do "número de mulheres mortas ou com conseqüências sérias para sua saúde, e a linha estatística se inflectirá rapidamente no sentido decrescente."[58]

Por sua vez, o segundo argumento refere-se à afirmação de que durante esse prazo de doze semanas de gravidez, ocorre uma "desproteção real e absoluta do embrião." Não possui qualquer fundamento referida assertiva. Isso porque, em verdade, a proteção do embrião esta assegurada em nível administrativo, pela criação de um sistema de assessoramento ou outros métodos dissuasórios para a mulher grávida, como medidas sócio-econômicas de suporte à grávida e à mãe. Logo, essa política confere ao embrião "uma tutela bem mais efetiva e se substitui, com gritante vantagem, a ameaça penal." Aliás, isso contribui para que "a proibição penal do aborto não passe a ser, em última instância, uma incompleta, quando não totalmente hipócrita, declaração de princípios em favor da proteção da vida em gestação".[59]

58. Franco, op. cit., p. 62.

59. Eser, A. apud Franco, op. cit., p. 62. No mesmo sentido, Barreiro (apud Franco, 2006, p. 62) acredita que "o futuro de uma luta eficaz contra o aborto não está no direito penal (a resposta aqui é modesta e muito limitada: a mais idônea é a solução de prazo), mas sim na via preventiva

Nessa linha de raciocínio, não se pode concluir que a inviolabilidade da vida humana implique na impossibilidade da sua relativização quando em conflito com outros direitos fundamentais. Não se pode extrair desse princípio o "argumento contra a existência de justificações do fato, ou mais latamente contra a consagração de cláusulas de impunidade de condutas que atentem contra os bens jurídicos vida ou vida intra-uterina", de modo que se chegue a conclusão de "uma imposição (implícita) absoluta de criminalizacão" para o legislador ordinário, uma vez que possui liberdade para decidir, "de acordo com as concepções político-criminais que o guiem e com respeito pelos princípios da necessidade, da subsidiariedade e da adequação da tutela penal, do sentido e da extensão com que deseje consagrar cláusulas de justificação ou de impunidade do fato."[60]

Por conseguinte, nada obsta que se fixe, em nível de legislação ordinária, o prazo de doze semanas como marco final para a impunidade da interrupção voluntária da gravidez, uma vez que neste prazo o embrião completa o processo biológico que o converte em feto. Ademais, conforme referido por Figueiredo Dias, estudos realizados demonstram que ao se conferir "razoável extensão a este prazo, nem por isso se concluirá logo ser tal extensão particularmente lesiva do direito à vida do feto", porquanto "o decurso de um certo prazo já de gravidez pode levar a grávida a um reforço das contramotivações à interrupção e assim a decidir-se a favor do feto, não contra ele."[61] Portanto, a acolhida da solução de prazo não implica em qualquer agravo ao princípio fundamental do direito à vida.

articulada por uma política social avançada, exigível e inerente ao Estado Social e Democrático de Direito".

60. Figueiredo Dias, 1999, p. 171.

61. Figueiredo Dias, idem, p. 174. No parágrafo seguinte, reportando-se a argumentação constante do voto de Mahrenholz e Sommer na decisão do TC alemão de 28.05.1993, "em toda esta matéria, não é possível falar-se rigorosamente de um conflito entre o interesse da grávida e o do nascituro, como se se tratasse neles de realidades completamente distintas. Não pode esquecer-se, na verdade, que os interesses do nascituro só podem ser satisfeitos no interior e por intermédio da grávida. Trata-se por isso, acentuaram aqueles juízes constitucionais, de uma 'dualidade na unidade': são dois seres distintos, mas um deles suporta o outro. Assim pois, du-

Sobre a questão do aconselhamento, impende destacar que, na hipótese de sua obrigatoriedade, a eficácia desse sistema estará condicionada a prestação de um efetivo auxílio médico, espiritual, social e eventualmente econômico-financeiro, a ponto de, em alguns casos, dissuadir a gestante da idéia de por fim a gravidez.

De outra parte, no tocante ao denominado sistema de indicações, cumpre assinalar que nesse modelo a interrupção voluntária da gravidez figura dentro de limites mais estreitos que no sistema de prazos. De acordo com Franco, o fundamento do sistema de indicações é a consideração de que, ao contrário do que ocorre no sistema de prazo, "a vida intra-uterina constitui um interesse dominante em todo o processo de gravidez, a não ser que, no decorrer dela, ocorra algum fato concreto que conceda maior importância à autodeterminação da vontade da mulher ou à sua dignidade da pessoa humana." Em suma, vale "o esquema regra-exceção: a regra é o castigo do aborto; a exceção permite o aborto voluntário em certos casos expressamente regulados (indicações)".[62]

Para Romeo Casabona, a vantagem desta solução é que a vida do nascituro não se encontra desprotegida de modo absoluto em nenhuma de suas fases de desenvolvimento. Ademais, referido sistema permite também atender determinadas necessidades e interesses da mãe, tais como seu direito à saúde, liberdade, intimidade, entre outros. Por isso o sistema de indicações qualifica-se como uma solução de compromisso, uma vez que somente nas indicações estabelecidas pela lei, e mediante a satisfação dos requisitos por ela exigidos, o aborto poderá ser realizado. Desse modo, segundo o autor, dita solução contribui para uma maior segurança jurídica, porquanto se sabe exatamente quando se é permitido ou não, e

rante um certo período de tempo deve predominar a 'unidade' e a decisão caber essencialmente à grávida; decorrido aquele prazo, a 'dualidade' predomina e só em casos graves e determinados deverá o interesse do nascituro ser sacrificado."

62. Romeo Casabona, 1994, p. 294.

evita subjetivismos ou dúvidas na determinação de qual o interesse preponderante na situação concreta.[63]

Com efeito, tratando das indicações em espécie, existe previsão para indicação terapêutica; indicação sentimental – também chamada de ética ou humanitária; indicação embriopática – também conhecida como eugênica e, por fim, a indicação econômico-social.

A indicação terapêutica contempla a hipótese em que a continuidade da gravidez acarreta risco de lesão para a saúde da gestante. Por sua vez, a indicação sentimental refere-se aos casos em que a gestação é decorrente de crime contra liberdade sexual. Estas são as únicas indicações, ou melhor, causas de exclusão da ilicitude, consagradas na legislação brasileira sobre o aborto.

Por conseguinte, verificada a existência de uma indicação médica em sentido estrito, a interrupção pode ser levada a cabo em qualquer momento da gravidez. Esta circunstância que confere justificação para que o intérprete seja tão exigente e estrito na constatação dessa indicação. Essa exigência também é justificada pelo fato da interrupção ser tanto mais perigosa, suscetível de complicações e em definitivo pesada para o corpo e a saúde da grávida, quanto maior for o período em que se encontrar a gravidez. Nesse sentido, o direito penal reconhece a circunstância de que no mundo das representações pessoais e comunitárias o 'valor' do nascituro é tanto maior quanto mais tardio for o estágio da gravidez.[64]

Por sua vez, no tocante à indicação embriopática, que ainda não está consagrada na legislação brasileira, inicialmente cumpre esclarecer que esse termo veio em substituição à chamada indicação eugênica. Todavia, observando-se o conceito atribuído à palavra eugenia, verifica-se que é totalmente inadequada a expressão "aborto eugênico" para fazer referência a situação dos fetos inviáveis, pois, o que

63. Romeo Casabona, op. cit., p. 295.
64. Figueiredo Dias, 1999, p. 181.

se busca com tal procedimento, é evitar um sofrimento desnecessário para a mãe, uma vez que inafastável a certeza da morte para o nascituro.[65]

De maneira alguma está se perseguindo qualquer melhora na espécie humana, pelo contrário, esta atitude objetiva minimizar a aflição da família envolvida neste problema, cuja solução, nitidamente, não é imposta e sim, consiste numa escolha livre e consciente da gestante, que não possui nenhuma implicação em nível de população humana. Destarte, o que se busca não é uma interrupção de gravidez de um feto malformado, que apesar das limitações físicas que possui, poderá sobreviver, e sim, de um procedimento terapêutico que minimize o sofrimento da gestante, na medida que comprovada a impossibilidade de vida extra-uterina do filho que carrega em seu ventre. Nesse sentido, a palavra 'embriopatia' é o termo médico adequado para designar essa indicação, a qual é traduzida pela "alteração de caráter patológico sofrida pelo embrião ou pelo feto. Assim, leva-se em conta não apenas um estado de morbidez de que sejam afetados o embrião ou o feto, como também qualquer tipo de malformacão genética que repercuta no respectivo desenvolvimento."[66]

65. Compartilhando este posicionamento, Figueiredo Dias (op. cit., p. 186) declara que "denominar de eugênica esta indicação é assim completamente infundamentado. Não porque devam temer-se as palavras ou se queira cobrir a realidade com o manto da hipocrisia, mas porque, segundo a sua teleologia própria, esta indicação nada tem a ver com preocupações eugênicas e tudo tem a ver com os interesses da grávida e com o sofrimento que porventura possa causar-lhe a continuação da gravidez e o nascimento de uma criança pesadamente lesada na sua saúde e (ou) no seu corpo. Se na teleologia da lei reentra também, em alguma medida, a consideração dos sofrimentos futuros da criança é coisa que, depois do que ficou dito, pode aqui permanecer em aberto."

66. Franco, op. cit., p. 78. Em outras palavras, continua o autor, significa "uma lesão do estado de saúde (em sentido amplo) que ou deixa ao nascituro pequenas possibilidades de sobrevivência (cistinose, doença de Tay-Sachs, de Nieman-Pick, de Krabbe, de Farber) ou lhe causa danos irreparáveis, físicos (paralisias, cardiopatias, cegueira, microcefalia, anoftalmia, micromélia ou bebês de Talidomida) ou psíquicos (psicose, oligofrenia, epilepsia)." É evidente que não se incluem na hipótese enfocada doenças sem gravidade que podem ser curadas, nem tampouco lesões que, em nível de cirurgia, possam ser corrigidas, como por exemplo os casos de lábio leporino ou de fenda palatina, etc. No mesmo sentido, Figueiredo Dias (1999, p. 184) afirma que a indicação embriopática "estará presente sempre que o grau de probabilidade, posto em conexão com a incurabilidade da doença ou malformação prevista, por um lado, e com a

Sobre a indicação embriopática, cumpre destacar que além de abranger as anomalias incompatíveis com a vida extra-uterina, também está previsto o diagnóstico de doença grave e incurável, em compasso com os avanços da medicina, desvinculando a maternidade da assunção de uma responsabilidade heróica, levando em conta "a sobrecarga anímica e física que uma criança deficiente pode representar para a mãe". Nas palavras de Roxin, "aquela que se decide a dar à luz e criar uma criança que sofra de severa deficiência realiza um elevado valor ético, merecendo admiração. Mas isto deve ocorrer voluntária, e não coativamente." Logo, não cabe ao direito "exigir o heroísmo" e sim contentar-se com o "mínimo ético".[67]

Por derradeiro, a indicação econômico-social, que envolve a maior porcentagem dos abortos clandestinos, corresponde às interrupções de gestação cujo móvel para decisão é a precária condição sócio-econômica. Romeo Casabona afirma que vários os motivos que podem ser enquadrados nessa indicação, desde o estritamente econômico (como baixa renda, família numerosa que vive numa situação econômica precária, problemas conjugais, dívidas, etc) à razões de índole social (*v.g*, gravidez decorrente de um relacionamento extraconjugal, gestante solteira, viúva ou jovem demais, incompatibilidade da gestação com o trabalho ou estudos, doença crônica ou psíquica de algum membro da família ou da própria mãe, sempre que a doença não seja agravada pela gravidez em si, caso em que incidiria a indicação terapêutica).[68]

Entretanto, a partir do momento em que o sistema de prazo for compatibilizado com o sistema de indicações, reconhecendo-se que durante as doze primeiras semanas o aborto é permitido, independentemente dos motivos que levaram a gestante grávida à fazê-lo, Franco assevera que "a questão da indicação

condição psíquica da mulher, por outro lado, torne a continuação para esta da gravidez num peso e num sofrimento que não é razoavelmente de lhe exigir."

67. Roxin, 2002, p. 3.

68. Romeo Casabona, 1994, p. 360.

econômico-social perde o seu relevo". Isso porque "ultrapassado o referido lapso temporal, a conduta da gestante passa a ter enquadramento típico e só terá excluída a sua ilicitude em face de uma das três indicações: aborto necessário, aborto ético ou aborto embriopático."[69]

Em conclusão, importa ressaltar que o recurso à interrupção voluntária da gravidez deve ser entendido como uma última etapa, frustradas as estratégias que o previnam. Entretanto, não se pode olvidar que a gravidez indesejada ocorre e pelo fato da sua alta incidência e principalmente, em razão das graves conseqüências que traz para a saúde materna, deve ser tratada como questão de saúde pública. Assim, "como pensar que mulheres violentadas, mulheres com graves problemas de saúde, mulheres que se deparam com malformações congênitas como a anencefalia devam obrigatoriamente levar adiante a gravidez?" É aceitável que prefiram enfrentar os riscos do abortamento inseguro, e muitas vezes da sua vida, para não ir adiante naquela gravidez indesejada? [70]

Ao lado disso, a proposta de legalização do aborto traz a tona dois mitos. O primeiro "é o temor de que a legalização faria dele um evento banal, rotineiro e generalizado. O segundo é que o projeto não estabelece limites ou regras para o seu acesso legal." Não obstante, essa proposta está embasada no conhecimento dos efeitos da legalização do aborto em diversos países do mundo, os quais demonstram que nos estados em que sua prática foi legalizada e em conjunto, adotada uma política de acesso a métodos anticoncepcionais, as taxas de mortalidade materna e abortamento caíram drasticamente. Todavia, naqueles onde não houve a ampliação

69. Franco, 2006, p. 71. No mesmo sentido, Figueiredo Dias (op.cit., p. 173) concorda que "um sistema de prazos, sem explicitar na própria lei os motivos da permissão da interrupção nas primeiras 10-12 semanas, torna supérflua a expressa consagração de uma pura indicação econômico-social. Há fundadas razões para pensar que um sistema como o descrito seria não só mais honesto face à realidade das vidas dos nossos dias, mais humano para a grávida que se põe a lamentável hipótese de interromper uma gravidez ..."

70. Gollop, T.; Machado, L. O direito ao aborto. Disponível no site <http://clipping.planejamento.gov.br> Consultado em 24.10.2005.

do acesso aos métodos anticoncepcionais, as taxas de abortamento se mantiveram, em que pese a mortalidade materna ter diminuído drasticamente.

Por conseguinte, reproduzindo as palavras de Gollop e Machado, "quando a interrupção voluntária da gravidez for legalizada nas normas previstas, a decisão de assumir ou não paternidade e maternidade será uma decisão de afeto e responsabilidade e não uma imposição do Estado."[71]

6. Aborto por anomalia fetal incompatível com a vida: atipicidade penal, excludente de ilicitude ou culpabilidade?

Não obstante em ensaios anteriores ter defendido a tese de que a interrupção da gestação de fetos inviáveis se trataria de uma conduta penalmente justificada, seja pelo enfoque constitucional ou pela aplicação analógica das excludentes de ilicitude, atualmente pode-se entender que a conduta é atípica, por não corresponder ao tipo material e ao bem jurídico tutelado no delito de aborto. Em outros termos, o pressuposto jurídico do aborto é resguardar o feto para que este possua condições de se desenvolver e nascer com vida. Mas, em se tratando de feto inviável, após o termo da gestação, não haverá vida a ser tutelada pelo legislador penal.

O entendimento que encontra maior amparo tanto na doutrina, como nas decisões judiciais sobre o tema é o de que esta conduta seria penalmente justificável, seja pela aplicação analógica das excludentes de ilicitude do delito de aborto ou por entender configurado situação de estado de necessidade.

De outra banda, no tocante aos casos de anencéfalos, acrânicos, hidroanencéfalos e semelhantes, a discussão torna-se mais específica por guardar similitude com o critério de morte encefálica. Assim, a conduta seria atípica em razão de não haver vida, no sentido de bem jurídico, a ser tutelada pelo legislador penal.

71. Gollop, T.; Machado, idem, ibidem.

Segundo Ribeiro, considerando que a morte encefálica equivale ao critério legal para o diagnóstico de morte, não se pode "atribuir o conceito de vida a quem não tem e não terá encéfalo. A mãe, nestes casos, é o *suporte artificial* que mantém algumas atividades fisiológicas de um feto com diagnóstico morte.[72]

No mesmo sentido, defende El Tasse que: "todo o fundamento de existência, validade e finalidade do tipo penal está associado ao bem jurídico tutelado e que, portanto, a inexistência de, no mínimo, risco de lesão a este faz com que se esteja diante da hipótese de atipicidade. (...)

Com isso, qual a tutela exercitada pelo direito penal se o aborto protege a vida e na anencefalia não há vida a proteger? A verdade é que não se tutela nada. Não existe bem jurídico protegido quando se impede a realização do aborto a partir das constatações de que o feto padece da anomalia da anencefalia".[73]

Outrossim, ampliando a discussão para as demais anomalias que incompatibilizam a sobrevivência extra-uterina (*v.g.* agenesia renal bilateral, body-stalk), focando sua análise no bem jurídico tutelado, entende-se que a conduta também seria penalmente atípica. Partindo da premissa da não ofensa ao bem jurídico-penal tutelado pela norma do aborto, também se pode concluir pela atipicidade penal da antecipação terapêutica do parto de feto inviável, vez que somente antecipa um fato natural e certo: o óbito do feto logo após seu nascimento. Isso porque, para que se caracterize um aborto, necessária é a gestação de um feto viável, vez que esta conduta deve ser a causa do óbito fetal, ou seja, sua morte tem que ser uma conseqüência direta das manobras abortivas. Não obstante, tratam-se aqui de casos extremos, em que a impossibilidade de sobrevivência do feto decorre de causas inerentes à natureza da patologia que possui e não de uma intervenção externa. O óbito do feto será um fato natural e inevitável, tendo como causa a anomalia que padece e não o procedimento de expulsão prematura a que foi sub-

72. Ribeiro, 2003, p. 111.
73. Tasse, 2004, p. 37.

metido, em nome da higidez física e mental da gestante. Por isso, conclui-se que a viabilidade biológica do feto representa o pressuposto fático do delito de aborto e dessa forma, não se trata de crime a interrupção da gestação nesses casos e sim, de um procedimento de aceleração de parto, ou melhor, antecipação terapêutica do termo da gestação.

Na mesma esteira, Diaulas Costa Ribeiro acrescenta que a proteção civilista destinada ao embrião constitui numa "mera antecipação de eficácia de interesses basicamente patrimoniais, não vincula qualquer solução de direito penal, que é autônomo e não se vincula a conceitos de direito provado". Ainda, a breve "referência ao nascituro feita pelo Código Civil não tem repercussão do direito penal, onde a vida intra-uterina tem proteção jurídica virtual, ou seja, o direito penal, ao punir o aborto, está, efetivamente, punindo a frustração de uma expectativa, a expectativa potencial de surgimento de uma pessoa". De forma que conclui ser o crime de aborto dirigido à uma futura pessoa (considerando que o status de pessoa não é atribuído nem civilmente ao feto), visto que "só a conduta que frusta o surgimento de uma pessoa tipificará o crime de aborto". [74]

Este entendimento já foi sinalizado pelo Ministro Joaquim Barbosa, quando do julgamento do *habeas corpus* 84.025-RJ, onde consignou que "o feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor de tutela penal." Entretanto, "a partir do momento em que se comprovou a sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal". [75]

Sendo assim, esta conduta já seria lícita, posto que, para que haja incidência da norma incriminadora do aborto, imprescindível é possuir o feto expectativa de vida após o nascimento. Evidencia-se, assim, que nesses casos a interrupção da gestação em nada se assemelha ao aborto, uma vez que o pressuposto deste é que

74. Ribeiro, 2003, p. 97-99.
75. BRASIL, STF, 5ª T., HC 84.025-6.

haja vida fetal, ao passo que na interrupção seletiva da gravidez ocorre a antecipação do parto de um feto que não terá possibilidade de vida extra-uterina.

Sob outro enfoque, mas defendendo também a atipicidade da conduta, Luis Flávio Gomes encontra na teoria da imputação objetiva o fundamento para embasar sua tese. Para o penalista, ante uma situação de aborto é fundamental perguntar "se a conduta abortiva foi praticada num contexto de risco permitido ou proibido. O risco gerado é ou não desaprovado juridicamente?" Para o autor, "parece não haver dúvida que o risco criado (para o bem jurídico vida do feto) não é desaprovado juridicamente", porquanto "aquilo que se causa no contexto de um risco permitido (autorizado, razoável) não é juridicamente desaprovado, logo, não é juridicamente imputável ao agente", de forma que no aborto de um feto anencéfalo não existe uma morte arbitrária. Ao contrário, antecipa-se a morte do feto com o intuito de tutelar "outros interesses sumamente relevantes (saúde da mãe, sobretudo psicológica, dignidade, etc.). Não se trata, então, de uma morte arbitrária. Por isso que o fato é atípico."[76]

Não obstante as posições ora demonstradas, principalmente com relação à atipicidade penal da conduta, a alteração na legislação penal do aborto faz-se necessária e urgente, encontrando amparo nos princípios e garantias constitucionais. O anteprojeto elaborado pela subcomissão da reforma do Código Penal corresponde aos anseios da classe médica, das gestantes que optam pela interrupção da gravidez e traduz um fenômeno jurídico que ocorreu e ainda está presente no país, que é a concessão dos alvarás para interromper a gestação de feto inviável.

Contudo, frise-se que este procedimento somente poderá ser admitido enquanto não houver menção expressa na legislação sobre a exclusão de ilicitude da interrupção da gravidez por anomalia fetal incompatível com a vida, constituindo uma garantia a todos aqueles envolvidos neste ato (ou seja, a equipe médica

76. GOMES, Luz Flávio. Aborto anencefálico e imputação objetiva: exclusão da tipicidade. João Pessoa, a1, n. 26, 13.06.2005. Disponível em http://www.juristas.com.br. Acesso em 27.06.2005.

e a gestante) de que não serão processados criminalmente pelo delito de aborto. Porém, a partir do momento em que for alterado o art. 128 do CP, incluindo-se no rol de excludentes de antijuridicidade do delito de aborto a malformação fetal incompatível com a vida, esta medida judicial será desnecessária também nesta hipótese, em razão de ter perdido sua finalidade de assegurar a não persecução penal aos envolvidos no procedimento de interrupção da gestação.

7. Considerações sobre a utilização de órgãos de fetos anencéfalos em transplantes

A anencefalia constitui-se numa malformação fetal decorrente de um erro de fechamento do tubo neural, que, por sua vez, é responsável pela formação dos componentes do sistema nervoso central, quais sejam: cérebro e medula espinhal. Sua incidência no Brasil é estimada em 18 casos para cada 10.000 nascidos vivos,[77] sendo que na maioria das vezes, a morte ocorre nas primeiras 24 horas, havendo menção na literatura sobre casos excepcionais onde a sobrevida alcança uma semana ou até alguns meses. Pesquisas indicam que esta patologia está associada a uma deficiência de ácido fólico durante a gestação, de forma que se faz mais presente nos níveis sócio-econômicos menos favorecidos.

Embora a ausência dos hemisférios e córtex cerebral afetem o exercício das funções relacionadas à consciência, cognição, comunicação e afetividade, os fetos anencéfalos, por possuírem tronco cerebral, preservam, de forma passageira, as funções vegetativas que controlam a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal, de forma que conservam os ciclos sono-vigilia, possuem reflexos e movimentos oculares, além dos reflexos protetores do vômito e tosse.[78]

77. PINOTTI, José Aristodemo. *Folha de S.Paulo*, 25.11.2004, p. A3.
78. SEBASTIANI, Mario apud FRANCO, 2005, p. 402.

Contudo, não obstante a presença do tronco cerebral e assim, possuírem respostas reflexas a dor, os fetos anencéfalos não podem experimentar a sensação de dor, porquanto se trata de apenas "um arco reflexo, sem apreciação sensível do estímulo. A sensação de dor necessita algo mais do que o tronco do cérebro (por exemplo, do tálamo) e o sofrimento exige um substrato neural necessário para perceber, como ameaça, a sensação de dor (neocórtex dos lóbulos frontais). Dado que o anencéfalo carece de tálamo, não há substrato neural para experimentar o raciocínio, a comunicação, o conhecimento e a sensibilidade em geral."[79]

Deste modo, há autores que entendem que a presença do tronco cerebral não justifica a atribuição do status de pessoa ao anencéfalo, visto que jamais poderão relacionar-se e experimentar as sensações da vida, seja dor, prazer ou qualquer outro estado consciente. Entretanto, esta não é a posição adotada neste artigo, pois a saída para este dilema não reside em coisificar o anencéfalo para possibilitar a ulterior retirada de órgãos ou até a antecipação do parto. Deve-se ter em mente que, ainda que comprovada sua inviabilidade extra-uterina, a relação afetiva que a gestante construiu com o feto durante a gravidez não pode ser desprezada, cabendo a ela adotar a solução que melhor se identifique com suas convicções pessoais.

Ao seu turno, a regulamentação da retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante ocorreu com o advento da Lei 9.434/97, a qual, dentre outras disposições, estabeleceu os critérios para doação de órgãos *post mortem*. Conforme se verifica da leitura do seu art. 3.º, a condição fundamental para realização do transplante *post mortem* é o diagnóstico da morte encefálica, o qual deverá ser constatado e registrado por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina – Resolução CFM 1.480/97.

79. SEBASTIANI, Mario apud FRANCO, 2005, p. 404.

Da análise desta Resolução, depreende-se que a morte encefálica equivale a parada total e irreversível das funções encefálicas, devendo seu diagnóstico ser precedido da realização de exames clínicos e complementares, em duas oportunidades, cujo intervalo de tempo entre as avaliações clínicas será definido pela faixa etária do paciente. Entretanto, em razão da falta de consenso sobre a aplicabilidade dos critérios para diagnóstico da morte encefálica em crianças menores de 07 dias e prematuros, a Resolução CFM 1.480/97 não se aplica a essa faixa etária.

Inicialmente, uma conclusão natural e prematura é no sentido da impossibilidade de utilização de órgãos de anencéfalos em transplantes, ante a falta de regulamentação quanto à aplicação dos critérios para caracterização da morte encefálica em menores de 07 dias. Não obstante, o tema merece maiores reflexões, principalmente pela existência de uma remota atividade no tronco cerebral em contraposição com a ausência de expectativa de vida extra-uterina do anencéfalo.

Considerando que o critério jurídico indicador do fim da vida é a morte encefálica e ressaltando que o anencéfalo possui uma remota atividade no tronco cerebral, o que lhe permite a manutenção precária das suas funções vitais, existe um entendimento que, nessas condições, a permissão para retirada de órgãos para fins de transplante equivaleria a uma autorização para homicídio, consoante dispõe a legislação penal vigente. Todavia, em que pese o entendimento acima demonstrado, há uma forte tendência manifestada em decisões oriundas de consultas realizadas ao Conselho Federal de Medicina,[80] que culminaram com a edição da Resolução CFM 1.752/04, as quais consideraram ética e legalmente justificado o uso de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo para fins de transplantes.

O móvel destas decisões, em especial da Resolução CFM 1.752, é que embora o anencéfalo possua tão-somente o tronco cerebral, o que em tese afastaria

80. À título exemplificativo, veja-se Processos Consulta CFM 1.839/1998; Processo Consulta CFM 24/2003 e Resolução CFM 1.752/2004, que autoriza a realização de transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento, desde que previamente autorizado formalmente pelos pais.

a possibilidade de ser doador de órgãos, ele não possui qualquer possibilidade de sobrevivência extra-uterina.

Entretanto, não se pode olvidar que essa solução não se coaduna com os critérios estabelecidos para o diagnóstico de morte cerebral e realização de transplantes, os quais foram estabelecidos anteriormente pelo próprio Conselho Federal de Medicina. O contexto histórico para elaboração dessa resolução foram sucessivas consultas de pais de bebês anencéfalos, que cientes da inevitabilidade da morte de seu filho ao nascimento e movidos por um sentimento de solidariedade, pretendiam a autorização para doação dos órgãos tão logo ocorresse o parto.

Consoante o critério de morte estabelecido, ainda que esta alternativa não seja a mais técnica, a permanente condição de inconsciência do anencéfalo e em nome do princípio bioético da não-maleficência, a autorização para retirada dos órgãos nesses casos pode ser uma solução ética desde que autorizada expressamente pelos pais e seja resultado da livre manifestação da vontade da gestante para este fim.

Em que pese o nobre propósito dessa decisão, trata-se de um argumento ético perigoso, na medida que pode dar azo a uma interpretação utilitarista subjacente de que a razão para o nascimento destes bebês reside na sua potencial finalidade de doadores de órgãos. Sobre o tema, Marco Segre e Wiliam Hossne tecem os seguintes comentários:

"Pode-se defender, de um lado, a prática do aborto requerido pela mãe. Pode-se, de outra parte, recomendar a retirada de órgãos de cadáveres para transplantes. O embaraço ético emerge, entretanto, do transtorno que nos causa a idéia de que se possa estar produzindo um ser vivo o objetivo específico de se colher material dele, a partir de sua morte, para transplante de órgãos. Seria um pouco como aceitar-se a pena de morte para determinadas situações penais; e admitir-se a retirada de órgãos, do executado, para a realização de transplantes. Com o agravante, a nosso ver, para o caso do feto, de ser o executado um projeto de vida acabado, e para o qual a sociedade já assumiu anteriormente a idéia da truncagem (isso, só

para fins de raciocínio, pois somos enfaticamente contra a pena de morte), ao passo que o feto é ainda um esboço (anteprojeto, se nos for permitida a comparação com a elaboração de uma lei), sendo difícil excluir-se a possibilidade da produção estar ligada ao seu aproveitamento. É, em síntese, nesse simbolismo de ser a gravidez vista como 'linha de produção' de medicamentos, que está o maior embaraço ético para a aceitação da retirada de tecidos fetais para transplantes."[81]

De outra parte, também cabe referir que a prática médica não possui resultados satisfatórios em transplantes envolvendo anencéfalos, devendo ser encarado com cautela o propósito dos pais que pretendem a todo custo levar a termo a gestação de um anencéfalo para instrumentalizar a doação de seus órgãos. Em tese, os anencéfalos podem ser doadores de órgãos. Na prática não existe conhecimento quanto aos resultados de meio e longo termo destes transplantes. Em decorrência da pouca oxigenação dos tecidos, própria dessa patologia, e dos problemas biológicos que já possuem estes bebês antes do nascimento, não são remotas as chances de alguns de seus órgãos não serem aptos ao transplante. Isso porque a remoção dos órgãos só poderá ser realizada após a confirmação da morte da criança. Entretanto, conforme já relatado, os critérios estabelecidos para a morte cerebral não podem ser normalmente aplicados para estes casos, porquanto não existem parâmetros para avaliação de crianças menores de sete dias.

Por conseguinte, considerando que os anencéfalos só possuem a parte anterior do cérebro, que morre lentamente após o nascimento, os outros órgãos podem tornar-se de tal modo danificados neste período intermediário de tempo, em que o coração começa a falhar, que não sejam aptos para doação. Desse modo, as crianças anencéfalas só raramente poderiam ser capazes de doar órgãos. Em alguns países, as válvulas cardíacas podem ser removidas para uso em um transplante posterior. Os problemas mencionados acima são menos relevantes porque as

81. SEGRE, Marco; HOSSNE, Wiliam Saad. O aborto e o transplante de tecido fetal. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/revista /bio1v2/abortrans.htm>. Acesso em 30.12.2005.

válvulas podem ser removidas até 8 horas depois da morte da criança e congeladas até que um receptor seja encontrado".[82]

Deste modo, tendo em conta a dificuldade técnica do aproveitamento dos órgãos de crianças anencéfalas, bem como o fato de não existir demanda reprimida por órgãos de recém-nascidos, inócua é a discussão sobre a manutenção de uma gestação de feto anencéfalo com único fim de possibilitar a doação de seus órgãos.

Embora o critério jurídico indicador do fim da vida seja a morte encefálica e ressaltando que o anencéfalo possui uma remota atividade no tronco cerebral, o que lhe permite a manutenção precária das suas funções vitais, a autorização para retirada dos órgãos nesses casos pode ser uma solução ética desde que autorizada expressamente pelos pais e seja resultado da livre manifestação da vontade da gestante para este fim.

Com efeito, cabe referir que a prática médica não possui resultados satisfatórios em transplantes envolvendo doadores anencéfalos, devendo ser encarado com cautela o propósito dos pais que pretendem a todo custo levar a termo a gestação de um anencéfalo para instrumentalizar a doação de seus órgãos.

Entretanto, se este for o propósito, devem os envolvidos serem alertados da pouca probabilidade de sucesso do transplante, principalmente em razão da falta de demanda reprimida por órgãos de recém-nascidos, bem como de tecnologia para assegurar seu sucesso.

8. Considerações finais

A dificuldade em debater a questão do aborto reside no fato de que a discussão sobre o tipo penal remete necessariamente seu enfoque para o conceito de início da vida, debate este que além de envolver opiniões divergentes, fundamentadas

82. Perguntas mais freqüentes sobre anencefalia. Disponível no site http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.htm. Consultado em 16.03.2006.

seja na ciência, religião ou filosofia, caracteriza-se pela falta de consenso e ausência de um conceito unívoco sobre o tema. Vale assinalar que, em se tratando o aborto de uma idéia essencialmente moral, de fato não existe possibilidade de acordo ou consenso, mas apenas de tolerância recíproca. Em outras palavras, essa tolerância implica no reconhecimento de que cada concepção é legítima por si mesmo, de acordo com a posição moral que a justifica. Destarte, no tocante a legitimação do direito de punir do Estado, vale assinalar que sua legitimidade provém da exigência de que o Estado só deve tomar de cada pessoa o mínimo dos seus direitos e liberdades que se revele indispensável ao funcionamento, sem entraves, da comunidade. Da mesma forma, daí resulta o caráter pluralista e laico do Estado de Direito contemporâneo, impedindo que violações puramente morais não representam lesão de um autêntico bem jurídico e não podem, por isso, integrar o conceito material de crime. Do mesmo modo, proposições ou finalidades meramente ideológicas não podem ser consideradas como autênticos bens jurídicos.

A partir dessa premissa, conclui-se que os valores que informam a criminalização do aborto não necessitam ser garantidos por meio do direito penal, uma vez que existem meios mais eficazes e menos lesivos para a efetiva proteção da vida intra-uterina. Outrossim, na hipótese em que a manutenção da vida humana dependente entrar em conflito com direitos igualmente fundamentais da gestante, tais como sua liberdade, autonomia reprodutiva, dignidade e saúde, a criminalização do aborto pode ser traduzida na exigência de um "ônus desarrazoado", importando, assim, no sacrifício de valores existenciais da mulher.

Ainda que o direito à vida seja o direito fundamental por excelência, a sua precedência lógica em relação aos demais direitos não lhe confere um valor axiológico superior. O legislador constituinte não realizou nenhuma hierarquização desses direitos, com base em eventual valoração axiológica. Ademais, nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, nem mesmo o direito à vida, que, em determinadas situações, tem sua proteção afastada face aos homicídios justificados, ou seja, nas situações de legítima defesa e guerra. Essa é uma das razões que

justifica a constitucionalidade de um sistema penal em que a proteção à vida do não nascido cedesse, ante situações conflitivas, em mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente.

Seguindo este raciocínio, possui respaldo constitucional uma legislação sobre o aborto que combine equilibradamente os sistemas de prazo e indicações, principalmente se nela houver a previsão de um consistente e adequado aconselhamento médico-social.

No entanto, antes de uma alteração na legislação punitiva sobre o aborto, é mister que esse debate seja levado às camadas de base da sociedade, realizando-se um trabalho conjunto com órgãos formadores de opinião. Por se tratar de um tema permeado por valores de ordem moral e religiosa, não basta que essa discussão fique restrita ao âmbito acadêmico ou legislativo. Ademais, existe uma carência de informações de fácil acesso e compreensão, capaz de ajudar a desmistificar os mal-entendidos que prevalecem em torno do aborto. Faz-se necessário que a população tenha um mínimo conhecimento sobre o tema e, principalmente, acerca das implicações sociais do aborto clandestino, demonstrando a legitimidade de uma legislação que descriminalize e regulamente sua prática. Em conseqüência, na medida em que a maioria 'silenciosa' esteja mais bem informada, as mudanças culturais necessárias para provocar uma revisão na legislação sobre o tema.

Ademais, uma discussão séria e ampla da questão do aborto poderá servir também aos lideres de opinião, além dos próprios legisladores. Em virtude de que grande parte da informação que recebem sobre o aborto são derivadas dos argumentos apaixonados e carregados de ideologia, difundidos pelos dois grupos que se opõem em um debate público e polarizam a discussão, a conscientização deste grupo abre espaço para um debate democrático e qualificado sobre o assunto.

De outra parte, deve ser descartada a idéia de realizar uma consulta popular sobre a revisão da legislação punitiva do aborto. Isso porque, em se tratando de um debate que remete a uma questão essencialmente moral, de foro íntimo, não há

como fundamentar a sua legalização pelo voto popular, porquanto um plebiscito analisará a questão sempre sob a perspectiva e valores do outro.

A decisão de ter filhos deve ser uma escolha de compromisso, que dá azo ao evento de suma importância para afirmar o começo da vida humana, qual seja, o acolhimento do nascituro pela mulher que deseja e decide ser mãe. Esta decisão inaugura um processo de consolidação e proteção desta vida intra-uterina, porquanto reconhece no nascituro um ser humano enquanto tal.

Por outro lado, é certo que a interrupção voluntária da gravidez não deve e nem será tratada como método anticoncepcional, porquanto, além de ser uma providência muito mais grave, constitui motivo de profunda tristeza para as mulheres que o praticam.

De qualquer forma, uma constatação parece inafastável: um sistema tão repressivo como o ora vigente dá lugar a um número enorme de abortos clandestinos que põem em risco a vida e a saúde da mulher, sem proteger, na prática, o interesse contraposto, qual seja, a vida do nascituro. Assim, não só a Constituição, mas também a moral e a racionalidade indicam-nos que é preciso reformar a lei, tornando-a mais compatível com os valores de um Estado laico e pluralista, que, sem negligenciar da proteção da vida pré-natal, assegure os direitos das mulheres.

Os dados ora referidos revelam que a punição do aborto não impede que as mulheres o realizem. A manutenção da sua criminalização significa fechar os olhos à realidade, à discriminação, ao sofrimento e violação dos direitos fundamentais destas mulheres. Note-se que as conseqüências desastrosas dos abortos clandestinos já deságuam no sistema público de saúde e já representam gastos significativos.

A experiência dos países que descriminalizaram o abortamento e normatizaram o seu atendimento, comprovam a redução das mortes maternas, mesmo com a manutenção das taxas médias de abortamento. A legalidade do abortamento seguro poderá salvar mais vidas e evitará que as mulheres adoeçam ou fiquem com seqüelas.

7. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Valdéz. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1997.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Processo-Consulta CFM 1.839/1998. Anencefalia e transplante. Relator de Vista: Cons. Marco Antônio Becker. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm>. Acesso em 25.04.2006.

COOK, Rebecca. Estimulando a efetivação dos direitos reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). *Reprodução e sexualidade* – uma questão de justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

COSTA, Sérgio Ibiapina F. Anencefalia e transplante. *Revista da Associação Médica Brasileira*, v. 50, n. 1. São Paulo, jan.-mar. 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Artigo 142 – interrupção da gravidez não punível. In: _____ (Org.). *Comentário Conimbricense do Código Penal* – parte especial – artigos 131º a 201º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999b. t. I.

DINIZ, Débora. O luto das mulheres brasileiras. Disponível em <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm >. Acesso em 16.13.2006.

DWORKIN, Ronald. *Dominio da vida* – aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FAÚNDES, Aníbal; BARZELATTO, José. *O drama do aborto* – em busca de um consenso. Campinas: Editora Komedi, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre direito e moral. *Revista do Ministério Público*, n. 94. Lisboa, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia – breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *RT* 833. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Algumas questões sobre o aborto. *Revista ICP*, v. 1. Instituto de Ciências Penais. Belo Horizonte, 2006.

GOMES, Luz Flávio. Aborto anecefálico e imputação objetiva: exclusão da tipicidade. João Pessoa, a 1, n. 26, 13.06.2005. Disponível em http://www.juristas.com.br. Acesso em 27.06.2005.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. Trad. Rita D. Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Dimensões da dignidade* – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KOTTOW, Miguel. Bioética Del comienzo de la vida. Quantas veces comienza la vida humana? *Bioética*, v. 9, n. 2. Conselho Federal de Medicina, Brasília, 2001.

LOREA, Roberto Arriada. Aborto e direito no Brasil. In: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). *Em defesa da vida*: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PEDREIRA, Denise Araújo Lapa. Malformações do sistema nervoso central. In: CHA, Sang, ZUGAIB, Marcelo. *Medicina fetal*. São Paulo: Atheneu, 1993.

Perguntas mais freqüentes sobre anencefalia. Disponível em <http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.htm>. Acesso em 16.03.2006.

PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia. *Folha de S.Paulo*, 25.11.2004, p. A3.

REALE JR., Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

REDE FEMINISTA DA SAÚDE. *Dossiê aborto*: mortes previníveis e evitáveis. Belo Horizonte: Rede Feminista da Saúde, 2005.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Interrupção voluntária da gravidez com antecipação de parto de feto inviável. *Revista do Ministério Público Federal e Territórios*, n. 3. Brasília, 2000.

_____. Antecipação terapêutica do parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Editora Letras Livres, 2003.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *El derecho y la bioetica ante los limites de la vida humana.* Madrid: Editorial Centro de Estudos Ramón Areces, 1994.

ROSADO-NUNES, Maria José. Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres. In: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). *Em defesa da vida*: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do direito penal. Conferência realizada no dia 07.03.2002, no encerramento do *Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin*, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 22.03.2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Dimensões da dignidade* – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: CAVALCANTI, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). *Em defesa da vida*: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

SEGRE, Marco; HOSSNE, Wiliam Saad. O aborto e o transplante de tecido fetal. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v2/abortrans.htm >. Acesso em 30.12.2005.

TASSE, Adel El. Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 27. Porto Alegre, 2004.

TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo*: descriminalização e avanços tecnológicos da medicina contemporânea. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. A anomalia fetal incompatível com a vida como causa de justificação para o abortamento. *Revista da AJURIS*, n. 33. Porto Alegre, 2004.

Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible

Kai Ambos
Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal,
Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional
de la Universidad Georg-August de Gotinga, Alemania Federal.
Juiz do Tribunal Estadual de Göttingen.

Resumen: Probablemente, el más ambicioso proyecto de las investigaciones en derecho penal comparado de hoy en día es la elaboración de una estructura o concepto universal del crimen (*Verbrechenslehre*, *teoría del delito*, *teoria del reato*), esto es, las reglas, estructura o sistema de acuerdo al cual nosotros decidimos que una determinada persona merece ser castigada por una determinada conducta. Dada la práctica y el *case law* desarrollados por los tribunales penales internacionales, la cuestión acerca de la existencia de una estructura universal del delito resulta especialmente relevante en el ámbito del derecho internacional penal, más allá de la que es posible deducir de su práctica. Sin embargo, podría ser fatal ignorar, en su elaboración, los siglos de esfuerzo prolongado de las doctrinas nacionales para desarrollar una *teoría del delito* (*Verbrechenslehre*) consistente. Es más, un sistema universal debe ser desarrollado desde o, al menos, sobre la base de los sistemas y doctrinas nacionales, esto es, requiere una aproximación comparativa y conceptual. Tal aproximación, como cualquier trabajo serio en derecho comparado, requiere, antes que todo, el dominio de otros lenguajes diferentes al nativo y, adicionalmente, una apertura hacia los sistemas de justicia criminal extranjeros y sus soluciones al problema del crimen. Pero, en la misma medida que es obvio que las habilidades lingüísticas son indispensables para comprender y desarrollar

conceptos y doctrinas universales, es igualmente claro que ellas no son suficientes para encontrar las respuestas a las cuestiones difíciles y complejas que se presentan más allá del puro nivel terminológico o conceptual. Algunas de esas cuestiones difíciles son tratadas en el siguiente artículo, sin pretender, no obstante, ofrecer ninguna respuesta definitiva.

Palabras-clave: Teoría del delito – Aproximación sistemática *vs.* casuística – Derecho internacional penal – Corte Penal Internacional.

Abstract: Maybe the most ambitious research project of comparative criminal law nowadays is the creation of a universal structure or concept of crime (*Verbrechenslehre*, *teoría del delito*, *teoria del reato*), that is the rules, structure or system on which we base our decision that a certain person deserves punishment for a certain conduct. Given the practice and case law approach developed by the international criminal courts, the issue of an existing universal structure is especially relevant to international criminal law (hereinafter *ICL*), even more so than one may even infer from its practice. However, it would be terrible to ignore the continued efforts over centuries of the national doctrines towards developing a consistent theory of crime (*Verbrechenslehre*). A universal system must be developed from or at least based on the national systems and doctrines; it requires a comparative and conceptual approach. Such an approach, as any serious work on comparative law, requires a mastery of languages other than one's own native language and an openness towards foreign criminal justice systems and their solutions to crime. While language capabilities are obviously indispensable to understand and develop universal concepts and doctrines, it is also clear that they are not enough to find the answers to hard and complex issues which often go beyond the pure terminological or conceptual level. Some of these difficult issues will be addressed in the next article without pretending nonetheless to offer any definitive answer.

Keywords: Theory of crime – Systematic *vs.* case law approach – International criminal law – International Criminal Court.

SUMÁRIO: Introducción – 1. Teoría del delito y la cuestión del *sistema* – 2. Elementos inalienables y la coherencia del sistema – 3. Derecho penal internacional, en particular el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y la cuestión del sistema – 4. Conclusión – 5. Bibliografía.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

Introducción[1]

En un rompedor artículo publicado en la revista *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften* en 1970, Enrique Gimbernat describió en los siguientes términos la razón de ser de la dogmática jurídico-penal:

"Hace posible (...) al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté la dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite."[2]

La idea central contenida en esa descripción, relativa a la consecución de la *seguridad jurídica (y jurídico-penal) a través de la dogmática jurídico-penal* puede

1. Traducción del original en alemán e inglés por Rafael Alcácer Guirao; originalmente publicado en García Valdés et al (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat.* Madrid (Edisofer), 2008, pp. 97-124.

2. E. Gimbernat, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? *ZStW* 82, 1970, pp. 405 ss.

considerarse como un presupuesto asumido en los sistemas jurídicos desarrollados de los países de Europa continental.[3]

Dentro de estos sistemas jurídico-penales pueden citarse –como Estados centrales y *pesos pesados* de la dogmática penal europea– a Alemania, Italia y España, así como también –como Estados menores o, desde el punto de vista de la dogmática, jóvenes–, entre otros, a Grecia, Austria, Portugal, Polonia, Suiza y Turquía (en Asia puede mencionarse a Japón y Corea del Sur).[4]

Quien haya tenido la oportunidad de estudiar o ejercer el derecho penal en países europeos del entorno jurídico propio del *civil law* en los que el nivel científico del derecho penal no es tan elevado, habrá podido apreciar con rapidez las ventajas inherentes a una dogmática jurídico-penal desarrollada y de un pensamiento sistemático alabadas por Gimbernat. Así, por ejemplo, en Latinoamérica los ejemplos de una aplicación del derecho dogmáticamente incorrecta o –aun peor– arbitraria, son incontables.[5] Y en relación con los Estados Unidos – el ordenamiento jurídico más importante del *common law* – afirma Fletcher que "las estructuras teóricas de la responsabilidad criminal son demasiado débiles para resistir las presiones

3. Cf. también, por ejemplo, Eb. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. ed., 1965, p. 148, quien considera que el fin de la ciencia del derecho penal está "al servicio de la justicia (...) a través del desarrollo de un sistema conceptualmente claro (...) y de la fundamentación de cada teoría en presupuestos filosóficos indiscutidos". "El sistema, dentro del que se ordena cada particularidad bajo conceptos generales más amplios y elevados, sirve al dominio y ordenación de la informe materia jurídica y garantiza con ello al mismo tiempo el avance hacia un método más seguro para el enjuiciamiento práctico de (...) cada caso particular (...)."

4. Una consideración similar se encuentra en Fletcher, en A. Eser; W. Hassemer; B. Burkhardt (Eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 235, 237, quien diferencia los distintos ámbitos de influencia alemana: en primer lugar los países católicos de lenguas románicas (España, Portugal, Italia, Latinoamérica), y en segundo lugar, los países con lenguas más complejas (sobre todo Japón, Korea, Grecia, Finlandia, Turquía y Polonia).

5. Véase por ejemplo la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia peruana de 24.11.2004 (R.N. 552-2004-Puno) donde la prohibición de regreso se confunde con el principio de confianza y, peor aún, con conceptos subjetivos como la *buena fe*, ausencia de concierto criminal y falta de conocimiento.

políticas favorables a la incriminación".[6] Expresadas sintéticamente, pueden citarse las siguientes ventajas de una dogmática jurídico-penal sistemática:[7]

• Resolución completa y *económica* de los casos;

• Aplicación del derecho racional, equitativa y diferenciada;

• Más facilidad y mejor aplicabilidad del derecho;

• Perfeccionamiento creador del derecho sobre la base del análisis de las relaciones intrasistemáticas (como ejemplo puede citarse el desarrollo del estado de necesidad justificante a partir del estado de necesidad suprapositivo);

• Una mejor identificación de las decisiones valorativas implícitas del sistema jurídico-penal.

En conclusión, un sistema del hecho punible así concebido proporciona una estructura o esquema ordenado que incorpora todos los elementos o componentes necesarios para la valoración como antijurídica y/o culpable de una conducta humana. Por supuesto que a esta perspectiva sistemática le son inherentes ciertos riesgos, tales como desatender las particularidades del caso concreto, o asumir implicaciones político-criminales no deseadas;[8] no obstante, la existencia de estos riesgos no conlleva que el pensamiento sistemático deba ceder antes una perspectiva puramente casuística e inductiva, tal y como es mayoritariamente practicada en el derecho angloamericano.[9] Independientemente de ello, es preciso

6. G. Fletcher, *Buffalo Criminal Law Review* 1, 1998, pp. 275, 283.

7. Vid. ya Eb. Schmidt (nota 3). Básico, B. Schünemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en _____ (Ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1983, pp. 1 ss.; vid. también Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. ed., 2006, § 7 marg. 37 ss.; Naucke, *Einführung in das Strafrecht*, 10. ed., 2002, § 7 n.m. 1 ss.; desde una perspectiva italiana cf. M. Donini, *Verbrechenslehre*, 2005, pp. 42-43, (el original es *Teoria del reato*, Turin, 1999); desde una perspectiva española E. Gimbernat, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, *ZStW* 82, 1970, p. 405.

8. Cf. Roxin (nota 7), § 7 marg. 43 y ss.

9. En relación con esto habla Fletcher de un *pensamiento legal plano* [*flat legal thinking*] [The right and the reasonable, *Harv. L. Rev.* 98, 1985, p. 949, reimpr., en _____; Eser (Eds.), *Justification and excuse 1*, 1988, p. 67]. Recientemente habla también de una aproximación *holística*: G. Fletcher, The grammar of criminal law. American, comparative, international, v. 1: *Foundations*, manuscrito (prevista su aparición en 2007 en OUP), pp. 85 ss.

plantearse la cuestión relativa a si, y en qué medida, un sistema jurídico-penal conscientemente deductivo y dogmático puede ser también trasladable y desplegar efectividad más allá de las fronteras de su ámbito de influencia a un plano global, en concreto al *common law* angloamericano. A este respecto, la escasa influencia de la dogmática de habla alemana (y con ella la de sus dogmáticas afines) sobre el desarrollo del derecho penal internacional (material), ya criticada en otro lugar,[10] así como el dominio en absoluto consolidado del pensamiento sistemático en el ámbito del derecho penal (material) europeo[11] hacen surgir ciertas dudas. Si se parte de la premisa – tal como este autor hace– de que una Parte General universalmente válida debe ser ante todo comprensible y aplicable,[12] la "casi inabarcable sofisticación y diversificación del instrumental dogmático"[13] – en una palabra, la *hiperdogmatización* [*Überdogmatisierung*] propia de Alemania (y de España o Italia) puede terminar por resultar contraproducente y –frente a lo afirmado por Gimbernat– dar lugar a una exagerada tendencia hacia la fijación de conceptos, en detrimento de una solución material de los problemas que está llamada a resolver.[14] Sea como fuere, desde la perspectiva de un común sistema europeo, o incluso desde una perspectiva global, se plantean a mi entender algunas cuestiones básicas que quiero abordar a continuación, con la expectativa de que puedan ser del interés del homenajeado.

10. K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2. ed., 2005, pp. 54 y s.; en español: *La parte general del derecho penal internacional*, 2006, reimpr., pp. 49 y s.

11. Vid. K. Ambos, *Maastricht journal of european and comparative law*, 2005, pp. 12, 173; en español en *Cuadernos de Política Criminal*, 2006, pp. 51 y ss.

12. Cf. Ambos, AT, p. 54 con ulteriores referencias; el mismo, PG, (nota 10), p. 49; también, el mismo, *Remarks on the* general part of international criminal law, *Journal of International Criminal Justice 4, 2006*, p. 660.

13. Lenckner, en Schönke; Schröder, *StGB*, 27. ed., 2006, Introducción §§ 13 ss., n.m. 22. Schünemann, *L. H. a Roxin*, p. 2, se queja igualmente de un "excesivo refinamiento de la dogmática jurídica"; en contra por ejemplo Roxin, Conversación con Thomas Duve, *Forum "historiae iuris"*, 15.05.2006, <www.forhistiur.de/zitat/0605duve-roxin.htm.>, n.m. 20, quien con relación a esta cuestión da expresamente la razón a Gimbernat (n.m. 25).

14. Gimbernat, *ZStW* 82, 1970, p. 408.

1. Teoría del delito y la cuestión del *sistema*

La única teoría jurídico-penal que, en lo que alcanzo, reivindica derivar conclusiones lógicas de presupuestos teóricos es la escuela finalista. El pensamiento finalista, representado en especial por Hans Welzel,[15] lleva necesariamente a un sistema tripartito del delito en el que se distingue entre la vertiente subjetiva del hecho como una parte de la tipicidad, antijuridicidad objetiva y subjetiva, y la culpabilidad entendida en sentido normativo. Esta concepción presupone la exigencia de una acción como punto de partida de la responsabilidad criminal o –más exactamente– de la imputación criminal.[16] Y lo que es más importante, desde la perspectiva finalista[17] esa acción humana no constituye sólo un mero acontecimiento naturalístico en el mundo exterior, sino que viene determinado por una intención u propósito surgido de la esfera interna del agente.[18] Expresado en otros términos, una acción humana no es sólo una causa objetiva de un determinado efecto o resultado, sino que determina el resultado conseguido y, como tal, posee un elemento mental –un deseo, un propósito etc.– de que la acción causal dé lugar a un determinado resultado. En este sentido, la acción finalista es

15. Vgl. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, *ZStW* 58, 1939, pp. 491, 505 ss.; el mismo, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4. ed., 1961, p. 4; el mismo, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed., 1969, pp. 33 ss.

16. En consecuencia, no puedo coincidir con las críticas de Husak hacia la exigencia de acción vertidas en su *Philosophy of criminal law*, 1987, pp. 83 ss. De hecho, le objetaría que la acción no puede ser reemplazada por la noción de control (ibid., pp. 97 ss.), pero que el control precede a la acción o, en otras palabras, que la acción presupone el control. Para una –menos convincente– crítica vid. también A. P. Simester, On the so-called requirement for voluntary action, *Buff. Crim. L. Rev.* 1, 1998 pp. 403, 407 ss. Sobre que la falta de voluntariedad impide la concurrencia del hecho típico, es convincente C. Finkelstein, Involuntary crimes, voluntarily committed, en Shute; Simester, *Criminal law theory*: doctrines of the general part, pp. 143, 148.

17. Acerca de la importancia de la teoría final de la acción para el desarrollo de la teoría del derecho penal vid. recientemente Bacigalupo, Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht, en *L. H. a Eser*, 2005, pp. 61-72; Cerezo Mir, Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre, en *L. H. Eser*, 2005, pp. 101, 104.

18. Welzel, *Das neue Bild* (nota 15), pp. 4 ss.

vidente, mientras que un acto causal puro es *ciego*.[19] Si uno interpreta la concepción finalista como puramente volitiva –en el sentido del famoso dicho de Welzel de que la "voluntad es la columna vertebral de la acción"[20]–, podría ser comparada con la intención en sentido estricto propia del *common law*. En los términos expuestos por Andrew Ashworth: "el núcleo de la intención es sin duda la finalidad, el objetivo, el propósito".[21]

La *subjetivación* de la acción humana conlleva la consecuencia de que los elementos legales del delito englobados en el tipo no pueden ser plenamente entendidos sin tomar en cuenta la parte subjetiva, interna, de la conducta. De hecho, el dolo forma parte de la voluntad final de realizar la acción (*voluntad final de realización*), es la voluntad final con relación a los elementos legales del delito.[22] Así, el dolo pasa a formar parte del tipo penal y la (neo) clásica estructura bipartida del delito, que distinguía entre injusto y culpabilidad –todavía dominante en los países del *common law*–, ha de ser reemplazada por una estructura tripartita que distinga entre los elementos objetivos y subjetivos del delito (tipicidad), antijuridicidad y culpabilidad.[23] El cambio que ha traído la perspectiva finalista puede ser fácilmente identificado si uno compara la estructura clásica basada en una comprensión causal y naturalística de la acción (propia de fines del siglo XIX y de autores como v. Liszt, Beling o Binding) con la estructura (post) finalista:

19. Welzel, *Strafrecht* (nota 15), p. 33.

20. Welzel (nota 15), pp. 34: "(...) das kausale Geschehen lenkende Wille das Rückgrat der finalen Handlung".

21. A. Ashworth, *Principles of criminal law*, 5. ed., 2006, p. 175.

22. Welzel, *Das neue Bild* (nota 15), p. 8.

23. Vid. asimismo Eser, Justification and excuse: a key issue in the concept of crime, en _____; Fletcher (Eds.), supra nota 9, pp. 61 ss. Desde una perspectiva italiana Donini (nota 7), pp. 47-48, 58, poniendo de manifiesto que mientras la doctrina opta por una estructura tripartita sobre la base del modelo alemán, la estructura bipartita corresponde a la tradición del siglo XIX y es todavía aplicada por los tribunales.

Tabla 1: Estructura clásica del delito

I. *Injusto*	
1. *Tipo* (objetivo)	**1. *Antijuridicidad***
Acción *(movimiento corporal voluntario* Resultado/consecuencia *(cambio en el mundo exterior)* causalidad *(teoría de la equivalencia – "condicio sine qua non")*	
II. *Culpabilidad* (psicológica)	
Responsabilidad mental/capacidad como requisito de culpabilidad Elementos de la culpabilidad: *Intenciones, motivos* *Dolo* (conocimiento de la antijuridicidad, controvertido) Ausencia de causas de exclusión de culpabilidad (necesidad et al)	

Tabla 2: Estructura (post) finalista del delito

I. *Tipicidad*	
1. Objetiva	**2. Subjetiva**
[*Actus reus*] Acción Resultado/consecuencia Causalidad como requisito mínimo de la imputación (objetiva)	[*Descriptive mens rea*] elementos subjetivos (específicos), motivos Dolo
II. *Antijuridicidad*	
Situación objetiva de una causa de justificación elemento subjetivo de justificación	
III. *Culpabilidad* (normativa)	
Capacidad mental conocimiento de la antijuridicidad Ausencia de causas de exculpación dolo, elementos subjetivos específicos, motivos como formas de culpabilidad (post-finalista, controvertido)	

De estas tablas se evidencia que el cambio auspiciado por el finalismo tuvo dos vertientes: De una parte, los elementos psicológicos de la culpabilidad (el dolo y elementos subjetivos específicos fueron *elevados* desde la culpabilidad (en sentido psicológico) a la tipicidad. De otra, la doctrina finalista confirma o refuerza la normativización de la culpabilidad que ya había sido iniciada por la escuela neoclásica.[24] Así, la culpabilidad deja de ser entendida (únicamente) como la intención (psicológica) de causar un cierto resultado (esa intención pasa ahora, en el dolo, a formar parte de la tipicidad), y para a concebirse como la reprochabilidad (moral) de la conducta del autor, en el sentido de un *concepto normativo de culpabilidad*. Si A mata a B habrá intentado producir ese resultado dado que sabía –elemento cognitivo– que disparar una bala en el corazón de B llevaría a la muerte, y quizá también haya sido ésa la finalidad de su acción –elemento volitivo–. Pero constituye otra cuestión distinta la de si la muerte de B puede ser reprochada a A cuando, por ejemplo, A actuó bajo la influencia de drogas o sufría una enfermedad mental. Dicho concepto normativo de culpabilidad es, en realidad, y como correctamente pone de manifiesto Fletcher,[25] consecuencia necesaria de la aceptación de la *imprudencia* como forma delictiva. Mientras que la voluntad y el conocimiento, como formas más graves del hecho punible, son compatibles con un concepto psicológico de culpabilidad, la imprudencia conlleva un juicio moral o normativo con relación a un estándar objetivo de cuidado (desde la perspectiva, tal como suele admitirse, de un hombre razonable) y la capacidad individual del autor de actuar conforme a dicho estándar. Afirmar que alguien actuó imprudentemente es reprocharle haberse apartado del estándar normativo razonable a pesar de su

24. Sobre esta aproximación vid. infra notas 52 ss. y texto principal.

25. Fletcher (nota 10), p. 471 ss., hablando de un "reconocimiento implícito de la teoría normativa" en la codificación de la *recklessness* y la imprudencia en el *Model Penal Code* (p. 471) y, como consecuencia ulterior, la "elaboración de una estructura tripartita" (p. 477).

capacidad de haber actuado de otro modo.[26] A pesar de que el concepto de acción tiene importantes consecuencias estructurales, no es el aspecto más importante de la doctrina finalista, especialmente si uno busca efectos generales o deducciones lógicas con relación al sistema del delito como un todo. Ciertamente, el tránsito del dolo desde la culpabilidad a la tipicidad había sido ya sostenido por *Hellmuth v. Weber*.[27] Mucho más importante es el planteamiento ontológico de la escuela finalista; es decir, la idea de que hay determinadas estructuras preexistentes a la ley –estructuras de la realidad– que predeterminan el contenido de nuestras leyes penales.[28] De hecho, tal alentamiento ontológico precede al concepto de acción, en la medida en que este último es una consecuencia del anterior o, en otras palabras, la estructura final de la acción es una de las realidades ontológicas, quizá la más importante.

El problema es que el pensamiento finalista, al menos en sus perfiles originales, cuenta hoy con muy pocos seguidores y la doctrina alemana posterior (así como la española y la portuguesa, no tanto la italiana)[29] ha rechazado convincentemente

26. Para una aproximación crítica a la doctrina clásica vid. G. Duttge, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, pp. 41 ss. (pp. 88 ss.), demostrando que ya la concepción clásica de la imprudencia como infracción de un deber de cuidado no podía existir sin recurrir a estándares normativos; de hecho, la noción misma de imprudencia tiene en sí carácter normativo. El mismo Duttge recurre a la idea del *Veranlassungsmoment*; es decir, a la asunción de la posible infracción de la norma por parte del potencial infractor (pp. 356 ss.), e intenta obtener una mayor certeza a través de una aproximación mixta psicológica-normativa pp. 361 ss.).

27. H. v. Weber, *Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts*, 1929; el mismo, *DJZ*, 1931, pp. 663, 666; el mismo, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, pp. 9 ss.

28. Cf. F. Loos, H. Welzel, en *Rechtswissenschaft in Göttingen* (ed. Loos), 1987, pp. 486, 495 ss.; H.-J. Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, en *L. H. Colonia* (editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia), 1988, pp. 399, pp. 401 ss., pp. 415 ss.; Bacigalupo (nota 17), pp. 62 ss., pp. 73 ss. (2005); Cerezo, supra nota 17 (2005), pp. 101 ss., considerando que el objeto de referencia de lo ontológico es el *conocimiento de la existencia*, no lo fáctico o real (p. 101).

29. En Italia, la concepción finalista no tuvo al principio muchos seguidores, siendo primero rechazada por razones teóricas (en los años 50 y 60) y después (en los 70) por razones político-criminales (cf. Donini, supra nota 8, pp. 15-16 con diversas referencias).

muchos de sus puntos de vista. En primer lugar, se ha dicho que la metodología ontologicista ignora la relevancia del contexto político, social, económico y cultural para la creación de normas penales. Dado ese contexto, la normativa penal no es una mera consecuencia de estructuras lógico-objetivas preexistentes sino que se deriva de determinadas decisiones normativas o político-criminales, y éstas dependen de ese contexto.[30] Así, el profesor japonés *Keiichi Yamanaka* reivindica correctamente un *cambio de contexto*, una *japonización de las teorías alemanas*, en aras de hacerlas aplicables a la realidad social de su país.[31] Realmente, para el derecho penal, así como para cualquier otra ciencia socialmente relevante, resulta aplicable el famoso proverbio propio de las políticas de desarrollo "toda política es local, todo gobierno es local".[32] Siquiera por esta razón no resulta posible concebir la acción como un concepto ontológicamente prefijado, sino sólo como expresión de algo socialmente relevante, sea sobre la base de una teoría de la comunicación social, sea por cualquier otra teoría que tenga en cuenta que una acción se remite a una relación intersubjetiva de comunicación. Esto no excluye la posibilidad de un concepto autónomo, pre-legal, de acción,[33] pero este concepto no puede ser desarrollado ontológicamente, o al menos no exclusivamente. Esta es la razón por la que todavía tenemos diferentes Códigos penales, incluso en nuestras similares

30. Vid. las críticas de Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, *ZStW* 74, 1962, p. 515; el mismo, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. ed., 1973, pp. 5-6, 13-14; el mismo (nota 7), § 7 marg. 24. Incluso los seguidores del finalismo han abandonado la metodología ontológica: cf. Bacigalupo (nota 17), p. 74. Para una perspectiva angloamericana vid. P. Alldridge, Making criminal law known, en Shute; Simester (nota 16), pp. 103, 111: "(...) el derecho penal es distinto según el contexto histórico y cultural (...)".

31. En un reciente simposio germano-japonés llamado *Rezeption und Reform in deutschen und japanischen Recht*, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Kansai de Osaka y la Universidad Georg-August de Göttingen, que tuvo lugar en Göttingen los días 11 a 13 de septiembre de 2006, Yamanaka dictó una conferencia titulada: Modificaciones de la dogmática después de la Segunda Guerra Mundial. En relación con el necesario *cambio de contexto*, dijo: "En aras de conseguir la finalidad de acomodar las normas a la realidad social, la teoría original debería ser modificada según el contexto social japonés".

32. Cf. el editorial del número 47 de *Entwicklung und Zusammenarbeit* 310, 2006.

33. Vid. también Fletcher (nota 9), p. 390: "el concepto tiene una vida propia".

sociedades occidentales, y por la que nuestros conceptos legales no pueden ser sin más transferidos de un sistema a otro. Junto a ello, la metodología ontológica ignora la importancia del lenguaje en la construcción de nuestra realidad y, por lo demás, de nuestras leyes.[34] Las palabras que empleamos no son meros reflejos de la realidad sino una expresión de cómo vemos las cosas, no son deducciones lógicas desde estructura del mundo previamente existente sino construcciones humanas sobre la base de un consenso social. De lo afirmado se sigue que la estructura final de la acción no es realmente una consecuencia ontológica sino una construcción basada en un consenso entre penalistas.[35] Además, recientes investigaciones psicológicas han mostrado que la "conciencia existe en grados"[36] y que la mayoría de la gente no planea conscientemente todas sus comportamientos.[37] Así, apenas puede discutirse de que existen acciones *involuntarias*, o al menos *inintencionadas*. Si piso el pie de mi vecino durante la cena no actúo –en el sentido finalista del término– con ese ánimo, intención, u objetivo etc., pero no obstante actúo, en el sentido de un movimiento corporal controlado. Sólo podría negarse el carácter de acción de mi conducta si hubiera sido forzado a pisar el pie o si estuviera tan borracho que ni siquiera pudiera darme cuenta de lo que hacía. De ello se infiere que la estructura final de la acción no puede explicar de modo necesario la subjetivación de la tipicidad ni con ello la estructura tripartita del delito. Antes que una consecuencia ontológica la teoría de la acción final demuestra que *una acción no*

34. Cf. Mir Puig, Grenzen des Normativismus im Strafrecht, en Hefendehl (Ed.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*: Symposium für B. Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, pp. 83-84 (el original español Límites del normativismo en derecho penal fue publicado en el *L. H. a Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 665-690).

35. Cf. Mir Puig (nota 34), pp. 92-93.

36. Cf. D. W. Denno, When two become one: views on Fletcher's, two patterns of criminality, *Tulsa L. Rev.* 39, 2004, pp. 781, 793 ss., poniendo de manifiesto –sobre la base de recientes investigaciones sobre la conciencia– que "los procesos mentales de la mayoría de la gente no tienen lugar en un lugar elevado de la consciencia, sino que ocurren en un mundo crepuscular de 'impulsos semiconscientes, automatismos y acción reflexiva'" (p. 794, citando a McCrone).

37. Ibid., pp. 797-798.

puede ser entendida únicamente sobre la base de su externalización objetiva sino que la relación subjetiva entre el agente y la acción posee una importancia simbólica referida a que con su acción el agente expresa un grado de oposición a la norma proporcional a la intensidad de su dolo.[38] Al mismo tiempo, con la intensidad del dolo aumenta el riesgo para el bien protegido por la norma.[39]

De cualquier modo, todas estas consideraciones críticas no modifican el punto de partida de la escuela finalista sobre la estructura del delito, tal como se muestra en la tabla segunda; es decir, las consecuencias sistemáticas de la perspectiva finalista continúan siendo correctas, no obstante el rechazo de sus asunciones normativas (ontológicas).[40] En lo que alcanzo, no hay otra teoría sobre la naturaleza del delito que acoja premisas tan estrictas y sólidas. El principio de lesividad y la doctrina paralela del bien jurídico no predeterminan la cuestión relativa a la estructura del delito; su finalidad –en sí misma importante– es intentar limitar la aplicación del derecho penal, si bien cada día resulta más discutible que puedan conseguir adecuadamente ese propósito.[41] De igual modo, la teoría del castigo de Hegel como reafirmación de la norma no decide tampoco la cuestión de la estructura, tal como manifiesta Fletcher, en un sentido holista.[42] De hecho, esta teoría es seguida por uno de los más originales penalistas alemanes, Günther Jakobs, quien

38. Mir Puig (nota 34), pp. 97-98.

39. Mir Puig (nota 34), pp. 98 ss.

40. La misma idea se encuentra en Donini (nota 7), p. 16, con más referencias en nota 34.

41. Para un planteamiento crítico reciente de la teoría del bien jurídico, en particular sobre su incapacidad para ejercer de límite eficaz a la intervención penal a la luz de las nuevas formas delictivas de las ofensas T. Hörnle, *Grob anstössiges Verhalten*, 2005, pp. 11 ss., y L. Kuhlen, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, en Von Hirsch; Seelmann; Wohlers (Eds.) *Mediating principles*, 2006, pp. 152, 154-155. Para un panorama general, vid. Hefendehl; von Hirsch; Wohlers (Eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003. Con relación al principio de lesividad, ya Fletcher criticó en *Rethinking Criminal Law*, 1978, reimpr. 2000, p. 404, que es *infinitamente expandible*; crítico D. N. Husak, Crimes outside the core, 39. *Tulsa Law Review*, 2004, pp. 755, 766.

42. Fletcher (nota 9), p. 87.

ve en la pena la confirmación de la norma puesta en duda por la acción delictiva; esa confirmación es contrafáctica, en la medida en que la norma fue lesionada pero es restablecida por la sanción penal. Aun cuando pueda considerarse el sistema de Jakobs como *holista*,[43] él no deja de mantener una estructura tripartita del delito.[44] La razón es que tampoco un sistema holista puede prescindir de un pensamiento estructurado, esto es, basado en la clasificación, sistematización y ordenación, si ello sirve a la resolución de casos concretos.[45]

2. Elementos inalienables y la coherencia del sistema

A pesar de las críticas efectuadas contra algunas de las conclusiones del finalismo y su punto de partida ontológico, no puede negarse que "el derecho penal descansa sobre determinadas premisas filosóficas de validez universal"[46] y que estas premisas juegan un papel muy importante en limitar los excesos de una teoría puramente normativa del derecho penal.[47] Una de esas premisas se refiere

43. Vid. también Fletcher (nota 9), p. 422.

44. G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. ed., 1993.

45. Vid. supra nota 7 y texto principal.

46. G. Fletcher, From rethinking to internationalizing criminal law, *Tulsa L. Rev.* 39, 2004, pp. 979, 990.

47. Los límites de una teoría del derecho penal puramente normativa han sido fuertemente criticados en escritos recientes (vid. especialmente Mir Puig, supra nota 34). Ciertamente, los excesos de la doctrina jurídico-penal durante el régimen nacionalsocialista muestran cómo una teoría del derecho penal normativa puede servir para convertir el resentimiento en disposiciones jurídico-penales, con consecuencias mortales para los destinatarios de tal sentimiento (cf. H. Brettel, *GA* 2006, pp. 608 ss. recensionando el libro de Binding; Hoche, *Text zur Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, 2006; vid. también la introducción de Naucke en ese libro). De modo similar, la interpretación teleológico-objetiva ha sido criticada por ser "una puerta de entrada para valoraciones puramente subjetivas y prejuicios del aplicador del derecho", al no poder ser sus resultados verificados (Hilgendorf, *GA* 2006, p. 656, en la recensión de E. Simon, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, 2005, pp. 475-476; vid. igualmente Hilgendorf, en Hilgendorf; Kuhlen, *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz*, 2000, pp. 23; por último, la creciente materialización del derecho penal (J. Vogel, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, 2004, pp. 58 ss.) lleva a la vaguedad a través de la introducción de conceptos jurídicos indeterminados y la relajación del principio de legalidad; es decir, materialización en lugar de formalización.

a la doctrina de la acción humana y establece que los seres humanos –a diferencia de los animales– poseen una habilidad específica para determinar su conducta, independientemente de las cualidades y esencia de esa habilidad; esto es, ya sea volitiva en el sentido finalista, cognitiva o meramente consciente.[48] Es igualmente cierto que esa habilidad de –permítaseme decirlo así– autodeterminación consciente es el requisito previo necesario para cualquier regulación,[49] dado que en otro caso, esto es, si los actos humanos fueran sólo la consecuencia de la ciega causalidad, resultaría un fútil ejercicio intentar dirigir o controlar la conducta humana mediante normas.[50]

Una consecuencia ulterior y a mi juicio innegable del pensamiento finalista –y, en cuanto tal, un elemento inalienable del sistema– es la distinción entre el elemento mental de un delito (dolo) y la culpabilidad en un sentido normativo, tal como aparece ilustrado supra en las tablas 1 y 2. Esta distinción es el resultado de una larga y compleja evolución de la teoría del delito,[51] que comenzó con el descubrimiento de los elementos subjetivos como parte constitutiva de la tipicidad en los llamados delitos de finalidad trascendente, tal como, por ejemplo, los delitos puramente patrimoniales (robo, apropiación indebida etc.) caracterizados por poseer como elemento constitutivo un ánimo específico de privar al dueño de su propiedad con carácter definitivo (ánimo específico de lucro); en otras palabras, ese ánimo específico forma parte de la definición de la acción y como tal

48. En el sentido de la "conciencia (...) en grados" mencionada supra en nota 36. En la misma línea Fletcher (nota 9), p. 387: "algo que nos faculta para movernos en ese modo autónomo".

49. Vid., si bien desde una perspectiva finalista, F. Loos, Hans Welzel (1904-1977), *JZ* 2004, pp. 1.116 con nota 22.

50. Welzel, *Bild* (nota 15), p. 4; en igual sentido Mir Puig (nota 34), pp. 93-94. Esta perspectiva se aproxima al concepto de la ley de Austin como conjunto de normas de determinación. Vid. Austin, *Lectures on jurisprudence*, 1920, p. 13.

51. Sobre las cinco etapas de ese desarrollo cf. Schünemann (nota 8), pp. 18 ss. distinguiendo entre naturalismo, neokantismo, el enfoque holista (*Ganzheitsbetrachtung*), finalismo y el enfoque racionalista orientado a fines (*Zweckrationalismus*).

pertenece al tipo subjetivo. Ese descubrimiento data de comienzos del siglo XIX (Christoph Carl Stübel acuñó el término "tipo personal",[52] así también Anselm von Feuerbach)[53] y concluyó posteriormente – de la mano de autores como H.A. Fischer[54] and Hegler[55] – con el llamado sistema neoclásico del delito.

Es interesante mencionar que la doctrina anglo-americana también reconoce la distinción entre el *mens rea* en un sentido estricto (descriptivo) o, como lo denomina Kadish,[56] "en su sentido especial", y que engloba únicamente los elementos subjetivos psicológicos (toda clase de ánimos, incluidos los específicos o las intenciones trascendentes), y en un sentido amplio (normativo), llamado "*mens rea* en el sentido de la responsabilidad legal"),[57] que incluye los elementos subjetivo-normativos referidos a la reprochabilidad moral.[58] También se reconoce que existen delitos en los que la conducta típica sólo puede entenderse o definirse teniendo en cuenta la intención o propósito concreto con que el agente realizaba la acción; por ejemplo, en el caso del robo el apoderamiento debe venir acompañado de un ánimo específico de privar al dueño de su propiedad de modo permanente, o en el caso de la sustracción a la detención o a la persecución penal el acto objetivo (verbigracia, la compra de un billete de avión) debe venir presidido por un ánimo

52. C. C. Stübel, *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern besonders in Rücksicht der Tödtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, 1805, §§ 4, 18.

53. A. v. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 14. ed., 1847, § 55 con nota a.

54. H. A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911, pp. 138 ss.

55. A. Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, *ZStW* 36, 1915, pp. 19 (31 ss.).

56. S. H. Kadish, The decline of innocence, *Cambridge Law Journal* 26, 1968, pp. 273-274.

57. Kadish (nota 56), pp. 275.

58. Vid. también P. H. Robinson, en Dressler, *Encyclopedia of crime and justice* 3, 2. ed., 2002, p. 995; Weik, *Objektive und subjektive Verbrechenselemente im US-amerikanischen Strafrecht*, 2004, pp. 47, 80-81.

específico de sustraerse a la persecución penal.[59] En suma, resulta indudable que en estos casos "los elementos internos son necesarios para aprehender de modo correcto la conducta prohibida".[60] Esta *subjetivación* del hecho típico puede ser vista aún de modo más claro en los casos de delitos no consumados (tentativa, conspiración, proposición), dado que en estos casos el mero acto externo no infringe una prohibición penal y, como tal, es neutral o indiferente al derecho.[61] Tómese el ejemplo de una tentativa de lesiones en la que el autor alza su mano para golpear a alguien, pero en el que ese movimiento puede ser interpretado como el intento de abrazar a esa persona; el significado de la acción de levantar la mano depende de la intención con que el agente dirige la acción. En términos generales, "para describir los requisitos mínimos de la conducta prohibida, la definición de una tentativa debe incluir un requisito sobre el estado mental –la intención de realizar una conducta que constituiría una infracción de la norma".[62] Todavía hay cierta confusión con el uso del lenguaje. Resulta, por ejemplo, ambiguo utilizar el término culpabilidad para abarcar los elementos psicológicos del tipo en su sentido descriptivo (estricto).[63] De igual modo, y no obstante la correcta distinción entre elementos descriptivos y normativos del tipo, el sistema en su conjunto (la

59. Para otros ejemplos, cf. Weik, (nota 58), pp. 187 ss. Vid. también los ejemplos de ofensas que incorporan el conocimiento y/o creencias como elementos del tipo en Shute, Knowledge and belief in the criminal law, en _____; Simester (nota 16), pp. 171, 202 ss.

60. S. H. Kadish, Act and omission, *mens rea*, and complicity, *Cr. L. Forum* 1, 1989, pp. 65, 72.

61. Weik, (nota 58), p. 189.

62. P. H. Robinson, Should the criminal law abandon the *actus reus – mens rea* distinction?, en Shute; Gardner; Horder (Eds.), *Action and value in criminal law*, 2003, pp. 187, 209.

63. Vid. por ejemplo § 2.02 (2) del *Model Penal Code* referido a los cuatro estados mentales como *formas de culpabilidad*, o Sullivan, Knowledge, belief, and culpability, en Shute; Simester, (nota 16), pp. 297 considerando el conocimiento, la creencia y la ceguera voluntaria como requisitos de la culpabilidad (pp. 209, 215, 220, 225); crítico con esta terminología también Fletcher, (nota 10), p. 419. Para una perspectiva distinta, cf. K. Huigens, Fletcher's rethinking: a memoir, *Tulsa L. Rev.* 39, 2004, p. 803, quien de una parte critica la distinción entre lo descriptivo y lo normativo propuesta por Fletcher (pp. 804-805), y, de otra, da más importancia a la distinción entre conducta intencional y no intencional (p. 809).

estructura del delito) continúa operando sobre una base bipartita en la línea de la clásica dicotomía entre la parte objetiva (externa) y subjetiva (interna) – tal como se ilustra supra en la tabla 1 – estructura clásica–). La unión natural del tipo subjetivo con el objetivo continúa siendo ignorada. No alcanzo a entender esta resistencia del sistema antiguo, y tampoco los teóricos anglo-americanos parecen tener una explicación para ello.[64]

La distinción entre responsabilidad (subjetiva) y culpabilidad tiene también consecuencias en relación con la relevancia del *error* y, sobre todo, para la discusión entre error y de hecho y error de derecho. En realidad, el desconocimiento ante la ley constituye un error (puro) de derecho[65] y tal error deja incólume el dolo como parte del tipo. Si un soldado mata a un enemigo *hors de combat* y no sabe que es un crimen de guerra, el soldado ciertamente actúa con dolo, conociendo el resultado de su acción y queriendo ese resultado. Cuestión distinta es, no obstante, si el soldado puede ser hecho responsable o, de modo más preciso, si puede reprochársele su desconocimiento del derecho. La doctrina tradicional del error o la *ignorantia iuris* respondería afirmativamente, en la medida en que está basada en una *presunción de conocimiento* de la ley. Ello es, obviamente, una ficción, dado que no todos los delitos son *mala in se* y, en cuanto tales, conocidos por todo el mundo. De hecho, el creciente número de leyes penales especiales genera más y más *mala prohibita*.[66] Ello es igualmente cierto para el derecho penal internacional, al menos en lo relativo a los crímenes de guerra. Las cosas son más complicadas si nos referimos a causas de

64. Planteé esta cuestión a los participantes en la conferencia "Fletcher's the grammar of criminal law" (celebrada en la Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University, New York, los días 5 y 6 de noviembre) pero no obtuve respuestas.

65. Un error de derecho *puro*, como opuesto a un error referido a los elementos normativos del delito (Vid. Weik, supra nota 58, pp. 144, 206, 212).

66. Los contenidos exactos de las categorías en el actual derecho penal es en cualquier caso cuestión controvertida. Vid. las diferentes persepctvias al respecto en Duff, Rule-violations and wrongdoings, en Shute; Simester, (nota 16), pp. 47, 54 ss. y Alldridge, (nota 30), pp. 107 ss. Sobre la distinción casi paralela entre *delito verdadero* [*true crime*] e ilícito [*regulatory offence*] vid. Simester; Shute, On the general part in criminal law, en Shute; Simester, (nota 16), p. 10.

exclusión de la responsabilidad criminal (*defences*) como elementos negativos del hecho punible y por tanto extendemos la exigencia de conocimiento a las mismas. Ciertamente, su existencia y sus márgenes son por lo general desconocidos para el ciudadano medio. Desde esta base, no puede sorprender que haya una clara tendencia en contra de la doctrina de la *ignorantia iuris*, no sólo en los sistemas de derecho continentales,[67] sino también en el *common law*, expresado de modo evidente en la sección 2.04 (3) MPC [*Código Penal modelo*], que reconoce como causa de exclusión de responsabilidad el error (puro) de derecho.[68] Paralelamente, podría discutirse si el reconocimiento de un principio de culpabilidad constitucionalmente fundado, todavía ausente en el derecho anglo-americano,[69] contribuiría a superar doctrinas *objetivas* tales como la de la *ignorantia iuris*.

Otra consecuencia de un concepto autónomo de culpabilidad –sea ésta entendido normativa o psicológicamente– es la *distinción entre la justificación y la reprochabilidad* (culpabilidad) o, expresado en la terminología de las causas de exclusión de la responsabilidad penal, entre justificación y exculpación.[70] El ejemplo

67. Vid. § 17 StGB, incluyendo el error de prohibición, pudiendo remitirnos a la fundamental Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 18.03.1952.

68. Para un resumen de la discusión cf. Weik, (nota 58), pp. 144 ss.

69. No se encontrará en los más completos manuales de derecho penal norteamericanos capítulo alguno sobre el principio de culpabilidad. Vid. por La Fave, *Criminal law*, 4. ed., 2003, quien se refiere únicamente a que las disposiciones de responsabilidad objetiva conculcan el derecho a un proceso justo (p. 149); o bien S. H. Kadish; S. J. Schulhofer, *Criminal law and its processes*, 7. ed., 2001, haciendo mención a la culpabilidad (pp. 173 ss.) como noción omniabarcante de aspectos que van desde la conducta voluntaria (pp. 173 ss.) y el tipo subjetivo (descriptivo) (pp. 203 ss.) a los principios de proporcionalidad (pp. 278 ss.) y legalidad (pp. 290 ss.). En cualquier caso, no debe ignorarse que el reconocimiento formal de principios propios del Estado de Derecho como el de culpabilidad o legalidad está íntimamente vinculada a tradiciones o experiencias totalitarias. Ello podría explicar que esos principios estén plasmados más intensamente en las leyes (escritas) del países del ámbito del derecho continental de Europa central, del sur y del este así como en Latinoamérica y menos en el mundo angloamericano y el norte de Europa (Vid. también Gimbernat, supra nota 8, p. 387).

70. Sobre la importancia fundamental de esta distinción y su desarrollo histórico cf. Eser (nota 23), pp. 37 ss.

de la tabla de Kant,[71] o el caso Dudley Stephen[72] ponen de relieve la diferencia: si bien matar a otro en aras de la propia supervivencia viola la prohibición de matar y, como tal, es una acción antijurídica, no puede reprocharse a nadie, en un plano personal, el dar preferencia a su propia vida frente a la de los demás.[73] La división entre justificación y exculpación toma en cuenta dicha diferencia y proporciona una solución para estos casos no sólo más justa sino también más realista. Esta distinción cobra especial importancia en el derecho penal internacional en los casos en que una persona es obligada a actuar contra la ley, por ejemplo matando civiles inocentes, pero no puede ser hecho responsable por ello debido al grado de coacción ejercido contra ella y a las consecuencias que se derivarían de su desobediencia. Expuesto en términos más concretos: si, como en el caso Erdemovic resuelto por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, un simple soldado es obligado a matar civiles porque en caso contrario él mismo y su familia serán asesinados, sería demasiado esperar de él que resista a esa presión psicológica. Si bien el Tribunal optó por la solución contraria y más estricta, argumentando que privar de la vida a civiles inocentes es inadmisible cualesquiera sean las circunstancias[74] (y con ello ignorando la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad), esta perspectiva ha

71. Vid. también Fletcher (nota 41), pp. 231 ss.; crítico M. Kremnitzer; K. Ghanayim, Proportionality and the aggressor's culpability in self-defense, *Tulsa L. Rev.* 39, 2004, pp. 875, 888 ss.; desde un punto de vista alemán W. Küper, *Immanuel Kant und das Brett des Karneades*, 1999.

72. *Dudley and Stephens*, Queens Bench Division 14 (1884), p. 273, resumido en alemán por G. Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, 3. ed., 1956, pp. 69-74; sobre la base de la recepción de Radbruch el caso se hizo famoso en la doctrina alemana bajo el nombre del *caso Mignonette* (en referencia al nombre del yate hundido). Vid. por ejemplo H.-H. Jescheck; T. Weigend, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. ed., 1996, p. 195.

73. Vid. también para la coacción insuperable [*duress*] como causa de exención de la culpabilidad Duff (nota 66), p. 63 ss.

74. Acusación contra Erdemovic, Sentencia de 29.11.1996 (IT-96-22-T); Juicio de 07.10.1997 (IT-96-22-A); Sentencia de 05.03.1998 (IT-96-22-Tbis), párrafo. 8, 23. Sobre ello, con más referencias, Vid. K. Ambos, Other grounds for excluding criminal responsibility, en *The Rome Statute of the ICC*: a commentary 1 (Cassese; Gaeta; Jones (Eds.), 2002), pp. 1.003, 1.042 ss.

sido desbancada por el art. 31.1 d) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, en la medida en que dicho precepto no contempla la vida de otra persona como un límite absoluto de coacción, sino que tan solo exige un acto necesario y razonable para evitar el daño y un cierto grado de proporcionalidad subjetiva ("siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar"). Por último, aunque no menos relevante, la distinción entre justificación y exculpación permite dar una solución apropiada a los supuestos de mujeres maltratadas: si bien el homicidio del maltratador mientras duerme no puede ser justificado –en particular no por legítima defensa dada la ausencia de un ataque inminente[75]– podría ser exculpado por estado de necesidad o coacción insuperable [*duress*] como causas de exculpación.[76] La valoración subyacente a esta decisión es que mientras matar a otro constituye un acto antijurídico, no puede serle reprochado al homicida dado el historial de abusos y la falta de alternativas.

Otro ámbito donde la distinción entre justificación y culpabilidad ofrece una herramienta útil es en los casos de error sobre los presupuestos de una causa de justificación, también denominados de *justificación putativa*[77] o, en la doctrina alemana, *error sobre el tipo permisivo*. Tómese el caso Morgan inglés –como un ejemplo de consentimiento putativo– en el que la Cámara de los Lores decidió que los violadores (amigos de Morgan) de una mujer (esposa de Morgan) que

75. Para una perspectiva similar cf. Dressler, Battered women who their sleeping tormenters: Reflections on maintaining respect for human life while killing moral monsters, en Shute; Simester (nota 16), pp. 259, 264; en contra J. Horder, Killing the passive abuser: a theoretical defence, en ibid. pp. 283, 284 ss., extendiendo (su concepto personal de) legítima defensa a estos supuestos dado que, inter alia, la persona que sufre el abuso se halla secuestrada por el agresor (p. 295).

76. El Tribunal Supremo alemán hubo de juzgar varios casos en los que el agresor (*Haustyrann*) fue matado por la esposa u otro familiar, y admite, de principio, la eximente de estado de necesidad como causa de exculpación en el sentido del § 35 StGB (cf. BGH *NJW*, 1966, p. 1.823 ss.; *NStZ*, 1984, 20 ss.; BGHSt. 48, 255 ss.). Para una misma perspectiva desde un punto de vista anglosamericano vid. Dressler, (nota 75), pp. 275 ss., argumentando en favor de una circunstancia exculpatoria de la responsabilidad ("un supuesto de coacción en sentido amplio", p. 282); en contra, Horder, (nota 75), pp. 296-297.

77. Fletcher (nota 41), p. 762.

alegaron haber cometido la violación en la creencia de que a la mujer le gustaba ser violada (es decir, que consintió en la relación sexual) actuaron de buena fe y por lo tanto podían apelar al consentimiento como justificación.[78] O sirvámonos –como ejemplo de legítima defensa putativa– del caso Goetz, en el que Goetz abrió fuego sobre cuatro pasajeros del metro de Nueva York creyendo erróneamente que iba a ser atacado por ellos.[79] En ambos casos, los acusados alegaron la creencia en una situación fáctica (la prestación de un consentimiento por la víctima de una violación y el ataque inminente por los pasajeros) que, de haber acontecido en realidad, habría dado lugar a una causa de justificación, por consentimiento o por legítima defensa.[80] Asumiendo, *arguendo*, que la creencia de los acusados es creíble –de hecho, en la práctica de los tribunales la implausibilidad de tales creencias es por lo general la forma más fácil de rechazar tales justificaciones putativas[81]–, resulta evidente que la defensa alegada debe ser tomada en cuenta a la hora de establecer la responsabilidad penal, si bien la controversia gira en torno a cómo debería hacerse.[82] Simplificando la cuestión, parece claro por un lado que los acusados actuaron de modo objetivamente antijurídico, pero, por otro, subjetivamente (en su representación) creyeron actuar de modo acorde a derecho, y esto último habría de excluir,

78. *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, 1976 A. C. 182, 2 All E. R. 347, [1975] 2 W. L. R. 913 (H. L.).

79. Un completo estudio de este caso fue realizado por G. Fletcher, *A crime of self-defense*: Bernhard Goetz and the law on trial, 1988.

80. Para una cabal comprensión de lo afirmado en el texto, es preciso decir que estoy tomando aquí el consentimiento en la práctica de relaciones sexuales como una causa de justificación, si bien resulta más convincente considerarlo como parte de la propia definición del delito, dado que la violación es una forma específica de coacción y como tal presupone el doblegamiento de la libre voluntad de la víctima (Cf. T. Lenckner; W. Perron, en Schönke; Schröder, *Strafgesetzbuch*, 27. ed., 2006, § 177 n.m. 4, 11; cf. también Duff, supra nota 66, pp. 72-73).

81. Esta cuestión práctica es aparentemente pasada por alto por G. Fletcher, *Basic concepts of criminal law*, 1998, p. 160, criticando con demasiada virulencia la tesis de la falta de tipo subjetivo.

82. Acerca de las posibles soluciones vid. Fletcher (nota 81), 158 ss.; Vid. también Fletcher, Deutsche Strafrechtswissenschaft aus ausländischer Sicht, en *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende* (A. Eser; W. Hassemer; B. Burkhardt (Eds.), 2000), pp. 235, 248.

si bien la antijuridicidad, sí la culpabilidad de su conducta. En consecuencia, la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad es nuclear para la solución de estos supuestos y el error de no reconocer tal distinción lleva a soluciones tales como la subjetivación de la legítima defensa [§ 3.09 (1) *Model Penal Code*], tratando de igual modo los supuestos de justificación real y putativa[83] y por tanto negando a las víctimas (reales) su derecho a defenderse frente a sus atacantes (reales).[84] Yendo más allá de la opción por la justificación o la exculpación, puede discutirse si la justificación putativa es en realidad idéntica a una de estas alternativas: no es una justificación plena dado que le falta la situación objetiva de justificación, pero no es tampoco una exculpación plena dado que el autor no sólo sería exculpado, sino que también su conducta sería justificada si sus representaciones fueran reales. En este sentido, siendo correcto afirmar que la aplicación de la distinción entre justificación y culpabilidad a los casos de justificación putativa "ignora diferencias cruciales",[85] una aproximación puramente terminológica –distinguiendo entre actos *correctos incorrectos* y *adecuados*[86]– no resuelve la cuestión. En esencia, el carácter *sui generis* de la justificación putativa reside en el hecho de que el autor, en su propia representación, no actúa de modo desleal al ordenamiento legal sino que actúa de acuerdo al mismo, sobre la base de una justificación.[87] Por ello, dado el hecho de que tanto el elemento subjetivo del delito como el de la justificación suponen *juntos* el desvalor de la acción, la existencia del elemento subjetivo de la justificación anula el elemento subjetivo del injusto, siendo por tanto más

83. De acuerdo con Muñoz Conde, *Rethinking* the universal structure of criminal law, *Tulsa L. Rev.* 39, 2004, pp. 941, 952, el Tribunal Supremo español adopta la misma perspectiva.

84. Vid. la correcta crítica en Fletcher (nota 81), pp. 161-162; Huigens, en su análisis del caso Morgan (supra nota 63, pp. 809 ss.), rechaza la solución de Fletcher.

85. A. Duff, Rethinking justifications, *Tulsa L. Rev.* 39, 2004, pp. 829, 840-841.

86. Duff (nota 85), pp. 841-842.

87. Cf. BGHSt. 3 105, 107, donde el Tribunal Supremo alemán reiteró la clásica afirmación de que el autor "como tal leal al ordenamiento jurídico"; en la misma línea Roxin (nota 8), § 14 nm. 64.

convincente tratar a quien actúa bajo una justificación putativa *análogamente* a quien actúa sin intención, en tanto en cuanto a la postre en ambos casos falta el elemento subjetivo del injusto (dándose los elementos del injusto y la ausencia de *todos* los elementos de la justificación).[88] Si la errónea creencia del autor sobre la justificación puede serle reprochada en la medida en que actuó negligentemente vulnerando el estándar ordinario de cuidado podría ser castigado por haber cometido tal conducta de modo imprudente;[89] esto es lo mismo que preguntarse si el autor podría haber creído de modo razonable en las circunstancias respectivas y, en caso negativo, condenarle por su creencia irrazonable.[90]

La situación se invierte si el autor actúa en una situación objetiva de justificación pero lo desconoce. La doctrina angloamericana analiza estos casos bajo el término de la *justificación desconocida*, mientras que la doctrina alemana se refiere a la ausencia del elemento subjetivo de la justificación, si bien dejando conscientemente abierta la cuestión de qué es exactamente lo que se requiere en ese aspecto subjetivo (si sólo el conocimiento o un elemento de carácter más volitivo tal como una intención específica, un propósito o un motivo).[91] En estos supuestos la solución correcta debe igualmente, en un primer nivel, partir de la distinción entre antijuridicidad (objetiva) y culpabilidad (subjetiva): si la frustrada esposa

88. Esta es la perspectiva de la llamada *teoría limitada de la culpabilidad* [*eingeschränkte Schuldtheorie*] en su vertiente referida a la antijuridicidad de la conducta [*unrechtsrelevante eingeschränkte Schuldtheorie*], que es pasada por alto por Fletcher en las obras citadas supra en la nota 82. Para una correcta explicación de las teorías alemanas, K. Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. ed., 2005, § 13 n.m. 70 ss. con más referencias; más recientemente H. Frister, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2006, cap. 14 n.m. 26 ss. y C. Momsen; P. Rackow, Der Erlaubnistatbestandsirrtum in der Fallbearbeitung, *JA* 38, 2006, pp. 550 ss., 654 ss.

89. Cf. Roxin (nota 8), p. 14 n.m. 64.

90. Vid. acerca de ese estándar de razonabilidad Muñoz Conde (nota 83), p. 952.

91. La concepción dominante considera que el conocimiento es suficiente, Vid. Roxin (nota 8), § 14 nm. 97 ss.; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. ed., 1993, lección 11 n.m. 18 ss. (21); Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. ed., 2006, § 15 n.m. 9. La jurisprudencia requiere un determinado ánimo de justificación, vid. BGHSt. 5, 245, 247; BGH *GA*, 1980, 67; B. Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, 2005, pp. 386 ss.

W espera al marido borracho con una sartén tras la puerta para castigarle por su reiterada actitud pero en cambio golpea al ladrón que aparece por la puerta en lugar de su marido, ella actúa objetivamente en legítima defensa (en relación con el ataque del ladrón contra su propiedad) pero subjetivamente no es consciente de ello. En consecuencia, aunque no haya cometido un injusto objetivo (puede alegar una causa objetiva de legítima defensa), debe, subjetivamente, serle reprochada esa conducta dado que, tomándonos su representación en serio, golpeo a su marido; en otras palabras, realizó el hecho correcto con una representación incorrecta.[92] En cualquier caso, su acción no puede ubicarse ni bajo las causas de justificación ni como una exculpación, dado que con respecto a la primera le falta el elemento subjetivo y en relación con la segunda la acción no constituye objetivamente un injusto. Por esta razón, la llamada solución de la consumación,[93] castigando a W por unas lesiones consumadas, no resulta convincente, dado que trata de igual modo una conducta carente plenamente antijurídica que aquélla que sólo subjetivamente no está justificada. En similar sentido, tampoco resulta razonable eximir completamente a W de toda responsabilidad criminal sobre la base de que "no merece una imputación criminal",[94] dado que significa tratar igual una conducta plenamente justificada o exculpada que la que sólo esta justificada en un plano objetivo. La solución correcta la ofrece la llamada *solución de la ten-*

92. [*The right deed with the wrong imagination*]. Contrariamente a G. Fletcher, The right deed for the wrong reason – a reply to Mr. Robinson, *UCLA L. Rev.* 23, 1975, p. 293, no considero esto un problema de la *razón* sino de la *imaginación*.

93. Esta era la visión tradicional del Tribunal Supremo alemán Vid. BGHSt. 2, 114. Distinto, en todo caso, *BGH JR* 206, 1992. La misma conclusión sostiene Fletcher (nota 41), pp. 563 ss. (p. 565), considerando que un autor de ese tipo no merece la aplicación de una causa de justificación.

94. Duff (nota 85), pp. 846-847, 849, optando por una aproximación casuística en el entendimiento de que no todos los casos pueden ser tratados de igual modo. A una conclusión similar llega Robinson, A theory of justification: societal harm as a prerequisite for criminal liability, *UCLA L. Rev.* 23, 1975, pp. 266, 288-291, argumentando, desde una perspectiva utilitarista, que la falta de conocimiento sobre la situación de justificación no hace perder al autor su estatus justificado. En contra, Fletcher (nota 92).

tativa, trazando una analogía entre la conducta justificada sólo objetivamente y la tentativa de delito.[95] Calificar como *absurda*[96] esta opción conlleva pasar por alto la subjetivación inherente a la tentativa: sólo desde una perspectiva objetiva es absurdo argumentar que W intentó golpear a su marido (dado que él estaba a kilómetros de distancia sentado en su bar favorito), pero desde una perspectiva subjetiva ello se corresponde exactamente con la representación de W; esto es, tener a su marido entrando por la puerta y golpeándole con la sartén.

Una consecuencia ulterior de la normativización introducida por las escuelas neoclásica y finalista es la teoría de la imputación objetiva, que intenta desarrollar reglas para la imputación (normativa) de determinados sucesos a agentes responsables.[97] Esta teoría tiene también ciertos antecedentes históricos que deben ser tenidos en cuenta para aprehender con plenitud la importancia de la teoría de la imputación objetiva en sentido estricto hoy empleada. La teoría de la imputación en su sentido *originario*, relacionada con el derecho natural, puede ser correctamente descrita a partir de los conceptos opuestos de *imputatio facti – imputatio iuris*, o *imputatio physica – imputatio moralis*. Según tal binomio, en un primer momento hemos de ocuparnos de la imputación fáctica o física de un *suceso* controlado por una voluntad (humana) a una concreta *persona* (el autor o agente), para en un momento posterior calificar tal suceso moral o legalmente en el sentido de la imputación normativa, esto es, realizar un enjuiciamiento normativo de la acción como contraria a derecho o inmoral y con ello necesitada de sanción.[98] Así,

95. En la Alemania se inclina a favor de esta solución la práctica totalidad de la doctrina. (Vid. por ejemplo Roxin, supra nota 8, § 14 n.m. 104 ss.; Kühl, supra nota 88, § 6 n.m. 14 ss.); En la doctrina americana, cf., a favor, L. Alexander, Unknowingly justified actors and the attempt/success distinction, *Tulsa L. Rev.* 39, 2004, pp. 851, 855 ss. tratando, en cualquier caso, la legítima defensa como causa de inculpabilidad (pp. 855-856) y considerando la cuestión en última instancia como una cuestión de agenda [*a question of policy*] (p. 858).

96. Duff (nota 85), p. 845.

97. El término *atribución-responsabilidad* empleado por V. Trados, Recklessness and the duty to take care, en Shute; Simester (nota 16), pp. 227, 231, capta adecuadamente el significado.

98. Sobre esta diferenciación basada en la doctrina del derecho natural del siglo XVIII de autores como Pufendor o Wolff, puede verse Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*

la imputación es entendida como "el establecimiento (...) de una relación entre un suceso y un ser humano",[99] como el nexo entre un suceso (*Seinstatbestand*) y un sujeto sobre la base de la norma.[100] La imputación en un sentido más *amplio* se ocupa de la cuestión central de la parte general de la teoría del delito: qué persona debería ser castigada y bajo qué presupuestos normativos?[101] Expresándolo en un plano más abstracto: cómo debe ser "construida la relación entre el sujeto del delito y el resultado"?[102] La imposición de una sanción requiere, como presupuesto mínimo, que a la persona puedan serle atribuidas las consecuencias de sus actos, al haber sido realizadas finalmente [*zweckhaft*];[103] en caso contrario, estas consecuencias habrán de ser consideradas como consecuencia de la *mala suerte* sin que, por tanto, puedan ser atribuidas a nadie .[104] Obviamente, además del acto atribuible, la imposición de una sanción requiere actuar de modo antijurídico y culpable (en

in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930-1932, reimpr. Aalen, 1986, pp. 36-37; Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, pp. 2-3, p. 35; Schünemann, Über die objektive Zurechnung, *GA* 2003, pp. 207-208. En línea similar Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, 2. ed., 1923 (reimpr. en 1984) pp. 73 ss., según el que la imputación posee un carácter no causal, no teleológico y no volitivo dado que descansa "exclusivamente sobre el *deber* ser, sobre la norma" (p. 75). Vid. también *Maiwald*, Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begrif der objektiven Zurechnung, en L. H. a Miyazawa (H.-H. Kühne (Ed.), 1995), pp. 465 ss., restando el término de la imputación en su doble sentido original a partir de *Larenz*, *Honig* y *Welzel*.

99. W. *Hardwig*, *Die Zurechnung*. Ein Zentralproblem des Strafrechts, 1957, p. 7: "El establecimiento (...) de un vínculo entre un suceso y una persona".

100. *Kelsen* (nota 98), p. 72, similar, p. 144. Posteriormente, Kelsen caracterizaría la relación entre *Seinstatbestand* y el sujeto de la norma *imputación* y emplearía el término imputación sólo como analogía de la causalidad científica. Cf. H. Koriath, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, pp. 146 ss., p. 149.

101. Cf. Jakobs (nota 91), lección 6 nm. 1.

102. Roxin, (nota 8), § 10, nm. 55: "¿Cómo debe establecerse la relación entre el sujeto del delito y el resultado?" Vid. asimismo Frisch, Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre, *GA*, 2003, pp. 719, 725-726.

103. Cf. *Roxin*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, en *L. H. Honig*, 1970, pp. 132 ss., p. 134, apelando a Honig; Vid. asimismo *Maiwald* (nota 98), pp. 465 ss.; *Hassemer*, Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht, en K. Lüderssen (Ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Band I: Legitimationen, 1998, pp. 354-355. *Frisch*, en *L. H. Roxin*, 2001, pp. 214-215.

104. Cf. *Jakobs*, en *Verantwortung*, 2000, p. 65.

el sentido de la estructura tripartita).[105] Frente a ello, la imputación normativa constituye la imputación en su sentido *estricto*, imputación del resultado incluido en el tipo. Este tipo de imputación fue desarrollada inicialmente por Richard Honig,[106] quien por su parte estuvo influenciado por la tesis doctoral de derecho civil de Karl Larenz sobre la teoría de la imputación de Hegel y el concepto de la imputación objetiva.[107] La preocupación de Honig giraba en torno a la imputación amplia e ilimitada derivada de las teorías causales de su tiempo, e intentó limitar dichas teorías recurriendo al concepto pre-legal de la *finalidad objetiva* [*objektive Zweckhaftigkeit*].[108] Su planteamiento era que sólo aquellos resultados que la persona hubiera producido *de propósito* [*on purpose*] podían serle imputados.[109] Además, la persona no sólo ha de haber tenido la posibilidad de controlar el curso causal del suceso sino ser realmente capaz de ejercer ese control.[110] El punto de vista de Honig fue posteriormente normativizado y complementado con un amplio marco de criterios legales y normativos,[111] especialmente por Claus Roxin.[112]

105. Cf. Hardwig (nota 99), p. 4: "Una vez realizado el tipo penal incluyendo la antijuridicidad y la culpabilidad, es cuando se le imputará la acción al autor como propia". Frente a ello, Krauß, *Die Zurechnung des Erfolges im Unrechtstatbestand*, 1963, p. 6, construía la imputación desde la perspectiva del injusto penalmente relevante presuponiendo la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad. Aparentemente distinta era la postura de Kelsen (nota 100), pp. 73 ss., 143 ss., quien consideraba la *culpabilidad* como imputación del resultado externo *querido* en un sentido jurídico-ético, esto es, normativo (en lugar de psicológico), si bien concibiéndolo únicamente como imputación normativa (*el deber ser*) en el sentido expuesto en el texto.

106. Honig, Kausalität und objektive Zurechnung, en *L. H. R. von Frank*, 1930, p. 174. Vid. Maiwald (nota 98), pp. 465 ss., para una reivindicación reciente de la teoría de Honig. No está de más recordar que Honig fue expulsado de su cátedra en Göttingen por los nazis y exiliado a Turquía y posteriormente a Estados Unidos, si bien no ejerció influencia alguna en el derecho penal norteamericano.

107. Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927.

108. Honig (nota 106), p. 184 y passim.

109. Honig (nota 106), p. 184: "Zurechenbar ist demnach derjenige Erfolg, welcher als zweckhaft gesetzt gedacht werden kann".

110. Honig (nota 106), p. 187 y passim.

111. Cf. Maiwald (nota 98), p. 474 ss.; Frisch (nota 102), p. 721; C. Hübner, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, 2004, pp. 125 y ss.

112. Roxin (nota 103).

Ello conllevó también un cambio de perspectiva sobre la función de la imputación objetiva: algunos penalistas dejaron de considerarla únicamente como una forma de restringir la ilimitada causación natural sino como una teoría fundacional de la responsabilidad penal como tal.[113] En cualquier caso, la nueva comprensión de la imputación normativa requiere en esencia que la acción sometida a consideración cree o aumente –desde una perspectiva *ex ante*– un riesgo para un bien jurídico determinado, y que ese riesgo haya sido –desde una perspectiva *ex post*– específicamente realizado en el resultado.[114] Existe una cierta afinidad entre esta doctrina y la teoría de la causa próxima propia del derecho anglo-americano, al menos en el sentido de que no son entendidas como restricciones puramente naturalísticas de la causalidad sino como teorías normativas.[115]

3. Derecho penal internacional, en particular el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y la cuestión del sistema

De un detenido análisis de la jurisprudencia y textos del derecho penal internacional en relación con la parte general y la estructura del delito[116] se deriva

113. Hübner (nota 111), p. 69.

114. Pueden encontrarse los detalles en cualquier manual alemán de derecho penal. Vid. por ejemplo Roxin (nota 7), § 1, marg. 39-136; Vid. asimismo Fletcher (nota 42), pp. 495-496; para un análisis más detallado vid. Hübner (nota 111), pp. 154 ss., quien propone una combinación de la *finalidad objetiva* de Honig y el concepto normativo de riesgo permitido (ibid., pp. 291, 294, 301-302). Para una crítica en profundidad Frisch (nota 103), pp. 733 ss., afirmando que la atención debería situarse en la conducta típica y no sólo en el resultado causado. Para una defensa reciente Schünemann (nota 98), pp. 213 ss.

115. Cf. M. S. Moore, *Causation*, en Dressler (nota 58), v. 1, pp. 150-152, 158. Para una primera aproximación a la imputación normativa desde una perspectiva anglo-americana vid. A. v. Hirsch, Extending the harm principle: *remote* harms and fair imputation, en Simester; Smith (Eds.), *Harm and culpability*, 1996, pp. 259, 265 ss., invocando principios de imputación justa para resolver la imputación de los riesgos remotos. Vid. asimismo Tadros (nota 97), p. 236 definiendo su atribución-responsabilidad como "la determinación de si un agente es responsable de una acción particular o de un estado de cosas" y considerando que para ello es central la causalidad.

116. Vid. para un amplio análisis Ambos, AT (nota 10), partes 1ª y 2ª; el mismo, La construcción de una parte general del derecho penal internacional, *Revista Penal*, 2006, pp. 17, 5 ss. (p. 23); Vid. también Satzger, *Internationales und europäisches Strafrecht*, 2005, § 14 nm. 17.

un sistema bipartito en la línea de la distinción anglo-americana entre *actus reus/ mens rea vs.* causas de exclusión de la responsabilidad [*defences*].[117]

Tabla 3: La estructura del delito en el derecho penal internacional

I. *Delito/responsabilidad individual/imputación*	
1. Elementos objetivos (*actus reus*)	
a) Participación	**b) Extensiones de la responsabilidad/ atribución**
(1) autoría (directa/inmediata) (2) Coautoría, incluyendo organizaciones criminales (I, II) (3) Autoría indirecta, especialmente a través del control en virtud de organizaciones jerárquicas (4) Complicidad: inducción/instigación/incitación y participación/ayuda	(1) Mando/responsabilidad superior (2) Tentativa (3) Otras contribuciones a crímenes colectivos/en grupo, incluyendo conspiración (sic!), organizaciones criminales (III)
2. Elementos subjetivos (*"mens rea" in the broad sense*)	
II. *Defensas/circunstancias excluyentes de la responsabilidad*	
1. causas sustantivas (*materiales*)	**2. Otras causas (*procesales*)**
a) Exclusión completa de la responsabilidad (culpabilidad) debido a defectos mentales u otros (embriaguez) b) legítima defensa c) Obediencia debida d) Estado de necesidad, especialmente amenazas a la vida e) Error de hecho/de derecho	a) Inmunidades b) Amnistías, perdones, otros

117. Husak (nota 16), p. 123 se refiere también a este sistema como modelo *dualista*. De hecho, dada la dicotomía entre *actus reus/mens rea* y entre offences/defences podría hablarse de un *doble dualismo*.

Esta estructura bipartita desconoce elementos inalienables del sistema, ya expuestos más arriba. En primer lugar, no distingue entre elementos subjetivos (psicológicos) del delito en el sentido del dolo del hecho [*Tatvorsatz*] e intenciones específicas de una parte [descriptive *mens rea*], y la reprochabilidad del hecho expresada a través de un nivel autónomo (terciario) de culpabilidad (normativa) [normative *mens rea*], de otra (cf. la tabla 2). En segundo lugar, no distingue tampoco entre antijuridicidad/justificación y culpabilidad/exculpación como la estructura bipartita o tripartita del delito según es aplicada en los sistemas de ascendencia germana (tabla 2). Así, parece que han de considerarse correctas las afirmaciones de Fletcher de que "el sistema bipartito está ahora incorporado a la estructura básica de Estatuto de la Corte Penal Internacional" y que "el modelo del sistema anglosajón prevalece en el diseño de la ley sustantiva".[118] La cuestión es, no obstante, si el Estatuto realmente ha tomado partido por la cuestión del sistema, es decir, si realmente tenía en mente el legislador un determinado sistema a la hora de su desarrollo. Tal como expondré en su momento, no es este el caso, ni durante las reuniones preparatorias del Comité celebradas en Nueva York ni en la Conferencia de los países miembros en Roma. Como interpretación específica de las normas pertenecientes a la *Parte General* (Parte III) del Estatuto de la Corte se refiere Fletcher a los arts. 30 a 32, sin proceder, no obstante, a un análisis más detallado. Así, debemos plantearnos la cuestión relativa a qué conclusiones pueden extraerse de éstas y, eventualmente, otras disposiciones de la Parte General.

El art. 30 define el elemento subjetivo como *intención y conocimiento* [*intent and knowledge*] (párrafo 1). La intención es definida por el término *proponerse*, o bien *incurrir en* (en relación con una conducta) o *causar* (en relación con una consecuencia); es decir, una causación intencionada, perseguida (párrafo 2). Asimismo, una persona actúa intencionadamente cuando es *consciente* de que una determinada consecuencia "se producirá en el curso normal de los acontecimientos" (párrafo

118. Fletcher (nota 9), pp. 71-72.

2b); es decir, la intención engloba también los supuestos de causación consciente en relación con las consecuencias. En otras palabras, la intención tiene un doble significado, tanto volitivo como cognitivo, de igual modo que en el derecho anglosajón la intención consiste en la intención en sentido estricto y la práctica certeza,[119] y de igual modo que en el derecho continental el dolo posee un elemento volitivo y uno cognitivo. Más recientemente, el Tribunal Internacional de la antigua Yugoslavia ha manejado la misma definición de intención en el caso Oric.[120] Por lo que respecta a las diferencias entre el derecho anglosajón y continental con relación al dolo eventual y la figura de *recklessness* el art. 30 guarda silencio, o al menos no resulta concluyente. La definición de *conocimiento* como "conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos" (párrafo 3) puede ser interpretada incluyendo el dolo eventual o no incluyéndolo; ello en última instancia dependerá del concepto de dolo eventual que cada uno maneje. En cualquier caso, el párrafo 3 incluye, *a fortiori*, la llamada *Cunningham recklessness* (subjetiva) en el sentido de la "asunción consciente de un riesgo injustificado".[121]

Por lo que respecta al art. 31, que incorpora las "circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal", hay muchas cosas que pueden decirse (por ejemplo, citando a Fletcher, que no hace "muy buen trabajo a la hora de articular una

119. Vid. § 2.02 (2)(a) *Model Penal Code*, donde se emplea *de propósito* [*purposely*] y conscientemente [*knowingly*]. Esta terminología es más clara que el uso de intención [*intent*] en el art. 30 dado que este término posee un doble sentido (en la misma línea Fletcher –nota 9–, p. 458).

120. Sentencia 30.06.2006, Caso n. IT-03-68-T, párrafo 279: "elemento cognitivo del conocimiento y un elemento volitivo de aceptación (...)"; también párrafo 288.

121. Cf. *Model Penal Code* sección 2.02 (c): "conscientemente desatiende un riesgo serio e injustificable"; Vid. también Ashworth (nota 20), p. 182; Simester; Sullivan, *Criminal law*: theory and doctrine, 2. ed., 2004, pp. 140 y ss. De acuerdo con Shute, (nota 59), pp. 17-18, el conocimiento y/o la creencia son los "los elementos básicos que subyacen a toda definición subjetivista defendible de *recklessness*". Para un término medio entre esa concepción subjetiva y un concepto objetivo de *recklessness* orientado al deber de cuidado con relación a riesgos concretos, vid. Tadros, (nota 97), pp. 227-228, 257-258 y passim.

teoría ya de la justificación ya de la culpabilidad"),[122] salvo que adopte una clara preferencia por un sistema en detrimento de otro. En primer lugar, tal precepto, en palabras de Per Saland, presidente del grupo de trabajo sobre principios generales en la Conferencia de Roma, "fue quizá el más difícil de negociar (...) dadas las diferencias conceptuales existentes al respecto en los distintos sistemas legales".[123] El término circunstancias [*grounds*] (eximentes de la responsabilidad criminal) en lugar de *defences* fue elegido deliberadamente en orden a evitar desde un principio las interpretaciones asentadas en el sistema anglosajón que el mismo implicaba.[124] Ciertamente, la terminología elegida deja claro que el precepto se refiere a *defences* sustantivas, adoptando por tanto una concepción estricta excluyente de supuestos de índole procesal, tales como el *ne bis in idem* o – en la mayoría de los sistemas – la prescripción.[125] Al mismo tiempo, el precepto no distingue entre justificación y culpabilidad, al menos no de modo explícito. De hecho, mezcla circunstancias excluyentes entre sí que tradicionalmente –en los sistemas continentales– pertenecen o bien a las causas de justificación (legítima defensa) o bien a la culpabilidad (defectos mentales, embriaguez), o bien –dependiendo de su exacta codificación– a ambas (la necesidad como justificación, la coacción como circunstancia exculpante).[126] En concreto, la asunción de coacción como una circunstancia excluyente de la responsabilidad cuando se actúa bajo "la amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes" para uno mismo u otra persona –dejando a un lado, tal como ya ha sido mencionado, el caso Erdemovic del

122. Fletcher (nota 9), p. 448.

123. P. Saland, *International criminal law principles*. In the International Criminal Court. The making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results, pp. 189, 206 (R. Lee (Ed.), 1999).

124. Cf. Ambos, The general principles of the Rome Statute, *Crim. L. Forum* 10, 1999, pp. 1-32, p. 2; vid. también Saland (nota 123), p. 207.

125. Apelando a un uso más sofisticado del término de *defences* vid. Gardner, Fletcher on offences and defences, *Tulsa L. Rev.* 39, 2004, p. 817 and Duff (nota 85), p. 831.

126. Para un análisis detallado vid. Ambos, (nota 74), pp. 1.027 ss.

Tribunal para la antigua Yugoslavia[127] – puede ser interpretado como una concesión a la tradición del derecho continental, acaso como una tardía rehabilitación de la solución de Kant al caso de la tabla de Carneades.

En cuanto a la regulación del *error*, el párrafo 1 del art. 32 reconoce un efecto excluyente de la responsabilidad del error de hecho "si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen". Nos hallamos ante el error que excluye la *mens rea* propia del derecho anglosajón [§ 2.04 (1) (a) del *Model Penal Code*), pero que también es reconocido en el derecho continental como *error de tipo*, *Tatbestandsirrtum* etc. Así, mientras el párrafo primero no adopta prevalencia alguna por uno u otro modelo, el párrafo segundo, al establecer como principio la doctrina de la *ignorantia iuris* –que ya hemos criticado supra[128]– se orienta claramente a favor de la tradición del *common law*. De hecho, la redacción final se basó esencialmente en una propuesta de la delegación canadiense en Roma. Aplicado estrictamente, ello llevaría a un incremento de la criminalización, desconociendo el principio de culpabilidad (el cual, si bien no de modo explícito en el Estatuto de la Corte, está ampliamente reconocido en el derecho penal internacional desde Nuremberg).[129] Tómese, por ejemplo, el supuesto –factible en la práctica– de que un soldado mate a civiles obedeciendo una orden y creyéndola legal. En dicho supuesto, el autor actúa con dolo y en este sentido realiza tanto el aspecto objetivo (*actus reus*) como el subjetivo (*mens rea*) del crimen de guerra del homicidio a civiles. Su posible error referido a la validez y el efecto eximente de la orden –es decir, un *error iuris*– sería irrelevante, dado que la cláusula primera del

127. Cf. supra nota 74 y texto principal.

128. Fletcher (nota 9), p 469, considera esto con razón una "muy desafortunada regresión".

129. Tal como he expuesto en otro lugar el principio de culpabilidad puede inferirse del art. 21, ya como un principio general del derecho, ya como emanación de la costumbre (K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2006, § 7 n.m. 9). Fue ya reconocido en Nuremberg (Ambos, supra nota 116, p. 86-87, 125, 361; de acuerdo Jescheck, The general principles of Int. Cr. L. set out in Nuremberg as mirrored in the ICC Statute, 2 *JICJ* 44-45, 2004) y por la Cámara de Apelaciones del Tribunal para la antigua Yugoslavia (caso Tadic, 15.07.1999 [IT-94-1-A], párrafo 186).

art. 32.2 excluye todo efecto eximente del mismo. Si bien para el supuesto especial de la orden de un superior, dicha situación aparece paliada en la cláusula segunda del art. 32.2, en la que se ofrece una excepción en relación con el art. 33.1 b) en lo referido a crímenes de guerra (art. 32.2 *a contrario*),[130] el problema general de la poca sensibilidad de la teoría de la *ignorantia iuris* para la culpabilidad (normativa) del acusado permanece incólume. Tal problema general sólo puede ser remediado a través de una aproximación más flexible a los supuestos de errores sobre la antijuridicidad, dada la creciente complejidad del derecho penal (internacional). Así, un criterio de *evitabilidad* o incluso de *razonabilidad* aplicado caso por caso posibilitaría soluciones prácticas y justas.[131] De cualquier modo, lo cierto es que el art. 32.2 se basa en la doctrina del error propia del *common law*, si bien la abolición de la doctrina de la *ignorantia iuris* en los sistemas de derecho continental data de fecha reciente,[132] y en absoluto se extiende a todos ellos.

Existen otras disposiciones en el Estatuto de Roma que pueden ser interpretadas en una u otra dirección, es decir, expresando preferencias por el sistema anglosajón o por el continental. Así, por ejemplo, el reconocimiento de un estándar de actuación negligente en el art. 28 (responsabilidad del superior) parece implicar, dado el impacto normativo de la imprudencia mostrado supra,[133] que "en el Estatuto de Roma late un principio de responsabilidad normativa o culpabilidad".[134] En orden a tener la imagen completa, deben incluirse también

130. Así, si el soldado desconoce la contrariedad a derecho de la orden, tal error será considerado relevante (excluyendo el dolo). Ese privilegio para subordinados sólo puede explicarse en virtud de los compromisos y las relaciones de poder que presidieron las negociaciones de Roma, especialmente estando ante intereses militares. Thus, if the soldier does not know the unlawfulness of the order such a mistake will be considered relevant (as negating his or her *mens rea*). This privilege for subordinates can only be explained with the balance of power and sense of compromise lying over the Rome negotiations, especially as regards certain military interests.

131. Vid. Ambos (nota 116), pp. 822 ss.

132. En Alemania se remonta a la BGH, nota 67.

133. Vid. nota 25 y texto.

134. Cf. Fletcher, (nota 9), p. 472.

las disposiciones de carácter procesal, las cuales muestran una tendencia *adversarial* o *inquisitorial*. Tómese, por ejemplo, los arts. 64.8 a) y 65, que en principio parecen mostrar tales tendencias al introducir un procedimiento de admisión de culpabilidad modelado aparentemente según el *guilty plea* anglosajón (el art. 64.8 a) incluso emplea el término "plead (...) guilty" [declararse culpable]); un análisis más detenido, no obstante, revela que tal precepto invierte completamente el procedimiento clásico del *guilty plea* dejando en manos del Tribunal la cuestión de cómo tratar la declaración de culpabilidad, pudiendo bien aceptarla y dictar sentencia en virtud de la misma o bien solicitar del fiscal la presentación de otros medios de prueba, o incluso continuar con el proceso como si tal admisión de culpabilidad no hubiera tenido lugar (cf. art. 65, párrafos 2 a 4); en cualquier caso, "[l]as consultas que celebren el Fiscal y la defensa respecto de la modificación de los cargos, la declaración de culpabilidad o la pena que habrá de imponerse no serán obligatorias para la Corte" (art. 65.5).

Todo ello confirma que el Estatuto de Roma no determina la cuestión del *sistema*. Pretender encontrar una decisión al respecto en el Estatuto supondría elevaría ficticiamente el nivel teórico y la profundidad de las discusiones de Nueva York y Roma, sobrestimando al mismo tiempo los conocimientos de la gran mayoría de los negociadores (diplomáticos, por lo general, y no juristas; desde luego no penalistas). A cambio, subestimaría el clima intensamente politizado de las negociaciones, lo que sólo podría ser percibido por quienes tomaron parte en las mismas, como este autor, como una suerte de *wishful thinking* académico alejado de la realidad de las negociaciones diplomáticas internacionales.

4. Conclusión

Si, como se ha asumido en este trabajo, el Estatuto de Roma no resuelve la cuestión acerca del sistema, la labor de los juristas en materia de derecho penal internacional acaba de empezar. En este sentido, puede considerar acertada la

invocación de Fletcher del art. 21.1 c) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional interpretándolo como un punto de partida para que los juristas de derecho penal comparado puedan realizar el proyecto de "inferir desde su base una síntesis comparativa".[135] Es también cierto que el Estatuto de Roma conlleva una *influencia de arriba abajo* en las leyes penales nacionales.[136] De hecho, su necesaria implementación en los – en el momento de escribir estas líneas (01.03.2007) – 104 países miembros no sólo ha generado un nuevo ámbito de investigación dentro del derecho penal internacional[137] sino que también les obliga a repensar las soluciones tradicionales establecidas en sus respectivas leyes penales y procesales. Tal proceso de replanteamiento debe venir acompañado de una sólida base de derecho penal comparado que parta de una clarificación conceptual[138] y para este propósito la contribución de grandes dogmáticos como Enrique Gimbernat es indispensable. También es de suma importancia el trabajo dogmático– conceptual para evitar que las conquistas jurídico-estatales que, en el marco de un liberal derecho penal

135. Fletcher (nota 9), p. 492.

136. Ibid.

137. Podría denominarse *investigación de implementación*. Vid. el proyecto *National prosecution of international crimes* del Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, diseñado originalmente por A. Eser and H. Kreicker, que dio lugar a la publicación de los estudios sobre 23 países (contando América latina como un solo estudio) en 6 volúmenes (2003-2005) y un resumen comparativo en el séptimo volumen (2006). Vid. también *The Rome statute and domestic legal orders*, v. 1 (Kreß; Lattanzi (Eds.)), *General aspects and constitutional issues*, 2000, y v. 2 *Constitutional issues, cooperation and enforcement*, 2005. Para América latina vid. el trabajo del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Programa de Estado de Derecho para América del Sur de la Konrad-Adenauer-Stiftung y Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen, <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte.html>) con sus últimas publicaciones: *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, (Ambos; Malarino; Woischnik (Eds.), 2006) y *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional* (Ambos; Malarino; Elsner (Eds.), 2007).

138. Sobre los principios *nullum crimen y nulla poena* en derecho penal internacional ver al respecto K. Ambos, *Nulla poena sine lege* in international criminal law, en Haveman; O. Olusanya (Eds.), *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, Antwerpen et al, 2006, pp. 17-35.

del ciudadano, se han conseguido con mucho esfuerzo desde la Ilustración, fueran sacrificados en el altar de un *neopunitivismo* humanitario que no puede distinguir los principios del derecho penal de los principios programáticos humanitarios y exige el castigo a cualquier precio.[139] La consecuencia sería, de hecho, un *derecho penal internacional del enemigo*,[140] que ignora todo aquello que sus apologetas humanitarios –cuando no se trata de delitos graves contra la humanidad– defienden: precisamente las garantías y principios jurídico-estatales de un derecho penal ilustrado (humanitario).

5. Bibliografía

ALEXANDER, Larry. Unknowingly justified actors and the attempt/success distinction. *Tulsa Law Review*, 39, 2004.

ALLDRIDGE, Peter. Making criminal law known. In: SHUTE; SIMESTER. *Criminal law theory*: doctrines of the general part. Oxford, 2002.

AMBOS, Kai. Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. 2. ed. Berlin, 2005 (en español: La parte general del derecho penal internacional, reimp. Bogotá, 2006).

_____. Is the development of a common substantive criminal law for Europe possible? Some preliminary reflections. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005 (en español: *Cuadernos de Política Criminal*, 2006).

_____. Remarks on the general part of international criminal law. *Journal of International Criminal Justice* 4, 2006.

139. Especialmente en Latinoamérica y sobre la jurisprudencia expansiva de derechos humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instructivo Pastor, NDP 2005 A, 73 ss. Ver también Yacobucci, en Cancio Meliá; Gómez-Jara, *Derecho penal del enemigo*, p. 1.101.

140. Sobre mi posición al respeto ver *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 124, 2006, pp. 1 ss. (en español en C. Meliá; Gómez-Jara, *Derecho penal del enemigo.* Madrid y Buenos Aires-Montevideo, 2006, v. 1, pp. 119 ss.) y la versión española más extensa y actualizada publicada en El derecho penal frente a amenazas extremas, *Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"*, 2007. Allí se encuentra también mi réplica a la última crítica de Daniel Pastor en Cancio Meliá; Gómez-Jara, op. cit., pp. 489, 496 y 517.

_____. Other grounds for excluding criminal responsibility. In: CASSESE; GAETA; JONES (Eds.). *The Rome Statute of the ICC*: a commentary, 1, 2002.

_____. La construcción de una parte general del derecho penal internacional. *Revista Penal* 2006.

_____. The general principles of the Rome Statute. *Criminal Law Forum* 10, 1999.

_____. *Internationales Strafrecht*, 1. Auflage. München, 2006.

_____. *Nulla poena sine lege* in international criminal law. In: HAVEMAN; OLUSANYA, O. (Eds.) *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, Antwerpen et al. 2006.

_____. Feindstrafrecht. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 124, 2006.

_____. El derecho penal frente a amenazas extremas. *Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"*. Madrid, 2007.

_____; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Eds.). *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Montevideo, 2006.

_____; _____. *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*. Montevideo, 2007.

ASHWORTH, Andrew. *Principles of criminal law*. 5. ed. Oxford, 2006.

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence*. 13. ed. London, 1920.

BACIGALUPO, Enrique. Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht. *Libro Homenaje a Eser*, 2005.

BRETTEL, Hauke. Recensión sobre: Binding, K.; Hoche, A. Text zur Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, 2006. *GA*, 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*, v. 1. Madrid y Buenos Aires-Montevideo, 2006.

DENNO, Deborah W. When two become one: views on Fletcher's ,two patterns of criminality. *Tulsa Law Review* 39, 2004.

DONINI, Massimo. *Verbrechenslehre*. Berlin, 2005.

DRESSLER, Joshua. Battered women who their sleeping tormenters: reflections on maintaining respect for human life while killing moral monsters. In: SHUTE, R.; SIMESTER, A. *Criminal law theory*: doctrines of the general part. Oxford, 2002.

DUFF, Antony. Rule-violations and wrongdoings. In: SHUTE, R.; SIMESTER, A. *Criminal law theory*: doctrines of the general part. Oxford, 2002.

DUTTGE, Gunnar. *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*. Tübingen, 2001.

ESER, Albin. Justification and excuse: a key issue in the concept of crime. In: _____; FLETCHER, G. (Eds.). *Justification and excuse*.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*. 14. ed. Giessen, 1847.

FINKELSTEIN, Claire. Involuntary crimes, voluntarily committed. In: SHUTE, S.; SIMESTER, A. *Criminal law theory*: doctrines of the general part. Oxford, 2002.

FISCHER, Hans Albrecht. *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*. München, 1911.

FLETCHER, George P. Deutsche Strafrechtswissenschaft aus ausländischer Sicht. In: ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. (Eds.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000.

_____. The fall and rise of criminal theory. *Buffalo Criminal Law Review* 1, 1998.

_____. The right and the reasonable. *Harvard Law Review* 98, 1985.

_____. The grammar of criminal law, v. 1. *Foundations*. Oxford, 2007.

_____. *Rethinking criminal law*, reimp. 2000. Oxford, 1978.

_____. From rethinking to internationalizing criminal law. *Tulsa Law Review* 39, 2004.

_____. *A crime of self-defense*: Bernhard Goetz and the law on trial. New York, 1988.

_____. *Basic concepts of criminal law*. New York y Oxford, 1998.

_____. The right deed for the wrong reason – a reply to Mr. Robinson. *UCLA Law Review* 23, 1975.

_____; ESER, Albin. *Justification and excuse* 1. Freiburg, 1988.

FRISCH, Wolfgang. Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre. *GA* 2003.

_____;_____. Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs. *Libro Homenaje a Claus Roxin*, 2001.

FRISTER, Helmut. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. München, 2006.

GARDNER, John. Fletcher on offences and defences. *Tulsa Law Review* 39, 2004.

GIMBERNAT, Enrique. Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? *ZStW* 82, 1970.

HARDWIG, Werner. *Die Zurechnung*. Ein Zentralproblem des Strafrechts. Hamburg, 1957.

HASSEMER, Winfried. Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht. In: LÜDERSSEN, K. (Ed.) *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Band I: Legitimationen, 1998.

HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003.

HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. *ZStW* 36, 1915.

HEINRICH, Bernd. *Strafrecht Allgemeiner Teil* 1. Stuttgart, 2005.

HILGENDORF, Eric. Recensión sobre: Simon, E., Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005. *GA* 2006.

_____; KUHLEN, Lothar. *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz*. Heidelberg, 2000.

HIRSCH, Andrew von. Extending the harm principle: *remote* harms and fair imputation. In: SIMESTER, A.; SMITH, S. (Eds.). *Harm and culpability*, 1996.

HIRSCH, Hans-Joachim. Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel. *L. H. Colonia* (editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia), 1988.

HONIG, Richard M. Kausalität und objektive Zurechnung. *L. H. a Reinhard von Frank*, 1930.

HORDER, Jeremy. Killing the passive abuser: a theoretical defence. In: SHUTE, S.; SIMESTER, A. *Criminal law theory*: doctrines of the general part. Oxford, 2002.

HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstössiges Verhalten*. Frankfurt am Main, 2005.

HRUSCHKA, Joachim. *Strukturen der Zurechnung*. Berlin, 1976.

HÜBNER, Christoph. *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*. Berlin, 2004.

HUIGENS, Kyron. Fletcher's rethinking: a memoir. *Tulsa Law Review* 39, 2004.

HUSAK, Douglas N. Crimes outside the core. *Tulsa Law Review* 39, 2004.

_____. *Philosophy of criminal law*. Totowa – New Jersey, 1987.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 2. ed. Berlin, 1993.

_____. Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung. In: NEUMANN, U.; SCHULZ, L. *Verantwortung in Recht und Moral*, 2000.

JESCHECK, Hans-Heinrich. The general principles of international criminal law set out in Nuremberg as mirrored in the ICC Statute. *2 JICJ* 44-45, 2004.

_____; WEIGEND, Thomas. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlín, 1996.

KADISH, Sanford H. The decline of innocence. *Cambridge Law Journal* 26, 1968.

_____. Act and omission, *mens rea*, and complicity. *Criminal Law Forum* 1, 1989.

KADISH, Sanford H.; SCHULHOFER, Stephen J. *Criminal law and its processes*. 7. ed. New York, 2001.

KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz. 2. ed. Tübingen, 1923 (reimpr. en 1984).

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. ed. Baden-Baden, 2006.

KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin, 1994.

KRAUß, Detlef. *Die Zurechnung des Erfolges im Unrechtstatbestand*. Göttingen, 1963.

KREMNITZER, Mordecai; GHANAYIM, Khalid. Proportionality and the aggressor's culpability in self-defense. *Tulsa Law Review* 39, 2004.

KREß, Klaus; LATTANZI, Flavia (Eds.). *The Rome statute and domestic legal orders*, v. 1. General aspects and constitutional issues. Baden-Baden, 2000.

_____; _____. *The Rome statute and domestic legal orders*, v. 2. Constitutional issues, cooperation and enforcement. Baden-Baden, 2005.

KÜHL, Kristian. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 5. ed. München, 2005.

KUHLEN, Lothar. Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen. In: VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS (Eds.). *Mediating principles*, 2006.

KÜPER, Wilfried. *Immanuel Kant und das Brett des Karneades*. Heidelberg, 1999.

LA FAVE, Wayne R. *Criminal law*. 4. ed. St. Paul Minnesota, 2003.

LARENZ, Karl. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*. Leipzig, 1927.

LENCKNER, Theodor. Introducción, §§ 13 ss. In: SCHÖNKE; SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 27. ed., 2006.

LENCKNER Theodor; PERRON, Walter. Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung, § 177. In: SCHÖNKE; SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 27. ed., 2006.

LOOS, Fritz. H. Welzel. *Rechtswissenschaft in Göttingen*. Göttingen, 1987.

MAIWALD, Manfred. Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriff der objektiven Zurechnung. In: KÜHNE, H.-H. (Ed.) *Libro Homenaje a Miyazawa*, 1995.

MIR PUIG, Santiago. Grenzen des Normativismus im Strafrecht (Límites del normativismo en derecho penal). In: HEFENDEHL (Ed.). *Empirische*

und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus: Symposium für B. Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005.

CEREZO MIR, José. Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre. *Libro Homenaje a Eser*, 2005.

MOORE, Michael S. Causation In: DRESSLER, J. (Ed.) *Encyclopedia of crime and justice*, v. 1.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Rethinking* the Universal Structure of Criminal Law. *Tulsa Law Review* 39, 2004.

NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht*. Eine Einführung. 10. ed. Neuwied, 2002.

PASTOR, Daniel R. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. *Nueva doctrina penal* (NDP), 2005 A.

RADBRUCH, Gustav. *Der Geist des englischen Rechts*. 3. ed. Göttingen, 1956.

ROBINSON, Paul H. *Mens rea*. In: DRESSLER. *Encyclopedia of crime and justice* 3. 2. ed., 2002.

_____. Should the criminal law abandon the *actus reus – mens rea* distinction? In: SHUTE; GARDNER; HORDER (Ed.). *Action and value in criminal law*, 2003.

_____. A theory of justification: societal harm as a prerequisite for criminal liability. *UCLA Law Review* 23, 1975.

ROXIN, Claus. *Strafrecht* Allgemeiner Teil. 4. ed. München, 2006.

_____. Zur Kritik der finalen Handlungslehre. *ZStW* 74, 1962.

_____. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. ed. Berlin, 1973.

_____. Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht. *Libro Homenaje a Honig*, 1970.

SALAND, Per. International criminal law principles. In: LEE, R. (Ed.) *The International Criminal Court*. The making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results. Den Haag, 1999.

SATZGER, Helmut. *Internationales und europäisches Strafrecht*. Baden-Baden, 2005.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts.* Berlin, 1930-1932 (reimpr. Aalen, 1986).

SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege.* 3. ed. Göttingen, 1965.

SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In: _____ (Ed.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems.* Berlin, 1984.

_____. Über die objektive Zurechnung. *GA* 2003.

SHUTE, Stephen. Knowledge and belief in the criminal law. In: _____; SIMESTER, A. P. *Criminal law theory*: doctrines of the general part. Oxford, 2002.

_____; SIMESTER, Andrew P. *Criminal law theory*: doctrines of the general part. Oxford, 2002.

SIMESTER, Andrew P. On the so-called requirement for voluntary action. *Buffalo Criminal Law Review* 1, 1998.

_____; SULLIVAN, G. Robert. *Criminal law*: theory and doctrine. 2. ed. Oxford, 2004.

STÜBEL, Christoph Carl. *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern besonders in Rücksicht der Tödtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten.* Wittenberg, 1805.

SULLIVAN, G. Robert. Knowledge, belief, and culpability. In: SHUTE, S.; SIMESTER, A. P. *Criminal law theory*: doctrines of the general part. Oxford, 2002.

TRADOS, Victor. Recklessness and the duty to take care. In: SHUTE, S.; SIMESTER, A. P. *Criminal law theory*: doctrines of the general part. Oxford, 2002.

VOGEL, Joachim. *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht.* Berlin, 2004.

WEBER, Hellmuth von. Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts (1929). *Deutsche Juristen Zeitschrift* (DJZ), 1931.

_____. *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*. Jena, 1935.

WEIK, Beate. *Objektive und subjektive Verbrechenselemente im US-amerikanischen Strafrecht*. Freiburg im Breisgau, 2004.

WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts. *ZStW* 58, 1939.

_____. *Das neue Bild des Strafrechtssystems*. 4. ed. Göttingen, 1961.

_____. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin, 1969.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. El dilema de la legalidad en el derecho penal. In: CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍAZ, C. *Derecho penal del enemigo*, 2006, v. 2.

O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva

Paulo de Sousa Mendes

Professor Auxiliar da FDUL.

Resumo: O trabalho examina em que medida o fato, de que um resultado lesivo esteja de qualquer forma para ocorrer, influi sobre a responsabilidade penal daquele que venha a causar este resultado. Analisam-se de modo crítico especialmente as reflexões pioneiras de Arthur Kaufmann, que propunha uma exclusão do desvalor do resultado, chegando a uma punição apenas por tentativa (nos casos de dolo) ou mesmo a não-punição (nos casos de culpa), e de Samson, que defendia os chamados princípio da assunção e da intensificação.

Palavras-chave: Nexo causal – Cursos causais hipotéticos – Teoria do delito – Desvalor da conduta – Desvalor do resultado.

Abstract: The paper examines the extent in which the fact that a hurtful result can, by any means, influence criminal liability of the person who causes the result. We made a critical analysis, especially on the pioneer reflections of Arthur Kaufmann, who proposed an exclusion of discredit of result, coming to a punishment that is solely an attempt (in cases of felony) or even the non-punishment

(in cases of guilt), and that of Samson, who defended the so called principles of assumption and intensification.

KEYWORDS: Causal relation – Hypothetic causal courses – Theory of felony – Discredit of conduct – Discredit of result.

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema – 2. A evitabilidade e o desvalor de resultado: 2.1 A falta do desvalor de resultado; 2.2 Comparação de casos; 2.3 A influência da doutrina civilista; 2.4 A relativização do valor da vida humana; 2.5 Crimes patrimoniais; 2.6 Raciocínios hipotéticos contrafactuais e processos causais virtuais; 2.7 As diferentes concepções do desvalor de resultado – 3. Os princípios da intensificação e assunção de responsabilidade: 3.1 O conceito de encurtamento da vida; 3.2 O princípio da intensificação; 3.3 O princípio da assunção de responsabilidade – 4. Bibliografia.

ÁREA DO DIREITO: Penal-Processo Penal

1. Colocação do problema[1]

Deverá ser atribuído algum relevo ao conhecimento (ou até mesmo à verificação *ex post*) de que, se não fosse a actuação do autor, um outro facto (acontecimento fortuito, acção de terceiro ou comportamento da própria vítima) teria causado o mesmo resultado?

Interessa aqui sobremaneira perguntar se pode uma pessoa ser desonerada da responsabilidade pelo resultado que causou quando se verificar que este teria sido igualmente produzido por outro sucesso, na falta da sua acção. Trata-se, portanto,

1. O texto baseia-se, embora com muitas alterações, no 4.º capítulo da minha Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas (não publicada), intitulada *Raciocínios hipotéticos e processos causais virtuais em direito penal*, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) em 31.12.1986 e discutida em provas públicas em 30.11.1987. Tem publicação prevista em Portugal no Livro de Homenagem ao Senhor Professor Doutor José de Oliveira Ascensão.

do problema da chamada relevância negativa – para o autor da causa operante, bem entendido – da causalidade virtual.

2. A evitabilidade e o desvalor de resultado

Arthur Kaufmann inaugurou a retomada do interesse pelo problema da relevância negativa da causalidade virtual.[2] O tema caíra no esquecimento a partir do momento em que se estabeleceu a convicção de que a causa virtual não afecta a determinação da causa real. Expulsada a causa virtual pela porta da causalidade, a doutrina não mais se deu conta de que ela poderia reingressar no edifício da responsabilidade criminal por outros acessos.[3]

2.1 A falta do desvalor de resultado

A tese de Arthur Kaufmann pode resumir-se em breves palavras, através da seguinte passagem: "se a acção do autor que foi causa de um resultado típico tiver recaído sobre um objecto da acção com respeito ao qual um outro processo conducente ao mesmo resultado alcançara já um desenvolvimento tal que seria de esperar, de acordo com a experiência humana, que o mesmo resultado se produziria independentemente do comportamento ilícito do autor, então falta o desvalor de resultado no facto e, por isso mesmo, falta uma parte do tipo de ilícito. Pelo contrário, subsiste o desvalor de acto".[4]

2. Cf. Arthur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in AA.VV., *Festschrift für Eberhard Schmidt*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, (p. 200 ss.) passim.

3. Como questão normativa, e não mais de causalidade (cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito penal I* – sumários. Lisboa: AAFDL, 1996/1997, pp. 37-38).

4. Cf. Arthur Kaufmann, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, cit., p. 229 (os itálicos foram suprimidos).

Nas lições de Eduardo Correia pode ler-se um comentário à posição de Arthur Kaufmann, no qual o autor se interroga sobre a possibilidade de se negar a efectivação do desvalor de resultado se o bem jurídico estiver já condenado à destruição independentemente da actuação

Facilmente se entenderá a razão por que enxertámos a tese de Arthur Kaufmann no tronco das teorias da evitabilidade. Na verdade, poderíamos reformular a tese sem lhe alterar o sentido dizendo pura e simplesmente que a inevitabilidade do evento anula o desvalor do resultado. Vejamos imediatamente quais as consequências da aceitação desta tese.

A aplicação do pensamento de Arthur Kaufmann ao âmbito da negligência acarretaria a isenção de responsabilidade criminal do agente, pois que, faltando o *desvalor de resultado* (*Erfolgsunwert*), não é suficiente o *desvalor de acto* (*Aktunwert*)[5] para fundamentar a punibilidade. Teríamos, pois, uma situação estruturalmente semelhante ao crime de tentativa, que não é punível na negligência.[6]

Pelo contrário, nos crimes dolosos o desvalor de acção justifica por si só a punição da conduta do agente. Na falta de um desvalor de resultado, poderia haver lugar a uma atenuação da pena, como acontece nos casos de tentativa. Mas Arthur Kaufmann não advogava uma atenuação obrigatória da pena,[7] antes admitia uma

do agente [cf. Eduardo Correia, *Direito criminal.* Coimbra: Almedina, 2001. v. 1 (reimp. da 1. ed., 1963), p. 260, n. 1].

5. A expressão *desvalor de acto*, bem como a expressão *desvalor de acção* (*Handlungsunwert*) remontam às filosofias de Nicolai Hartmann e Max Scheler. Em Hartmann, as expressões eram sinónimas [cf. Nicolai Hartmann, *Ethik*, 3. ed. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1949 (1. ed., 1925), p. 251 ss.]. Em Scheler, o conceito de acto incluía tanto a actividade interior da mente – isto é, atitudes (*e.g.*, o acto de amor ou ódio), actividades cognitivas (*e.g.*, o acto de conhecimento) etc. – como a exteriorização da vontade, a acção [cf. Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* – Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus, 3. ed. Halle a. d. S.: Max Niemeyer, 1927 (1. ed., 1913), pp. 21-23, 90, 99, 361 e 559]. Se quisermos expressar a ideia não de uma atitude, mas de uma vontade exteriorizada, então é preferível que reservemos para o direito penal a expressão desvalor de acção [a propósito, cf. Günter Stratenwerth, Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (SchwZStR) 79 (1963), (pp. 233-256) p. 236, n. 9].

6. Cf. Arthur Kaufmann, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, cit., p. 230.

7. Arthur Kaufmann reconhecia a existência de uma diferença entre as verdadeiras situações de tentativa e aquelas que ora se discute, posto que nas primeiras o resultado típico não se chega a verificar, ao passo que nas segundas tal resultado está presente, mas não seria considerado desvalioso.

atenuação facultativa,[8] que ficava dependente da apreciação do desvalor de acção contido no facto.

Vejamos alguns dos exemplos fornecidos pelo próprio Arthur Kaufmann:

– se *A* tivesse assassinado *B* quando este se dirigia para o aeroporto, a fim de viajar num avião que viria a explodir em voo, dir-se-ia que, no momento da acção, quer o desvalor de acção, quer o desvalor de resultado estavam presentes, pelo que não deixaríamos assim de ter um crime de homicídio consumado;

– solução diferente deveria ser procurada para os casos de eutanásia activa em que, devido à fragilidade da vida do moribundo, não haveria lugar à afirmação do desvalor de resultado. Acresce que o próprio desvalor de acção seria diminuto, embora não fosse totalmente excluído, se o facto fosse praticado por um motivo altruísta. Em suma, não deveria haver lugar a uma isenção de pena, mas somente a uma atenuação;

– ainda menor seria o desvalor de acção no caso em que um prisioneiro num campo de concentração tivesse morto outro, seu amigo, para o poupar ao martírio às mãos das SS;[9]

– finalmente, no conhecido *caso do carrasco*, não só o desvalor de resultado seria nulo, como também seria praticamente inexistente o desvalor de acção, uma vez que o agente quisera somente executar por suas próprias mãos o assassino de seu filho, nas mesmas circunstâncias em que ele teria sido de qualquer forma justiçado.[10]

8. Cf. Arthur Kaufmann, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, cit., p. 230.

No direito alemão, não corresponde à tentativa uma atenuação obrigatória da pena (§ 23, 2 StGB). Diversamente, no direito português a tentativa beneficia sempre de uma atenuação especial da pena (art. 23.º, n. 2, CP português).

9. Cf. Arthur Kaufmann, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, cit., pp. 226 e 231.

10. Trata-se de um antigo caso de escola que já era referido por Anselm von Feuerbach no seu *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 10. ed., 1828, p. 28, apud Arthur Kaufmann, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, cit., p. 226. A história conta-se como se

2.2 *Comparação de casos*

Estamos em crer que, se exceptuarmos a solução apresentada para o *caso do carrasco*, as restantes soluções defendidas por Arthur Kaufmann possuem efectivamente alguma força persuasiva. Mas o autor citado não levava o seu critério às últimas consequências. Ao invés, aplicava-o de forma totalmente arbitrária. Só por isso conseguia alcançar algumas soluções intuitivamente aceitáveis. De facto, depois de ter formulado um critério rigoroso, ainda que discutível, o autor citado descambava na casuística para soluções heterogéneas, cuja verosimilhança não provém, como veremos de seguida, do seu próprio critério.

Arthur Kaufmann distinguia as situações em que o perigo para a vida humana procede de uma ameaça que lhe é totalmente exterior daquelas em que a vida da vítima se encontra seriamente ameaçada por uma predisposição patológica. Mas, se assim fosse, no segundo grupo de situações deveríamos incluir também os casos em que a predisposição é de natureza psíquica, não se descortinando razões, à luz do critério de Arthur Kaufmann, para que a eutanásia activa possa merecer um tratamento diferente dos casos em que a vítima já estivesse firmemente decidida a suicidar-se antes de ter sido assassinada. E, no entanto, Arthur Kaufmann não chegava tão longe...

Acresce que não se vê qual o motivo para distinguir entre o primeiro dos exemplos dados e o *caso do campo de concentração*. Suponhamos que um terrorista tinha colocado uma carga explosiva no avião.[11] Em ambos os casos estariam assim reunidas condições suficientes para se concluir pela exclusão do desvalor de resul-

segue: *A*, assistindo à execução do assassino do seu filho, precipita-se sobre o carrasco no mesmo instante em que este iria accionar o mecanismo da guilhotina e, querendo fazer *justiça* por suas próprias mãos, afasta com um gesto rápido o braço do verdugo, para mover ele mesmo a alavanca que liberta a lâmina, de tal forma que o assassino é morto tal como fora previsto, mas não pelo carrasco. Entre nós, o caso já foi apresentado e comentado por José de Oliveira Ascensão, *Acção finalista e nexo causal* (Diss.: FDL). Lisboa: n. p. (dactiloscrito), 1956, pp. 128-129 e 141.

11. Cf. Claus Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 74 (1962), (pp. 411-444) p. 428.

tado, pois em ambos existiria um plano criminoso alternativo, que no caso do avião até já estaria integralmente executado (*i.e.*, uma tentativa acabada). Então por que motivo se deveria optar por soluções jurídicas diferenciadas? Só se fosse porque no primeiro caso o autor desconhecia a existência da causa virtual, ao passo que no outro já possuía esse conhecimento... Mas de que modo poderia o conhecimento afectar quer o desvalor de resultado, quer a intensidade do dolo do agente?

Finalmente, a menor punibilidade da eutanásia activa por comparação com o homicídio simples pode derivar da menor censurabilidade dos motivos que levaram o agente a actuar, mas não do menor valor da vida, nem da menor intensidade do dolo do agente. Da mesma forma, seria o relevante valor moral dos motivos do agente que poderia justificar a atenuação da pena no *caso do campo de concentração*. Em face do nosso direito positivo, isso é particularmente evidente, pois está prevista uma atenuação especial, o homicídio privilegiado (art. 133.º CP português), cujo fundamento é, *expressis verbis*, a diminuição sensível da culpa do agente. O homicídio privilegiado, como atenuação especial típica, aparece no nosso direito legislado como um *tipo de culpa*. Entre outros, o fundamento para a diminuição da culpa do agente pode ser o valor ético do motivo em que baseou a sua decisão criminosa, motivo esse que estava presente em ambos os casos discutidos acima. Podemos, pois, concluir que, pelo menos em face do nosso direito legislado, as teses de Arthur Kaufmann dificilmente poderão ser acolhidas.

2.3 A influência da doutrina civilista

Para além das críticas atrás expendidas, cabe agora apresentar as razões de fundo que nos obrigam a rejeitar globalmente a concepção de Arthur Kaufmann, segundo a qual faltaria o desvalor de resultado sempre que um processo causal virtual tivesse atingido tais proporções que fosse de esperar, de acordo com a expe-

riência humana, a verificação da lesão para breve, abstraindo do comportamento do autor que realmente produziu o resultado.[12]

A visão de Arthur Kaufmann estava manifestamente influenciada por argumentos tirados da jurisprudência e da dogmática civilistas, as quais têm uma longa tradição de abordagem sistemática do problema da causalidade virtual, argumentos esses que o autor citado empregava *pari passu*, invocando a *natureza das coisas* (*Natur der Sache*) para justificar a necessidade de soluções similares no âmbito do direito penal.[13] Mas a transposição acrítica das soluções do direito civil para o contexto do direito penal não pode senão revelar-se prejudicial, dadas as distintas finalidades da responsabilidade civil e da responsabilidade criminal.[14] Com efeito, à responsabilidade civil cabe uma função de reparação de danos, ao passo que à responsabilidade criminal cabe uma função punitiva.

A função da responsabilidade civil é, tão-somente, fazer desaparecer os efeitos do facto ilícito que atingiram o lesado ou, se isso não for possível, compensá-lo pecuniariamente pelo valor do prejuízo que sofreu *in natura* (em forma

12. Em nítido recuo defensivo, Arthur Kaufmann explicitou posteriormente que só deveriam ser tomadas em consideração no homicídio as causas virtuais que teriam provocado o mesmo resultado e no mesmo momento (cf. Arthur Kaufmann, Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, in AA.VV., *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 274). Esta restrição poderá corresponder à estrutura do *caso do carrasco*, mas não corresponde certamente a alguns dos exemplos construídos ou citados anteriormente por Arthur Kaufmann, entre os quais avulta o *caso do campo de concentração* (cf. Arthur Kaufmann, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, cit., p. 226).

13. Cf. Arthur Kaufmann, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, cit., p. 217.

14. Esta crítica pode ver-se, por todos, em Claus Roxin, *ZStW* 74 (1962), cit., p. 430. No mesmo sentido, veja-se também Jorge de Figueiredo Dias, *Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1963, p. 33, n. 58.

Em artigo já citado, o próprio Arthur Kaufmann reconheceu que se tinha excedido nos argumentos de índole juscivilista, referindo-se ao seu primeiro trabalho sobre o tema, embora se tenha justificado com o facto de não poder dispor na altura de outros pontos de apoio, dado o carácter pioneiro da sua abordagem no âmbito da dogmática penalista (cf. Arthur Kaufmann, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, cit., p. 274).

de destruição, subtracção ou deterioração de um certo bem),[15] prejuízo esse que pode ser sempre avaliado e convertido numa soma de dinheiro (*i.e.*, um dano de cálculo).[16] O conceito de dano de cálculo como diferença no património do lesado[17] – um conceito que provém dos pandectistas e é, nos dias de hoje, largamente dominante na doutrina civilista – estabelece um critério de determinação do *quantum respondeatur* segundo uma avaliação total e dinâmica do dano que impõe a averiguação da evolução que sofreria o património do lesado, se não fosse o facto lesivo.[18] Por isso o conceito de dano como diferença patrimonial implica a atribuição de relevância negativa à causa virtual ao nível do cálculo do dano a indemnizar, posto não se poder abstrair do facto de que o dano teria sido produzido em momento posterior por força de caso fortuito, de facto de terceiro ou de comportamento do próprio lesado.

Muito pelo contrário, a lesão de um bem jurídico-penal não pode ser convertida num dano de cálculo, enquanto diferença patrimonial. Em direito penal, a vida, a integridade física, a honra e os demais bens jurídicos têm valor em si e são insusceptíveis de quantificação em termos de prejuízos económicos.[19] Não se vê, pois, como se poderia alguma vez estabelecer, ao nível da determinação da extensão da responsabilidade criminal, a diferença entre a situação em que o ofendido foi colocado em consequência do comportamento ilícito do agente e

15. Cf. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998 (1. ed., 1955), p. 250.

16. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O problema da causa virtual...*, cit.

17. Pereira Coelho resumiu a teoria da diferença como se segue: "o dano a indemnizar pelo lesante é o que resulta da diferença entre a situação em que o património do lesado foi colocado em consequência da conduta que obriga a reparar e a situação em que o mesmo património se encontraria se esta conduta não tivesse sido praticada" (Francisco Manuel Pereira Coelho, *O problema da causa virtual...*, cit., p. 258, os itálicos foram suprimidos).

18. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O problema da causa virtual...*, cit.

19. Neste sentido, por todos, cf. Claus Roxin, *ZStW* 74 (1962), cit., p. 430. Entre nós, cf. Jorge de Figueiredo Dias, *Sobre a reparação de perdas e danos...*, cit., p. 33, n. 58. Também, cf. Jorge Carlos Fonseca, A relevância negativa da causa virtual ou hipotética na responsabilidade civil, *Revista Jurídica (RJ)*, n. 4 (1984), (pp. 13-69) p. 42, n. 37.

aquela em que se encontraria, se não fosse esta conduta. Por outro lado, nem teria sentido falar-se nessa diferença, posto que o ilícito criminal, diferentemente do ilícito civil que ofende interesses particulares, atinge o interesse público, ou melhor, a ordem jurídica geral.

No entanto, apesar de invocar reiteradamente pontos de vista jurídico-civis, Arthur Kaufmann não procurava critérios para uma graduação do decréscimo de valor do objecto da acção, aliás de todo contrários à natureza dos bens jurídico-criminais. A tese do autor citado era bem mais radical: ora afirmava que ao objecto da acção pertencia um valor inteiro, ora negava todo o seu valor nos casos em que o objecto estivesse minado por uma inclinação interior para a destruição e, inclusivamente, nos casos em que estivesse ameaçado por um perigo externo irremissível, mesmo na falta do facto lesivo do agente.

2.4 A relativização do valor da vida humana

Arthur Kaufmann dizia que não valia a pena tentar impressionar aqueles que, como ele, duvidavam da afirmação abstracta do valor absoluto da vida com o argumento falacioso de que assim se faria renascer a conhecida tese – defendida durante o *nacional-socialismo* – das *vidas sem valor vital* (*lebensunwerte Leben*).[20] De facto, seria demagogia acusá-lo de propender para uma ideologia de cunho racista ou discriminatório. Podemos mesmo reconhecer que a máxima do valor absoluto da vida entrou em crise com as modernas técnicas de reanimação, que tornam possível o prolongamento da vida em situação precária e até o prolongamento de algumas funções vitais para além da morte clínica.[21] A "redefinição da morte

20. Cf. Arthur Kaufmann, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, cit., p. 275.

21. Segundo o chamado conceito clássico de morte, que até meados dos anos 60 do século XX não sofreu contestação, esta consistiria na cessação definitiva das actividades respiratória e circulatória espontâneas (cf. Hans Lüttger, *Medicina y derecho penal*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, pp. 96-97). Com o desenvolvimento das modernas técnicas de reanimação, as quais permitem restabelecer as actividades respiratória e cardio-vascular espontâneas ou mesmo assegurá-las artificialmente, o aludido conceito clássico

imposta pelos progressos da medicina tem vindo a pôr em causa que a vida mereça uma protecção idêntica em todas as suas fases, pois, por exemplo, a omissão de prolongamento da vida através de um meio de reanimação não tende a ser vista como um homicídio por omissão, mesmo por aqueles que mais acérrimos defensores são da inviolabilidade absoluta da vida em quaisquer das suas fases".[22]

Mas não cremos, pelo que ficou dito, que o facto de a vítima apresentar uma predisposição patológica letal ou estar gravemente ameaçada de morte por força de um processo causal virtual seja razão bastante para desprezar o desvalor de resultado da intervenção homicida de terceiro, sem qualquer fundamentação valorativa que atenda quer ao sentido da acção, quer à articulação entre acção e resultado. À tese de Arthur Kaufmann falta, pois, plasticidade, antes padecendo de um automatismo formalista nas soluções indiferenciadas que postula. É, por sua natureza, perniciosa e insusceptível de reaproveitamento em sentido axiológico-jurídico.

2.5 Crimes patrimoniais

Até agora deixámos propositadamente em silêncio a consideração da admissibilidade das teses de Arthur Kaufmann no âmbito dos crimes contra a

de morte tornou-se inadequado. As técnicas de reanimação demonstraram que as distintas células do corpo humano têm um tempo de sobrevivência muito diferente após a cessação do afluxo de sangue oxigenado, e as células do cérebro são aquelas que têm o tempo de sobrevivência mais curto (três a quatro minutos). Assim se explica que uma reanimação tardia possa restabelecer ou assegurar as funções respiratória e circulatória, por vezes indefinidamente, mas já não reavivar o cérebro. Daí que, segundo um critério médico-jurídico, fundado no reconhecimento de que a extinção da função cerebral é irreversível, se considere actualmente a destruição anatómica (global ou estrutural) definitiva do cérebro na sua totalidade (córtex cerebral e encéfalo) como representando o termo final da vida, não importando agora considerar quais são os critérios objectivos de determinação dessa morte cerebral. Assim, o corpo com cérebro morto, mesmo mantendo a actividade respiratória e a circulatória com o auxílio de aparelhos, não é uma pessoa, caso contrário, a extracção de órgãos vitais para transplante, nessas circunstâncias, seria homicídio (cf. Hans Lüttger, *Medicina y derecho penal*, cit., pp. 97-102).

22. Maria Fernanda Palma, *Direito penal* – parte especial (crimes contra as pessoas). Lisboa: FDUL (ed. policop.), 1983, p. 39.

propriedade ou contra o património em geral, os quais, numa primeira análise, se poderiam assemelhar a lesões contra interesses exclusivamente privados, tanto mais que, em alguns deles, a perseguição penal depende de condições de procedibilidade (*i.e.*, a queixa por parte do ofendido). No entanto, também os tipos de crime contra o património configuram uma selecção de formas de ilícito que, pela sua gravidade, põem em causa os alicerces da vida em sociedade, justificando por isso reacções penais.

Na generalidade dos crimes contra o património, o objecto da acção tem, em princípio, valor patrimonial (embora seja admissível a punibilidade da apropriação de coisas alheias sem valor patrimonial), podendo mesmo acontecer que certas circunstâncias agravantes ou atenuantes qualificativas dependam do valor da coisa. Poderá, pois, perguntar-se se a apreciação da responsabilidade criminal do agente em função da quantificação possível do prejuízo causado deverá depender da tomada em consideração de causas virtuais. Estamos convictos de que à questão formulada se deve responder negativamente, pela seguinte razão: se o estado em que se encontrava o objecto atingido pelo comportamento lesivo era tal que não se produziu qualquer prejuízo ou se produziu prejuízo de pouca monta – por exemplo, o autor ateia fogo a uma parte de um edifício em chamas[23] ou o autor abate um animal moribundo[24] – não se trata ainda aqui da consideração de causas virtuais, mas da consideração do valor efectivo que cabia ao objecto atingido, considerando o seu estado e a sua utilidade no momento da acção.

Por outro lado, estes são casos (pelo menos, o primeiro) de concorrência efectiva de causas. Portanto, na medida em que o resultado, na sua forma concreta, for tipicamente quantificável, se o autor causar uma lesão parcial, responderá apenas por essa parte.[25]

23. Cf. Arthur Kaufmann, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, cit., p. 225.

24. Cf. Arthur Kaufmann, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, cit., p. 226.

25. Esta é a solução defendida por Günther Jakobs, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil (Die Grundlagen und die Zurechnungslehre), 2. ed. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1991, 7.ª Secção, n. m. 17.

Mas, mesmo nos casos em que o objecto da acção não transporta em si o gérmen da sua própria destruição, não está descartada a hipótese de o valor efectivo da coisa no momento da acção poder estar afectado pelo facto de já existir uma série causal virtual que corre para o dano. Pense-se no caso em que um surto de febre aftosa teria justificado uma proibição administrativa de comercialização de gado bovino ou medidas administrativas de abate generalizado: se um homem, num assomo irado, se vingar do vizinho, abatendo-lhe o gado são ou doente que, de qualquer forma, seria abatido pelo veterinário posteriormente, também aqui responderá criminalmente pelo dano que tiver causado, segundo o valor da coisa no momento do acto lesivo. Se o prejuízo for de diminuto valor, poderia o agente sofrer até uma menor pena (art. 213.º, n. 3, CP português), mas, mais uma vez, não se trata aqui da consideração de causas virtuais do dano. O próprio Arthur Kaufmannn cita diversas opiniões segundo as quais, em casos semelhantes, o que se leva em consideração não é a causa virtual, mas a diminuição ou perda de valor da coisa já existente no momento da acção ilícita do agente, mesmo que essa redução do valor patrimonial se tivesse ficado a dever ao facto de ser conhecida a propensão para o dano da coisa.[26] Não pode, pois, como pretende, invocar essas opiniões em abono da sua tese.

2.6 *Raciocínios hipotéticos contrafactuais e processos causais virtuais*

Arthur Kaufmann não estava ciente da distinção entre raciocínios hipotéticos contrafactuais (*i.e.*, contrários aos factos) e processos causais virtuais. Bastará fazermos a triagem dos casos com que Arthur Kaufmann trabalhava para vermos que, na sua esmagadora maioria, se referem à problemática do *comportamento lícito alternativo*.[27]

26. Cf. Arthur Kaufmann, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, cit., p. 227.

27. Essa problemática ainda não era assim designada ao tempo do estudo que Arthur Kaufmann publicou no *Festschrift für Eberhard Schmidt*.

Sirva de exemplo o conhecido *caso do camião*, aliás verídico:[28] um camionista, ao realizar uma manobra de ultrapassagem de um ciclista, não respeitou a distância lateral mínima imposta por lei. O ciclista desequilibrou-se e foi esmagado pelo reboque. Provou-se que o desastre se teria produzido com elevada probabilidade se o condutor do camião tivesse observado a distância conveniente, dado que o ciclista se encontrava completamente embriagado. Com efeito, o facto de o ciclista ter guinado para debaixo do camião no momento da ultrapassagem ficou a dever-se a uma reacção característica de uma condução em estado de embriaguez.

Arthur Kaufmann era de opinião que, se não fosse a causa real do atropelamento mortal, ou seja, a ultrapassagem realizada em flagrante violação das regras do tráfego rodoviário, outra *causa hipotética* teria provocado o mesmo resultado, a saber, a ultrapassagem alternativa que o mesmo camionista deveria ter efectuado em conformidade com o dever de cuidado imposto por lei. O aludido autor chegava mesmo a equiparar esta situação à hipótese em que o camionista teria podido provavelmente evitar *in extremis* o atropelamento mortal se tivesse efectuado uma ultrapassagem correcta, mas em que o ciclista teria sido atropelado de certeza por um dos muitos camiões que circulavam em fila naquela estrada de tráfego intenso.[29] Todavia, independentemente da questão de saber se, no tocante à apreciação da responsabilidade criminal do camionista, as situações referidas devem ou não merecer a mesma solução jurídica, somos de parecer que as duas situações são estruturalmente diversas. Na primeira, temos um puro raciocínio hipotético contrafactual. Na segunda, aparece de facto a problemática da causalidade virtual.

A diferença entre as duas situações reside no seguinte: na versão genuína do *caso do camião*, a primeira, o comportamento lícito alternativo que teria causado

28. *BGHSt* 11, 1, apud Klaus Ulsenheimer, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*. Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1965, p. 27.

29. Cf. Arthur Kaufmann, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, cit., p. 207.

a morte do ciclista constitui um termo de comparação meramente conjectural, ao passo que na versão reformada do mesmo caso, a segunda, os termos da causa virtual da morte do ciclista, ainda que imaginários como causa, existiam de facto, materializados nos restantes camiões que circulavam naquela estrada.[30]

Com efeito, o comportamento lícito alternativo não existiu, nem nunca teria existido, já que o agente actuou de facto de outra maneira, ou seja: ilicitamente. Se abstrairmos mentalmente do comportamento efectivo do agente, nada restaria com dimensão existencial que o pudesse substituir como causa do mesmo resultado. É certo que podemos sempre imaginar um comportamento alternativo prudente do mesmo agente no lugar do comportamento ilícito efectivo que ele adoptou. Porque não existem limites à imaginação, podemos, pois, suprimir ou acrescentar mentalmente tudo o que nos aprouver. Por exemplo, podemos imaginar que o camionista não teria ultrapassado o ciclista tal como o fez, mas que o teria ainda assim ultrapassado à distância regulamentar. Mas também podemos imaginar que o camionista pura e simplesmente não teria ultrapassado o ciclista, quer porque teria seguido por uma outra estrada, quer porque teria estacionado na berma para

30. Jorge Fonseca estabeleceu do seguinte modo a diferença entre os casos de comportamento lícito alternativo e os de causalidade virtual: "nos primeiros, o termo de comparação é tão-só *imaginário*, integralmente *conjectural*, mero termo hipotético de raciocínio; nos segundos, ele pode ser um facto real (ainda que hipotético como causa) – quando a série causal hipotética tinha desencadeado já alguns dos seus termos no momento em que se verifica o dano – ou um facto só hipotético, no sentido de que não chegou efectivamente a materializar-se, a desencadear transformações no mundo exterior" (Jorge Carlos Fonseca, *RJ*, n. 4, cit., pp. 57-58, itálicos no original).

Concordamos quase inteiramente com Jorge Fonseca. Na verdade, só discordamos da sua afirmação de que a causa virtual poderia consistir em *um facto só hipotético*. Se fosse assim, regressaríamos ao domínio das puras conjecturas, onde a imaginação é soberana absoluta, e a aludida diferença entre o comportamento lícito alternativo e a causalidade virtual perderia a razão de ser. Noutra passagem, Jorge Fonseca estabeleceu a distinção que cremos ser a correcta: "é necessário que o dano produzido pela causa operante se tivesse igualmente verificado, se não fosse aquela, *por força da causa hipotética*; o que exige que possa afirmar-se que, a não acontecer o facto operante, *se teria verificado a causa virtual*. E esta só se teria verificado se consistisse em uma *entidade existencial*, em algo *exteriorizável* ou *materialmente projectável*, enfim, em um facto" (Jorge Carlos Fonseca, *RJ*, n. 4, cit.).

descansar das fadigas da viagem, que ambos seriam comportamentos igualmente permitidos. Não vamos negar que possa haver interesse em considerar um particular comportamento lícito alternativo do mesmo agente, em vez de qualquer outro comportamento lícito alternativo que a nossa fantasia lhe pudesse atribuir. A simples intuição aconselha que o comportamento lícito alternativo considerado seja aquele que mais se aproxime daquele que o agente realizou de facto, em ordem a determinar se nem mesmo assim se teria podido evitar o atropelamento. Haja ou não interesse em conjecturar acerca dos acontecimentos que teriam ou não sucedido com esse particular comportamento lícito do autor, é questão que não vamos mais explorar. O ponto é que a questão não pode ser confundida com a problemática da causalidade virtual.

É certo que a causa virtual, como causa, é uma projecção imaginária de efeitos lesivos, embora similares dos que aconteceram de facto. E não perde esse carácter de projecção imaginária pelo facto de a deduzirmos, não da nossa ilimitada capacidade inventiva, mas da nossa razoável presciência racional do devir, neste caso, do devir hipotético contrafactual. Todavia, a causa virtual é predicado de factos históricos e conhecidos ao tempo do juízo e, nesse sentido, inalteráveis para efeitos de raciocínio. Arthur Kaufmann não se deu conta desta diferença.

2.7 As diferentes concepções do desvalor de resultado

Todas as razões até agora apresentadas seriam suficientes para minar por dentro a possibilidade de um reaproveitamento das teses de Arthur Kaufmann. Mas não queremos concluir sem um exame crítico da noção de desvalor de resultado presente no pensamento do autor citado, embora apenas vagamente reflectida no seu texto, quando a final resume as suas teses.

Importa notar que a concepção de desvalor de resultado que parece ressaltar do pensamento de Arthur Kaufmann se resume a uma lesão de bens jurídicos totalmente independente dos acontecimentos que lhe deram origem. Retiramos

esta conclusão da tendência explícita no pensamento do autor citado para desprezar o desvalor da lesão sempre que a sua produção fosse aguardada de certeza, mesmo na falta do comportamento do autor.

Por outro lado, Arthur Kaufmann parece aderir a uma concepção dualista da ilicitude material, actualmente dominante na doutrina penalista de lingua alemã. No entanto, por detrás dessa descrição dualista do conteúdo da ilicitude penalmente relevante, congregando os desvalores de acção e de resultado, vislumbramos alguma hesitação na indicação da importância que afinal deveria caber ao desvalor de resultado no crime doloso. Com efeito, após ter afirmado que o desvalor de resultado faltaria nos casos em que a lesão se teria produzido mesmo sem a acção causal do agente, acabava concluindo que o agente poderia beneficiar de uma atenuação facultativa da pena, a qual dependeria só da avaliação do grau de desvalor de acção. Quer isto dizer que o mero desvalor de acção bastaria para esgotar completamente o conteúdo material da ilicitude? Arthur Kaufmann não era claro.

É evidente que não podemos glosar na íntegra o tema do conteúdo material da ilicitude, que se mantém como tema disputado na doutrina penal contemporânea. É tema complexo e cheio de implicações aos mais diversos níveis da construção dogmática da infracção criminal. Limitar-nos-emos a investigar o papel do desvalor de resultado na fundamentação da ilicitude penalmente relevante, bem como a examinar a configuração que deverá caber a esse desvalor.

A importância do desvalor de resultado tem sido objecto de viva contestação. Basta referir que, consoante se parta de uma concepção objectiva ou, em alternativa, pessoal de ilicitude, diferentes funções poderão ser atribuídas ao *resultado típico* (*tatbestandsmäßiger Erfolg*). Para referir apenas as consequências extremas destes dois pontos de partida antagónicos, poderá ser atribuída ao desvalor de resultado a função de autêntico e único desvalor constitutivo do conteúdo da ilicitude penalmente relevante ou, contrariamente, a função de mera condição objectiva de punibilidade.

A concepção objectiva de ilicitude teve em Edmund Mezger um dos seus últimos defensores.[31] Mezger procedeu a uma clara diferenciação entre os juízos de ilicitude e de culpabilidade, independentemente agora de qualquer discussão sobre o conteúdo dessa diferenciação.

À questão de saber se o direito é (só) *norma de determinação* (*Bestimmungsnorm*) ou (também) *norma de valoração* (*Bewertungsnorm*), Mezger dava uma resposta apriorística: o direito como norma de determinação é impensável sem o direito como norma de valoração.[32] E, como norma de valoração, o direito é sinónimo de *ordenamento objectivo da vida social* (*objektive Lebensordnung*).[33]

Questão diferente é já saber se o conceito de ilicitude se deve deduzir do conceito de direito como norma de determinação, o que levaria a adoptar uma formulação de pendor subjectivo, ou de direito como norma de valoração, o que acarretaria uma formulação de teor objectivo. Mezger afirmava que para esta questão não existia resposta apriorística, mas sublinhava a conveniência prática de uma resposta que tivesse em atenção a teleologia imanente ao sistema jurídico, que visaria o ordenamento exterior da vida em sociedade. Por isso, defendia a necessidade de se partir de pontos de vista objectivos: "ilícita é (...) a modificação de um estado juridicamente aprovado ou a produção de um estado juridicamente desaprovado, não a modificação juridicamente desaprovada de um estado" (trad. livre).[34] Portanto, a ilicitude consistiria na formulação de um juízo impessoal e objectivo acerca dos próprios acontecimentos ou situações.

Enquanto tal, a conduta humana não parecia, pois, constituir objecto do referido juízo valorativo com que se determina os limites entre licitude e ilicitude (*i.e.*, o desvalor do estado de coisas), já que, fazendo plena fé nas palavras de Mezger,

31. Cf. Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, *Der Gerichtsaal* (GerS) 89 (1924), pp. 207-314.

32. Cf. Edmund Mezger, *GerS* 89 (1924), cit., p. 240.

33. Edmund Mezger, *GerS* 89 (1924), cit.

34. Cf. Edmund Mezger, *GerS* 89 (1924), cit., p. 245.

não é a modificação ou produção, em si mesmas, de acontecimentos ou situações determinadas que o direito desaprova. É certo que uma conduta humana nunca poderia infringir uma valoração, mas ainda assim poderia constituir o objecto dessa valoração, na medida que as próprias condutas fossem apreciadas ou reprovadas. Mas para isso seria necessário que a norma de valoração também se referisse ao mesmo objecto da norma de determinação. No pensamento de Mezger não era isso que acontecia: a norma de valoração e a norma de determinação eram independentes.

Neste ponto, torna-se necessário aprofundar a concepção de Mezger. Adoptando concepções que já se descortinavam, se bem que de forma embrionária, na teoria dos imperativos de August Thon,[35] Mezger defendia que o ordenamento jurídico é um complexo de normas sem destinatários determinados. Para Mezger, era necessário distinguir entre o conceito abstracto de norma e as características concretas da sua realização subjectiva. A norma e o meio de realização da norma (*i.e.*, o imperativo) não eram reconduzíveis a uma unidade.[36] A norma, relativamente a uma determinada situação social, clamava: – Deve ser! O meio de realização da norma, o imperativo, dirigia-se pessoalmente ao indivíduo e ordenava: – Tu deves! Esta distinção entre a norma de valoração objectiva e a norma de determinação subjectiva forneceria, em última instância, o critério para a destrinça entre ilicitude e culpa.

A distinção acima referida oferece notoriamente o flanco ao inconveniente que as antigas concepções identificadoras de ilicitude e culpa tinham conseguido eficazmente esconjurar, a saber, o espectro da natureza actuante contra o direito.[37] Se qualquer modificação de uma situação juridicamente aprovada ou qualquer

35. Apud Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie* – Normlogik und modern Strafrechtsdogmatik. Göttingen: Otto Schwartz, 1954, p. 77.

36. Cf. Edmund Mezger, *GerS* 89 (1924), cit., p. 245.

37. Cf. Diethart Zielinski, *Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff – Untersuchungen zur Struktur vom Unrechtsbegrundund und Unrechtsausschluss.* Berlin: Dunker & Humblot, 1973, p. 19.

produção de uma situação juridicamente desaprovada constituem um ilícito, então, para citar apenas um exemplo clássico, a morte provocada por um raio seria tão antijurídica como um homicídio. Contra tal interpretação, Mezger observava apenas que o ordenamento jurídico determina quais as situações da convivência humana que se conformam com o ordenamento objectivo e quais as que são antijurídicas, à parte a consideração de uma censura pessoal.[38] Todavia, se inserirmos esta explicação no sistema de pensamento de Mezger, vemos que os seus argumentos não rimam na perfeição. Com efeito, ao estabelecer um critério de diferenciação entre ilicitude e culpa com base numa contraposição entre desvalor objectivo e desvalor de acção, não podia depois limitar logicamente o círculo das situações desvaliosas àquelas que foram produto de acções humanas. Esta limitação não surge naturalmente como decorrência do seu sistema de pensamento, mas como afirmação da pretensa evidência de que para o direito só as acções humanas são relevantes.

Mas o que é curioso no pensamento deste autor é que, tendo investigado como nenhum outro a problemática dos elementos subjectivos da ilicitude, tenha mantido com inabalável persistência a concepção impessoal e objectiva da ilicitude. Se tivesse dado um passo mais e explorado a teoria dos elementos subjectivos da ilicitude até ao limite das suas possibilidades, teria chegado a uma concepção de ilícito pessoal. Mezger recusou-se sempre a tomar este caminho, mantendo inclusivamente com Hans Welzel uma acesa polémica sobre esta questão.[39]

38. Cf. Edmund Mezger, *Strafrecht I* – Allgemeiner Teil (Juristische Kurz-Lehrbucher), 9. ed. München/Berlin: C. H. Beck, 1960, pp. 86-89.

39. A viragem para a concepção do ilícito pessoal começou historicamente com Oskar Adolf Germann e, sobretudo, com Welzel [cf. STRATENWERTH, *SchwZStR* 79 (1963), cit., p. 235]. No entanto, esta questão não nos interessa tanto a partir da perspectiva histórica, mas fundamentalmente do ponto de vista da relação entre juízo de valor e norma penal. Por isso não dedicaremos qualquer espaço à análise da concepção de Welzel, dado que o seu ponto de partida não era uma teoria das normas, mas uma concepção ontológica da acção, manifestamente desnecessária para os fins ora em vista.

É indiscutível que toda a norma é logicamente precedida por um juízo de valor. Caso contrário, a norma não seria mais do que a expressão formal de uma vontade despótica, que exigiria a obediência pela obediência. Fundamental é descobrir se o juízo valorativo se refere ao mesmo objecto da norma de determinação. Vamos examinar por partes como se realiza na prática a valoração dos acontecimentos. Armin Kaufmann[40] falava em três níveis valorativos sobrepostos:

– a primeira valoração é sempre positiva. Através dela, o legislador escolhe e cria os chamados bens jurídicos. Este juízo valorativo positivo pode ser suficiente para o dever-ser, tal como Mezger o definia, mas é ainda insuficiente para o dever-fazer;

– o segundo nível corresponde à valoração dos acontecimentos. Todo o acontecimento prejudicial para um bem jurídico é valorado negativamente, independentemente da sua origem. Neste contexto, os próprios acontecimentos naturais podem ser objecto de valoração jurídica, seja quando afectam ou perturbam a conservação dos bens jurídicos (*i.e.*, uma valoração negativa), seja quando favorecem a conservação dos estados de coisas aprovados pela ordem jurídica (*i.e.*, uma valoração positiva);

– finalmente, destaca-se a valoração dos únicos acontecimentos que são susceptíveis de influência; isto é, aqueles que são obra da vontade humana ou controláveis por ela. Neste contexto, só as acções humanas que acarretam a lesão ou o perigo de lesão dos bens jurídicos são juridicamente inadmissíveis.

Este terceiro nível é a origem da norma: o legislador confia que faz quanto pode para proteger os bens jurídicos delimitados no primeiro nível valorativo através da imposição de imperativos dirigidos à conduta humana. E assim se opera o salto de um dever-ser puro ou ideal para um dever-fazer (*i.e.*, um comando) ou um dever-não-fazer (*i.e.*, uma proibição).

40. Cf. Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, cit., pp. 69-77.

O imperativo deriva directamente deste terceiro nível valorativo e coincide com ele no mesmo objecto: a conduta humana.

A consequência mais importante da adopção desta perspectiva é a elevação do desvalor da acção a elemento constitutivo da ilicitude penalmente relevante – isto é: o ilícito pessoal. O que não significa que o desvalor da acção seja o único elemento constitutivo da ilicitude, como tem sido proposto pelos partidários da chamada tese subjectiva ou monista, sem dúvida minoritária na dogmática penalista de língua alemã.[41]

Na verdade, a ilicitude penal é a ilicitude do facto, que não se esgota na manifestação de uma vontade criminosa. De resto, a exteriorização da vontade interessa não tanto como acto de desobediência, mas por causa da sua real propensão ofensiva contra bens jurídicos.[42] Nesta perspectiva, o desvalor de resultado permanece como elemento constitutivo da ilicitude, mas não pode mais ser concebido como uma qualquer lesão de bens jurídicos, independentemente da sua causa. O desvalor de resultado é a materialização do desvalor de acção.

Na falta de outros argumentos, aquilo que acabámos de referir já bastaria para demonstrar por que razão não se deve aceitar a tese de Arthur Kaufmann, segundo a qual faltaria o desvalor de resultado sempre que a lesão do bem jurídico se teria produzido por força de um processo causal virtual, caso o autor não tivesse provocado o resultado lesivo através da sua acção. A relação entre desvalor de acção e desvalor de resultado é tal que o segundo só existe na medida em que

41. O representante mais radical desta tese é Diethart Zielinski, *Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, cit., p. 127 ss., pp. 222-223 e passim. Dado o carácter perfunctório da abordagem à temática vertente, não iremos discutir esta concepção. Todavia, importa notar que esta tese nunca poderia ser sufragada à luz do nosso direito positivo, pois a pena da tentativa é sempre especialmente atenuada e a razão de ser disso só pode ser explicada à conta de um menor conteúdo de desvalor do crime tentado.

42. Cf. Wilhelm Gallas, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in AA.VV., *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 1979, (p. 156 ss.) p. 159.

seja a concretização do primeiro, e não desaparece quer nos casos em que a lesão já fosse aguardada, quer nos casos em que fosse inevitável.

3. Os princípios da intensificação e assunção de responsabilidade

Na sua *tese de habilitação* (*Habilitationsschrift*), dedicada ao tema da relevância dos processos causais *hipotéticos* em direito penal, Erich Samson desenvolveu uma linha de argumentação em parte próxima da de Arthur Kaufmann.

Quanto ao seu ponto de partida, Samson prosseguiu a tendência dominante na doutrina penalista germânica para considerar a causalidade – na acepção da teoria da equivalência das condições[43] – como critério fundamental para a imputação objectiva, embora insuficiente. Por isso, direccionou a sua pesquisa para a descoberta de critérios restritivos da responsabilidade pela causalidade.

3.1 O conceito de encurtamento da vida

Constatando que qualquer objecto merecedor de tutela penal é, por sua natureza, perecível,[44] Samson afirmava que toda e qualquer lesão de um objecto protegido constitui uma perda relativa, por comparação com o desaparecimento conjectural do mesmo objecto que é irremediavelmente aguardado pela ordem jurídica.

O autor citado começava por tomar um exemplo paradigmático – o homicídio – para concluir que, dada a condição de mortal de todo e qualquer ser humano, o legislador só pode proibir aquilo que a actuação humana puder evitar, ou seja: a alteração artificial do momento da morte. E essa proibição só faria sentido se a acção de matar fosse interpretada como encurtamento da vida e a acção homicida

43. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht* – Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1972, p. 89 ss.

44. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., p. 100.

como eliminação de um possível prolongamento da vida de outrem.[45] Este *conceito de encurtamento* (*Verkurzungsgedanke*) seria, na perspectiva de Samson, evidente e indiscutível. Poderia, no entanto, tornar-se problemático nos casos em que, sem a acção do agente, a morte da vítima teria ocorrido no mesmo instante como consequência de um processo causal virtual. Samson distinguia depois dois grupos de situações, consoante os termos preexistentes do processo causal de reserva adviessem de acontecimentos naturais ou de um *autor substitutivo* (*Ersatztäter*).

3.2 O princípio da intensificação

Comecemos por analisar o primeiro grupo de situações, para tal citando um exemplo de Samson:

– *F* conduz uma locomotiva eléctrica numa linha que está bloqueada por um desmoronamento de terras, sendo certo que, àquela velocidade, não conseguiria travar a tempo de evitar o desastre. Entretanto, *A* muda a agulha da via-férrea, de tal forma que a locomotiva passa para a outra linha, igualmente bloqueada. A locomotiva embate na muralha de escombros e *F* morre.

De acordo com a ideia de encurtamento da vida, *A*, apesar de ter causado a morte de *F*, não teria realizado uma acção homicida. Esta noção de encurtamento da vida definiria totalmente o resultado típico do homicídio, pois este seria apenas quantificável unidimensionalmente, quer dizer: apenas em termos temporais, mas não de gravidade.[46]

Isso não era mais do que um corolário de um amplo *princípio da intensificação* (*Intensivierungsprinzip*).[47] Este princípio carecia de configuração específica para cada tipo de crime, consoante as características do bem jurídico protegido, mas o autor citado dispensava-se de mais ilustrações, pois considerava-as matéria da

45. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., p. 99.
46. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., p. 100.
47. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit.

Parte Especial. Por isso, o princípio da intensificação era sempre explicado com recurso ao exemplo do crime de homicídio.

Samson não deixava de acrescentar que os benefícios promovidos pelo agente contra a vontade do titular do bem jurídico também podiam preencher a tipicidade, mas só se ressaltasse do tipo de ilícito também um fim de protecção da autonomia de disposição do bem jurídico pelo seu titular.[48]

Importa notar que o chamado princípio da intensificação vai conduzir aos mesmos resultados práticos que decorriam da aplicação da chamada fórmula negativa da *conditio*,[49] mas agora em sede de imputação objectiva: a punibilidade do agente por crime consumado deverá ser excluída quando se fizer a demonstração de que o resultado concreto também se teria verificado sem a sua acção. Na óptica de Samson, o fundamento para esta conclusão deveria ser procurado na finalidade das normas penais.[50] Num sistema de direito penal orientado para a protecção de bens jurídicos, extravasaria do alcance da norma a proibição de manipular gratuitamente processos causais, se dessa manipulação não resultasse um maior prejuízo para o objecto da acção do que aquele que resultaria já sem a intervenção do agente. Pode objectar-se que o direito penal não desencadeia uma reacção sancionatória apenas como resposta à produção de um resultado lesivo concreto, mas também para preservar a consciência do valor dos bens jurídicos na comunidade social, daí decorrendo um princípio da intocabilidade destes.

A essa possível crítica, Samson respondia que, mesmo assim, nos casos em que não houvesse intensificação da lesão, à pena restaria só a função de mera

48. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit.

49. A fórmula negativa da *conditio* dizia que faltava o nexo de causalidade quando, abstraindo mentalmente de uma determinada acção, ainda assim o evento lesivo se teria igualmente verificado. Mas a fórmula negativa é, desde há muito, considerada logicamente inconsequente, como foi demonstrado, antes de todos, por Günter Spendel, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte* – Eine kritische Untersuchung der *Conditio-sine-qua-non-Formel* im Strafrecht. Herborn: J. M. Beck, 1948, p. 37.

50. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., p. 102.

prevenção geral que, como se sabe, utiliza o agente como meio para a realização de fins que abstraem do seu próprio facto.[51] Por outro lado, se a nocividade social do comportamento do agente não se relacionasse com a intensificação da lesão, mas com os seus efeitos supostamente corruptores da comunidade jurídica, então o fim último da norma não seria a protecção directa de bens jurídicos, mas a protecção da consciência social. Mas, mesmo que isso se pudesse admitir, estar-se-ia a desprezar o facto de o próprio senso comum[52] saber distinguir entre as acções que agravam a situação concreta do objecto da acção e as que não representam mais do que uma mera manipulação neutral com respeito à intensidade da lesão.[53] E mesmo que se reconhecesse um interesse digno de protecção do titular do bem jurídico em que as situações que lhe trazem prejuízo não fossem objecto de manipulação arbitrária por terceiros, esse interesse não era, na opinião de Samson, abrangido pelo conteúdo de desvalor específico de cada tipo de ilícito, mas seria antes um elemento formal comum a todos os tipos e que não determinava a sua configuração material decisiva.[54]

Assim sendo, o conteúdo mínimo de desvalor contido numa acção de lesão *normal* (sic) suplantaria o máximo de conteúdo de desvalor possível nos casos em que existisse uma causa substitutiva pronta a desencadear o mesmo resultado lesivo, na falta da acção do agente.[55] Portanto, os limites fixados para a pena legal em cada tipo material não poderiam abranger estes últimos casos, mesmo que para eles se fizesse sentir uma necessidade de pena.

Nos casos, em suma, em que a actuação do agente tivesse ultrapassado um processo causal natural ou fortuito que levaria à morte da vítima no momento

51. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., pp. 104-105.

52. Para sermos mais rigorosos, Samson referia a este propósito o *sentimento não educado pelo direito* (*unverbildetes Rechtsgefühl*).

53. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., pp. 104-105.

54. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., p. 106.

55. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., p. 107.

em que esta ocorreu de facto, ainda que o agente não tivesse intervindo, Samson chegava aos seguintes resultados práticos:

i) se o processo causal de reserva, na falta da acção do agente, produzisse inevitavelmente a mesma consequência, então a intervenção humana não teria afectado o desfecho fatídico dos acontecimentos, não se justificando qualquer punição do agente (exemplo: o *caso da locomotiva eléctrica*);[56]

ii) se o agente pudesse ter evitado as consequências do processo causal pre-existente usando os meios de que dispunha para salvar a vida da vítima, mas, pelo contrário, tivesse realmente actuado de molde a provocar o mesmo resultado que seria também atingido sem a sua acção, então justificar-se-ia a punição, embora apenas por crime de omissão de socorro, ou, no caso em que tivesse uma posição de garantia, por crime de homicídio por omissão (exemplo: o *caso da locomotiva eléctrica*, mas considerando a hipótese em que teria sido possível fazer agulha para uma linha desimpedida);

iii) por último, se o agente com a sua acção tivesse querido garantir de certeza a ocorrência do resultado lesivo que, tal como se veio a confirmar posteriormente, teria sido causado igualmente por força do processo causal virtual, então justificar-se-ia a punição por tentativa de homicídio.[57]

Por conseguinte, o autor só ficaria totalmente isento de responsabilidade criminal quando não tivesse antecipado o momento da morte, nem lhe tivesse sido possível adiá-la, tendo representado correctamente a situação global.

Posto isto, que se nos oferece dizer sobre o chamado princípio da intensificação? Cremos que nem mesmo resiste a uma abordagem superficial. Com efeito, podendo admitir-se a justeza de algumas das soluções encontradas por Samson para os casos de que se serve a título ilustrativo, tal fica a dever-se exclusivamente

56. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., p. 115.
57. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., p. 105.

à configuração específica dos exemplos, não aos méritos do chamado princípio da intensificação.

Vejamos mais de perto o *caso da locomotiva eléctrica*: é possível, com base em critérios pragmáticos, concluir que a acção do agente foi apenas uma condição lateral do resultado, posto não ter dependido dela qualquer frustração de expectativas, não sendo assim necessário recorrer a nenhum princípio da intensificação para excluir a imputação do facto ao agente.[58]

58. Cf. Günther Jakobs, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, cit., 7.ª Secção, n. m. 14 ss.

Jakobs dedicou especial atenção ao problema da delimitação do resultado e das condições relevantes para a sua ocorrência. O autor citado fornece-nos um conjunto de princípios pragmáticos e flexíveis, atendendo ao contexto de uma explicação causal para fins de imputação. Estamos essencialmente de acordo com a sua ideia de que não interessa ao jurista um conhecimento puro dos fenómenos e das suas conexões causais, antes lhe interessa esse conhecimento para determinar a responsabilidade de alguém.

Numa explicação causal com fins de pura cognição (*i.e.*, metodologicamente correcta), o conjunto da forma do mundo deve ser tomado em consideração para a explicação do resultado na sua forma concreta. Já no âmbito da imputação objectiva, aquelas circunstâncias que possam ter contribuído para a variação na forma do resultado concreto sem, com isso, terem contribuído para a frustração de expectativas (por exemplo, deste ponto de vista, é absolutamente indiferente que um vaso se tenha partido em 100 ou em 101 pedaços), não devem ser tomadas em consideração na imputação, segundo as regras de conexão com o fim da norma.

Jakobs não contestou a ideia de que o resultado deva ser tomado na sua configuração concreta. No entanto, isso não impede que certos aspectos do resultado sejam considerados laterais com respeito à imputação. As fronteiras entre um aspecto lateral e um elemento da forma concreta do resultado não podem ser estabelecidas segundo princípios rígidos, à margem da consideração do caso.

Quanto à determinação das condições do resultado, deve proceder-se da seguinte maneira: as condições que não possam ser imputadas a ninguém devem ser afastadas logo à partida, enquanto condições absolutamente acessórias. As restantes condições do resultado podem conter, contudo, ainda um certo número de condições acessórias relativas, ou seja: condições que, no contexto global da imputação objectiva, não operam qualquer frustração das expectativas. Por exemplo, se alguém transportasse a vítima de envenenamento de uma cama para outra, onde esta acabasse por falecer, então teria provocado a mudança da localização da vítima no momento da morte, mas não a própria morte considerada como objecto de imputação ao agente. Diferentemente, se alguém transportasse a vítima para um local em que ficassem diminuídas as suas hipóteses de salvamento e esta acabasse realmente morrendo, então teria de ser outra a solução do caso. Em casos de dúvida, a conexão causal amplamente estabelecida ainda poderá, no decorrer da imputação, ser considerada uma mera condição acessória relativa, podendo ser afastada por não ter contribuído efectivamente para a variação relevante de expectativas que todo

Quem tentar descobrir nos exemplos de Samson a força persuasiva do princípio da intensificação ficará desiludido, porque esses exemplos não chegam a ser difíceis do ponto de vista da sua solução jurídica. Mas isso não implica que o próprio princípio da intensificação não deva ser objecto de análise crítica, quanto mais não seja porque tinha pretensão de validade para um vasto conjunto de situações, as quais não ficaram devidamente documentadas com os exemplos referidos. Com efeito, o autor citado pretendia que o princípio valesse quer para os casos de modificação de processos causais preexistentes, quer para os de substituição da causalidade. Para sermos mais rigorosos, o princípio da intensificação valeria para os dois grupos de casos porque, em sua convicção, nem sequer se conseguiria distinguir modificação e substituição da causalidade.[59]

Segundo o autor citado, a diferença qualitativa entre modificação e substituição da causalidade só se tornaria possível se se distinguisse – de resto, em sua opinião, incorrectamente – entre condições eficazes e condições estáticas do resultado. De facto, se o agente nada mais pode fazer do que aproveitar-se de certas condições, já que não tem poderes demiúrgicos e se tem de adaptar à própria realidade, e se a causa é o conjunto de todas essas condições, por muito que o agente possa trocar ou substituir algumas dessas condições por outras, mesmo assim o fluir contínuo dos acontecimentos nunca seria substituído, mas somente modificado. Portanto, quem perfilhasse um conceito de causalidade fundado na teoria da equivalência das condições, assim refutando a possibilidade de avaliar de modo qualitativamente diverso a contribuição específica de cada uma das condições para a verificação do resultado, teria também de repudiar a delimitação entre modificação e substituição da causalidade. Haveria, pelo menos, uma condição que o agente nunca poderia

o crime comporta. Em suma, não há diferença prática entre afirmar que o sujeito não causou um resultado descrito abstractamente ou então que causou realmente um determinado resultado concreto, mas insusceptível de lhe ser imputado objectivamente.

59. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., p. 45 e em especial pp. 112-115.

substituir, a saber: a própria existência do objecto da intervenção. Deste modo, não se poderia falar, e muito menos nos casos problemáticos, numa substituição total das condições do resultado. Seria, pois, possível modificar processos causais, mas nunca substituí-los integralmente por outros.

Pela nossa parte, cremos que o autor citado seguiu por um caminho errado quando se opôs à possibilidade de distinguir genericamente entre modificação e substituição da causalidade. Na verdade, a distinção pressuposta entre condições eficazes e condições estáticas do resultado não apresenta teoricamente dificuldades. Bastará não se confundir a causa material, isto é, as condições necessárias do resultado, com a causa eficiente, isto é, as suas condições suficientes. Assim, é um erro afirmar pura e simplesmente que a existência da própria vítima faz parte da causa da sua morte. Qual causa: material ou eficiente? A matéria sem a qual o acontecimento nunca poderia ter sucedido não conta para o elenco das condições suficientes do resultado, segundo a definição de John Stuart Mill.[60] Quem quiser filiar a teoria da equivalência das condições na tradição que arranca do pensamento de Stuart Mill,[61] terá realmente de distinguir condições suficientes (*i.e.*, eficazes) e condições necessárias (*i.e.*, estáticas) do resultado e poderá assim destrinçar

60. Por vezes é erradamente atribuída a John Stuart Mill a noção de que toda a *conditio sine qua non* do efeito deveria figurar no elenco das condições que merecem a designação de causa do fenómeno. A definição de causa de Mill incorporava apenas as condições suficientes. A soma das condições suficientes é a única compatível com a ideia de sequência invariável de eventos (*i.e.*, um sistema causal fechado) que caracteriza o enunciado das leis causais universais. Leia-se a seguinte passagem: "Por exemplo, uma pedra lançada à água mergulha em direcção ao fundo. Quais são as condições do evento? É necessário primeiro que haja uma pedra e água, e que a pedra seja lançada à água; mas estas circunstâncias fazem parte da enunciação do fenómeno, juntá-las ao número das suas condições seria uma péssima tautologia; e esta classe de condições nunca recebeu o nome de causa a não ser entre os aristotélicos que as designavam de causa material, *causa materialis*" (John Stuart Mill, *A system of logic ratiocinative and inductive being a connected view of the principles of evidence and the methods of scientific investigation*, reimp. da 8. ed. London: Longmans, Green and Co., 1967, p. 215, trad. livre).

61. Como pela primeira vez sucedeu com Carl Ludwig von Bar, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafecht*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1971 (fac-símile da 1. ed., 1871), pp. 6-7. No mesmo sentido, por todos, cf. José de Oliveira Ascensão, *Acção finalista e nexo causal*, cit., pp. 112-114.

modificação e substituição da causalidade, pois é possível mudar apenas algumas das condições suficientes do resultado ou então substituí-las todas.

Escudando-se no argumento de que não seria possível destrinçar modificação e substituição da causalidade, o autor citado acabou por nunca trabalhar com os exemplos que a generalidade da doutrina considera serem de substituição da causalidade. Mas é pressuposto, na sua perspectiva, que o dito princípio da intensificação também valia nestes casos. Não se nos afigura ser de aplaudir essa opinião. Tal como Roxin, diremos o seguinte: se fosse possível matar um moribundo no momento exacto em que ele teria exalado o último suspiro, o agente que o fizesse teria de ser punido por crime de homicídio. Os imperativos jurídico-penais não devem ceder perante uma agressão ao bem jurídico penalmente tutelado, se exceptuarmos os casos em que houver uma causa de justificação, nem mesmo quando já estivesse irremediavelmente perdido.[62]

Mas Roxin aceita a ideia-base do princípio da intensificação, embora restringindo a não-intensificação aos casos em que o agente teria modificado um processo causal fortuito que, sem a sua acção, teria produzido um resultado exactamente idêntico.[63] A sua concordância nada tem de surpreendente, posto que o princípio da intensificação corresponde *grosso modo* à ideia de exclusão da imputação por falta de criação de um risco. É certo que o chamado princípio da criação ou aumento do risco coloca, no lugar da intensificação, o perigo de intensificação. Mas se o perigo for analisado *a posteriori* a diferença acaba por ser nenhuma. Na verdade, vale tanto dizer que a acção continha o perigo de intensificação, que sabemos que se realizou realmente, como dizer que a acção causou uma intensificação da lesão.

62. Cf. Claus Roxin, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, Bd. 1 (Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre), 2. ed. München: C. H. Beck, 1994 (1. ed., 1991), § 11, n. m. 52.

63. Cf. Claus Roxin, *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, cit., § 11, n. m. 51.

Em última análise, a noção de intensificação depende intrinsecamente da afirmação de que o resultado típico constitui a expressão de um *desvalor objectivo* (*Sachverhaltsunwert*) totalmente independente do desvalor de acção.[64] Assim sendo, as mesmas críticas que dirigimos ao pensamento de Arthur Kaufmann valem agora também contra a noção de intensificação. Uma vez rejeitada a noção de desvalor objectivo, também o chamado princípio da intensificação perde sustentação.

3.3 O princípio da assunção de responsabilidade

Pese embora o facto de termos refutado na íntegra o princípio da intensificação, não queremos deixar de apreciar o chamado *princípio da assunção de responsabilidade* (*Übernahmeprinzip*). Ao fazê-lo, porém, não teremos apenas o intuito de fornecer uma panorâmica completa do pensamento de Samson, mas procuraremos investigar se este princípio é susceptível de aproveitamento autónomo.

O princípio da assunção de responsabilidade constituía, no dizer do seu autor, uma restrição ao princípio da intensificação. Essa restrição valeria para os casos em que o autor, apesar de ter causado o resultado lesivo, tivesse impedido a realização do mesmo resultado através da acção de terceiro, o autor substitutivo.

Haverá casos em que o dever de observância dos imperativos jurídico-penais se revela infrutífero para a protecção do bem jurídico, nomeadamente quando houver um autor substitutivo firmemente decidido a praticar por seu turno a mesma lesão que o autor praticou de facto, quer este tenha ou não tenha disso conhecimento. Ora, posto que não teria sido possível assegurar a preservação do objecto de protecção através da omissão do próprio comportamento lesivo do autor, será possível compatibilizar a necessidade de punição do autor com o princípio da intensificação? Posta a questão nestes termos, Samson considerava

64. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., p. 121 ss.

que a responsabilização do autor nestas circunstâncias só seria possível, sem violar o princípio da intensificação, se se conseguisse demonstrar a validade de um *duplo dever* (*Doppelverpflichtung*) dirigido simultaneamente a ambos, autor e autor substitutivo.

Segundo o autor citado, a protecção de bens jurídicos através da imposição de *normas de conduta* (*Verhaltensnormen*) sofria de uma incorrigível fragilidade, que consistia em a protecção fracassar sempre que o sujeito violasse o apelo da norma. Mas essa fragilidade intrínseca da norma jurídica não concederia aos seus destinatários uma liberdade normativa de escolha entre o cumprimento dos imperativos jurídico-penais e o sofrimento da sanção correspondente à sua violação. Quer isto dizer que, mesmo quando o sujeito estivesse firmemente decidido a comportar-se de modo contrário à norma, se mantinha o dever jurídico de observância dos imperativos jurídico-penais.[65] O mesmo valeria quando houvesse não um, mas vários sujeitos decididos a infringir o imperativo jurídico-penal. Assim, do ponto de vista da ordem jurídica, a protecção dos bens jurídicos só seria alcançada através da multiplicação dos deveres de obediência. Com efeito, seria inadmissível que, quando a preservação de um bem jurídico fosse possível se tanto o autor como o autor substitutivo omitissem as respectivas condutas, a ordem jurídica abdicasse da protecção do bem jurídico só porque, na falta da acção do autor, o autor substitutivo teria provocado por seu turno a mesma lesão.

Podemos dizer que a enunciação do princípio em causa merece a nossa concordância, ou melhor, merecê-la-ia se o autor citado se tivesse limitado ao que ficou exposto. No entanto, a lógica da articulação do princípio da intensificação geral com o princípio excepcional da assunção de responsabilidade, tal como foram concebidos por Samson, obriga à redução do âmbito de aplicação do segundo. Assim, Samson vai distinguir as seguintes situações:

65. Cf. Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., p. 136 ss.

i) o autor seria inteiramente responsável pelo seu facto mesmo que, na falta da sua conduta, um autor substitutivo pudesse ter produzido a mesma lesão, mas só se este ainda não tivesse realizado na íntegra os actos de execução suficientes só por si para a produção do resultado típico (exemplo: quem realizasse um furto não poderia invocar a seu favor o facto de que, se não fosse a sua acção, um terceiro teria subtraído o mesmo objecto, ainda que se reconheça que o proprietário da coisa em qualquer dos casos teria ficado desapossado do bem);

ii) diversamente, o princípio da assunção de responsabilidade já não teria aplicação quando, apesar de o autor ter causado a lesão, o autor substitutivo tivesse realizado uma tentativa completa, segundo um critério material-objectivo, que teria conduzido ao mesmo resultado;

iii) por fim, o princípio da assunção de responsabilidade também não teria aplicação quando o autor tivesse realizado uma lesão que, de qualquer forma, teria sido provocada licitamente pela vítima ou por terceiro (exemplos: não realizaria um crime de dano aquele que derrubasse uma árvore cujo corte já fora decidido pelo proprietário para o dia seguinte e também não realizaria um crime de dano aquele que matasse uma vaca cujo abate fosse aguardado para breve com fundamento em medidas administrativas de combate a epidemias).[66]

Portanto, se a ordem jurídica não conseguisse assegurar mais a protecção do bem jurídico através dos seus instrumentos característicos, as normas, seja porque todos os termos do processo causal virtual iniciado pelo autor substitutivo corriam já na direcção da lesão, seja porque a própria lesão teria sido admitida no caso em que fosse justificadamente praticada por terceiro, então a acção praticada pelo autor não teria realizado uma intensificação da lesão do bem jurídico. Por isso, na perspectiva do autor citado, nestes casos voltar-se-ia ao chamado princípio da intensificação.

66. Os exemplos são de Erich Samson, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, cit., p. 143.

Do nosso ponto de vista, Samson deveria ter escolhido exemplos que, por serem mais impressivos, constituíssem testes severos de validação das suas teses. Daremos apenas um exemplo significativo das dificuldades postas pelas limitações ao princípio da assunção de responsabilidade: será que não pratica um crime de sequestro quem detiver outra pessoa, sendo que esta teria sido de qualquer forma presa pela autoridade policial com base num mandado de captura? Este exemplo serve apenas para ilustrar o seguinte: quando alguém, no cumprimento de uma função designada por lei e com a devida justificação, realiza uma acção típica, não pode a ordem jurídica consentir na realização da mesma acção por terceiros sem causa de justificação expressa!

Após termos analisado criticamente o pensamento de Samson, chegamos à seguinte conclusão: o chamado princípio da intensificação deve ser inteiramente sacrificado. Sendo assim, devem desaparecer inteiramente as restrições ao princípio da assunção de responsabilidade. Portanto, cada sujeito é responsável pelas suas acções, incluindo os seus resultados, sendo totalmente irrelevante que estes se tivessem produzido inevitavelmente também na falta da sua acção, por força de um processo causal virtual.

4. Bibliografia

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal.* Coimbra: Almedina, 2001. v. 1 (reimp. da 1. ed., 1963).

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1963.

FONSECA, Jorge Carlos. A relevância negativa da causa virtual ou hipotética na responsabilidade civil. *Revista Jurídica (RJ)*, n. 4, 1984.

GALLAS, Wilhelm. Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs. In: AA.VV. *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag.* München: C. H. Beck, 1979.

HARTMANN, Nicolai. *Ethik*. 3. ed. Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1949.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil (Die Grundlagen und die Zurechnungslehre). 2. ed. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1991.

KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie* – Normlogik und modern Strafrechtsdogmatik. Göttingen: Otto Schwartz, 1954.

KAUFMANN, Arthur. Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht. In: AA.VV. *Festschrift für Eberhard Schmidt*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961.

_____. Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie. In: AA.VV. *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

LÜTTGER, Hans. *Medicina y derecho penal*. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984.

MEZGER, Edmund. Die subjektiven Unrechtselemente. *Der Gerichtsaal* (GerS) 89 (1924).

_____. *Strafrecht I* – Allgemeiner Teil (Juristische Kurz-Lehrbucher). 9. ed. München/Berlin: C. H. Beck, 1960.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Acção finalista e nexo causal* (Dissertação: Faculdade de Direito de Lisboa). Lisboa: n. p. (dactiloscrito), 1956.

_____. *Direito penal I* – sumários. Lisboa: AAFDL, 1996/1997.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito penal* – parte especial (crimes contra as pessoas). Lisboa: FDUL (ed. policop.), 1983.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998 (1. ed., 1955).

ROXIN, Claus. Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 74 (1962).

_____. *Strafrecht* – Allgemeiner Teil, Bd. 1 (Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre). 2. ed. München: C. H. Beck, 1994.

SAMSON, Erich. *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht* – Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1972.

SCHELER, Max. *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* – Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus. 3. ed. Halle a. d. S.: Max Niemeyer, 1927.

SPENDEL, Günter. *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte* – Eine kritische Untersuchung der *Conditio-sine-qua-non-Formel* im Strafrecht. Herborn: J. M. Beck, 1948.

STRATENWERTH, Günter. Handlungs – und Erfolgsunwert im Strafrecht. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (SchwZStR) 79 (1963).

STUART MILL, John. *A system of logic ratiocinative and inductive being a connected view of the principles of evidence and the methods of scientific investigation.* Reimp. 8. ed. London: Longmans, Green and Co., 1967.

ULSENHEIMER, Klaus. *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten.* Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1965.

VON BAR, Carl Ludwig. *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafecht.* Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1971 (fac-símile da 1. ed., 1871).

ZIELINSKI, Diethart. *Handlungs – und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff – Untersuchungen zur Struktur vom Unrechtsbegrundund und Unrechtsausschluss.* Berlin: Dunker & Humblot, 1973.

Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal

Marlon Alberto Weichert
Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP.
Procurador Regional da República na 3ª Região.

"Não é bom quando o povo se esquece destas tragédias!
Muito pelo contrário, não se deve esquecer.
É aconselhável que permaneçam na memória da nação,
para que nunca mais se repitam. É necessário saber-se o que se passou".
Patrício Aylwyn – Presidente do Chile em 1990
e criador da Comissão Nacional da Verdade e da Reconciliação no Chile[1]

"É missão dos governos, das pessoas de bem, das escolas,
das famílias, das organizações, formar novas gerações
que não admitam a tortura e a vejam, como ela é,
o mais grave crime contra os direitos humanos.
Só assim tanta dor não terá sido escrita em vão."
Belisário dos Santos Jr.[2]

1. AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12 , n. 49. São Paulo, jul./ago. 2004, p. 72.

2. SANTOS JR., Belisário dos. A tortura e o Estado Democrático de Direito. O Relatório da Comissão Especial da Lei 10.726, de 09.01.2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, n. 46. São Paulo, jan./fev. 2004, p. 292.

Resumo: O artigo analisa o conceito de crime contra a humanidade e o relaciona com os delitos praticados no Brasil durante o período da ditadura militar. Indica que no Brasil houve perseguição ampla e sistemática a determinado segmento da sociedade civil no contexto de repressão à dissidência política, o que implica em caracterizar crimes perpetrados pelos agentes estatais como crimes contra a humanidade, principalmente os atos de homicídio, tortura e desaparecimento forçado (seqüestro). Os crimes contra a humanidade são imprescritíveis. No caso brasileiro, como o país – desde 1914 – aceita o caráter normativo dos princípios internacionais, os crimes dos agentes estatais da repressão durante a ditadura militar devem ser considerados imprescritíveis, independentemente da ratificação formal da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-humanidade de 1968. Não há risco de aplicação retroativa do direito penal, pois esse princípio foi consolidado pelo costume internacional a partir do Tribunal de Nüremberg. Nesse sentido, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à qual o Brasil é vinculado. O artigo aborda ainda a (in)aplicabilidade da Lei de Anistia aos crimes dos agentes públicos, seja pelo teor normativo da lei, seja pela impossibilidade de concessão de auto-anistias para violadores de direitos humanos.

Palavras-chave: Crimes contra a humanidade – Anistia – Prescrição – Tortura – Desaparecimento forçado – Prisão ilegal – Ditadura militar – Tratados internacionais – Justiça Transicional – Convenção Americana de Direitos Humanos.

Abstract: The Article analysis the concept of crimes against humanity and relates them with offences practiced in Brazil during the dictatorship regime. It points out that there was intense and systematic persecution against certain sectors of civil society in Brazil, in the context of repression against political dissidence. We can characterize crimes committed by state agents as crime against humanity, especially acts of homicide, torture and forced disappearances (kidnapping). Crimes against humanity are imprescriptible. In the case of Brazil, since the country accepts

the normative character of international principles since 1914, crimes of repression committed by state agents during the military dictatorship must be considered imprescriptible, regardless of the formal ratification from the convention of imprescriptibly of war crimes and crimes against humanity dated 1968. There are no risks of retroactive application of criminal law because this principle was consolidated by international custom as of Nüremberg Trials, in this case by jurisprudence of the International Court of human rights, to whom Brazil is connected, The article also addresses the applicability/ non applicability of amnesty law for crimes committed by public agents either due to the normative content of law, or to the impossibility of self-amnesty granting for human rights violators.

Keywords: Crimes against humanity – Amnesty – Prescription – Torture – Forced disappearance – illegal arrest – Military Dictatorship – International Treaties – Transitional Justice – American Convention on Human Rights.

Sumário: 1. Introdução – 2. Crimes contra a humanidade – 3. Da vinculação do Brasil à Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua obrigação de investigar e punir os crimes contra a humanidade cometidos durante regimes autoritários – 4. Inocorrência da prescrição – 5. Inocorrência de anistia para os agentes estatais – 6. A invalidade jurídica da auto-anistia – 7. Conclusão – 8. Bibliografia.

Área do direito: Penal-Processo Penal

1. Introdução[3]

Entre 1964 e 1985 o Brasil foi governado por uma ditadura militar. Nesse período houve persistente reação de parcela da sociedade civil ao regime auto-

3. Colaboraram na pesquisa a Dra. Suzana Vereta Nahoum Pastore, mestre em direito constitucional pela PUC/SP, e a Dra. Camila Ferreira de Sousa, pós-graduanda em direito penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

ritário, com o surgimento de vários grupos de oposição – inclusive armada – ao governo. Especialmente a partir de 1968 (mas não exclusivamente após essa data), as Forças Armadas enveredaram por uma repressão violenta à dissidência política. Em regra, as atividades repressivas foram coordenadas pelo Exército brasileiro, através do DOI/CODI (Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna), sediados nas capitais dos Estados.

Nesse contexto, os órgãos de repressão cometeram aproximadamente cinco centenas de homicídios e desaparecimentos forçados de dissidentes políticos do regime, e milhares de prisões ilegais, rotineiramente acompanhadas de torturas.

O objetivo deste estudo é analisar se esses crimes devem ser, ainda hoje, objeto de persecução penal, à luz do direito interno e internacional. Em especial, merece reflexão a aplicação da Lei de Anistia (Lei 6.883/79) e do instituto da prescrição.

2. Crimes contra a humanidade

O crime contra a humanidade foi previsto, pela primeira vez, no artigo 6.c do Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Foram qualificados como crimes dessa natureza os atos desumanos cometidos contra a população civil, a perseguição por motivos políticos, o homicídio, o extermínio e a deportação, dentre outros. Confira-se:

"Art. 6.º. O Tribunal estabelecido pelo Acordo aludido no art. 1.º do presente para o ajuizamento e condenação dos principais criminosos de guerra do Eixo estará legitimado para julgar e condenar aquelas pessoas que, atuando em defesa dos interesses dos países do Eixo, cometeram os delitos que constam a seguir, individualmente ou como membros de organizações:

(...)

(c) Crimes contra a humanidade: A saber, o *homicídio*, o extermínio, a escravidão, a deportação e *outros atos desumanos cometidos contra a população civil*

antes da guerra ou durante a mesma, a perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos na execução daqueles crimes que sejam competência do Tribunal ou relacionados aos mesmos, constituam ou não uma violação da legislação interna do país onde foram perpetrados."[4] (grifamos)

A definição de crimes contra a humanidade do Estatuto do Tribunal de Nuremberg foi ratificada pela Organização das Nações Unidas em 11.12.1946, através da Resolução 95, quando a Assembléia Geral confirmou "os princípios de direito internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e as sentenças de referido Tribunal".[5]

Percebe-se, portanto, que não há uma tipificação específica e inovadora dos crimes contra a humanidade. Na verdade, o que os caracteriza é a especificidade do contexto e da motivação com que praticados. O crime considerado pelo direito internacional como atentatório à humanidade é aquele praticado dentro de um padrão amplo e repetitivo de perseguição a determinado grupo (ou grupos) da sociedade civil, por qualquer razão (política, religiosa ou racial e étnica). Como fixado pelas Nações Unidas – ao aprovar os princípios aplicados pelo Tribunal de Nuremberg – o crime de lesa-humanidade é qualquer ato desumano cometido contra a população civil, no bojo de uma perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos. Note-se que não há necessidade de consumação de um genocídio, mas apenas que determinado segmento social seja alvo de repressão específica.

Esse conceito veio a ser confirmado pelos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia (25.05.1993) e Ruanda (08.11.1994), cujos artigos 5 e 3, respectivamente, reafirmam que:

4. Tradução livre do texto. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf>. Acesso em 24.09.2007.

5. Tradução livre do texto. Resolução 95 (I), 55ª reunião plenária de 11.12.1946. Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/036/55/IMG/NR003655.pdf?OpenElement>. Acesso em 24.09.2007.

"Artigo 5 – Crimes contra a humanidade – O Tribunal Internacional terá competência para processar pessoas responsáveis pela prática dos crimes abaixo assinalados, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil:

(a) homicídio;

(b) extermínio;

(c) escravidão;

(d) deportação;

(e) prisão;

(f) tortura;

(g) estupro;

(h) perseguição política, racial ou por motivos religiosos;

(i) outros atos desumanos."[6]

"Artigo 3 – Crimes contra a humanidade – O Tribunal Internacional de Ruanda terá competência para processar pessoas responsáveis pela prática dos crimes abaixo assinalados, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil por motivos de nacionalidade ou por razões políticas, étnicas, raciais ou religiosas:

(a) homicídio intencional;

(b) extermínio;

(c) escravidão;

(d) deportação;

(e) prisão;

(f) tortura;

(g) estupro;

(h) perseguição política, racial ou por motivos religiosos;

6. Tradução livre do texto. Disponível em: <http://www.un.org/icty/legaldoc-e/index.htm>. Acesso em 24.09.2007.

(i) outros atos desumanos."[7]

Finalmente, o artigo 7 do Estatuto de Roma (17.07.1998), que criou o Tribunal Penal Internacional – ratificado e promulgado pelo Brasil em 2002,[8] – definiu que:

"Crimes Contra a Humanidade

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por 'crime contra a humanidade', qualquer um dos atos seguintes, quando cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

a) Homicídio;

b) Extermínio;

c) Escravidão;

d) Deportação ou transferência forçada de uma população;

e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;

f) Tortura;

g) Agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;

h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3.º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

7. Tradução livre do texto. Disponível em: <http://69.94.11.53/ENGLISH/Resolutions/S-RES-955(1994)Espanol.pdf>. Acesso em 24.09.2007.

8. Cf. Dec. 4.388, de 25.09.2002.

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

j) Crime de *apartheid*;

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental."[9]

A partir desses atos normativos, é possível afirmar que crimes contra a humanidade são caracterizados pela prática de atos desumanos, como o homicídio, a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, cometidos em um contexto de ataque generalizado e sistemático contra uma população civil, em tempo de guerra ou de paz. Essa é a definição efetiva dos crimes contra a humanidade, também conhecidos como crimes de lesa-humanidade, adotada inclusive pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.[10]

Analisando os elementos desse conceito, aponta Lucia Bastos:

"No âmbito do direito internacional, a categoria dos crimes contra a humanidade é abrangente, mas suficientemente bem definida, pois ela inclui ações que têm em comum as seguintes características: *(i)* são ofensas particularmente repulsivas, no sentido de que constituem um sério ataque à dignidade humana, uma grave humilhação ou degradação de seres humanos; *(ii)* não são eventos isolados ou esporádicos, mas sim parte de uma política de governo ou de uma prática sistemática e freqüente de atrocidades que são toleradas, perdoadas ou incentivadas por um governante ou pela autoridade de fato; *(iii)* são atos proibidos e podem ser conseqüentemente punidos, independente se tenham sido perpetrados em tempos de guerra ou de paz; *(iv)* as vítimas do crime devem ser civis, ou no caso de

9. Tradução livre do texto. Disponível em: <http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf>. Acesso em 24.09.2007.

10. Cf. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas. Sentença de 26.09.2006. Série C, n. 154. Par. 96. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24.09.2007.

crimes cometidos durante um conflito armado, pessoas que não tenham tomado parte nas hostilidades."[11]

É suficiente, portanto, que se verifique a prática de apenas um ato ilícito no contexto apontado para que consume um crime contra a humanidade. É, aliás, o que decidiu o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia no Caso Prosecutor *v.* Dusko Tadic, ao considerar que "um só ato cometido por um agente no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil traz consigo responsabilidade penal e individual, e o agente não necessita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsável".[12]

Por outro lado,

"[d]iferentemente dos crimes de guerra, os crimes contra a humanidade não precisam de um elemento transnacional; e distintamente do genocídio, eles não estão limitados a casos nos quais uma intenção de destruir um grupo racial, étnico ou religioso pode ser comprovada. A dimensão internacional é determinada pela falta de habilidade dos mecanismos estatais normais de controle para tratar da criminalidade provocada pelo próprio Estado ou por seus líderes – pois somente mecanismos internacionais poderiam administrar esse problema. Os crimes contra a humanidade são similares a outras graves violações dos direitos humanos; eles se diferenciam, entretanto, na sua natureza coletiva e massiva, a

11. BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *As leis de anistia face o direito internacional.* O caso brasileiro. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 32.

12. Tradução livre do texto. Cf. Caso Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-T, Opinion and Judgement. 07.05.1997. Par. 649. Disponível em: <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/tad-tsj70507JT2-e.pdf>. Acesso em 25.09.2007. Igual entendimento foi posteriormente firmado pelo Tribunal em Prosecutor v. Kupreskic, IT-95-16-T, Judgement. 14.01.2000. Pár. 550, Disponível em: <http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/kup-tj000114e.pdf>. Acesso em 25.09.2007; e Prosecutor v. Kordic and Cerkez 9, IT-95-14/2-T, Judgement. 26.02.2001. Par. 178. Disponível em: <http://www.un.org/icty/kordic/trialc/judgement/kor-tj010226e.pdf>. Acesso em 25.09.2007.

referência à 'população' nos crimes contra a humanidade é que lhes configura a sua massividade."[13]

Já é possível perceber que a política estatal de reprimir violentamente qualquer suspeita de dissidência política em relação ao regime militar ditatorial instaurado em 1964 caracteriza o quadro de ataque sistemático e generalizado contra a população civil brasileira.

Consoante é de conhecimento geral, de 1964 até 1985 o Brasil viveu o período historicamente denominado de "ditadura militar", caracterizado pela supressão de direitos constitucionais, censura, perseguição política e repressão contra setores da população civil considerados como opositores ao regime, mediante uma série de graves violações aos direitos humanos, conforme oficialmente reconhecido através da Lei 9.140/95, e da recente publicação da Presidência da República "Direito à Memória e à Verdade".[14]

A repressão militar à dissidência política foi coordenada pelas Forças Armadas, e compreendia órgãos do Exército, da Marinha, da Aeronáutica, da Polícia Federal e das polícias estaduais. Em São Paulo, foi montada uma operação com o objetivo de agrupar esses serviços, denominada Operação Bandeirante (Oban), chefiada pelo Comandante do II Exército.

Diante do sucesso da Oban na repressão, o seu modelo foi difundido pelo regime militar a todo o país. Nasceram, então, os Destacamentos de Operações de Informações/Centros de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), no âmbito do Exército. "Com dotações orçamentárias próprias e chefiado por um alto oficial do Exército, o DOI-CODI assumiu o primeiro posto na repressão política do país. No entanto, os Departamentos de Ordem Política e Social (DOPS) e as delegacias regionais da Polícia Federal, bem como o Centro de Informações

13. BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Op. cit., p. 33.

14. BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à memória e à verdade*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007, p. 23.

de Segurança da Aeronáutica (CISA) e o Centro de Informações da Marinha (Cenimar) mantiveram ações repressivas independentes, prendendo, torturando e eliminando opositores."[15]

No ambiente do DOI/CODI, os interrogatórios mediante tortura eram rotina. Ademais, os assassinatos e os desaparecimentos forçados dos presos tornaram-se habituais.[16]

Muito embora o Brasil não tenha até hoje aberto plenamente os arquivos relativos a essa repressão e tampouco tenha conhecido uma Comissão da Verdade que pudesse dimensionar o número real de crimes praticados, alguns dados estão disponíveis. Por exemplo, a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, instituída pela MedProv 2.151/2001, já concedeu indenizações a cerca de 24.560 famílias por prejuízos decorrentes da perseguição política. Ademais, pesquisas de caráter histórico demonstram ter existido elevado grau de perseguição aos dissidentes políticos.

O Projeto Brasil Nunca Mais, liderado pela Arquidiocese de São Paulo, e que teve como escopo de pesquisa apenas processos criminais militares que tramitaram perante o Superior Tribunal Militar, apurou a existência de cerca de duas mil notícias de torturas a presos políticos. Note-se que esse número é ínfimo, diante do quadro real de prisões ilegais e não oficializadas perante qualquer autoridade judiciária. Frise-se que os dados compilados pela Arquidiocese foram obtidos dos processos criminais movidos contra presos políticos, nos quais a defesa aproveitava a rara oportunidade de acesso às autoridades judiciais para denunciar as torturas suportadas pelos réus.[17]

Houve, inclusive, o caso da Guerrilha do Araguaia, onde toda a população civil de extensa área rural (englobando os municípios de São Domingos do Ara-

15. Ibidem, p. 23.
16. Cf. Ibidem, p. 27.
17. Arquidiocese de São Paulo. Op. cit., p. 86-88.

guaia, São Geraldo do Araguaia, Brejo Grande do Araguaia, Palestina do Pará, todos no Pará, e Xambioá e Araguatins, no Tocantins) foi ameaçada, sitiada e em grande parte encarcerada em campos de prisioneiros do Exército brasileiro.[18]

Vale lembrar, ainda, que parcela expressiva das vítimas de prisões arbitrárias e torturas prefere manter-se no silêncio, para não recordar os sofrimentos vividos e reavivar os danos psicológicos decorrentes, mormente diante do quadro até esta data vigente, de omissão do sistema judiciário brasileiro em procurar responsabilizar os autores dos delitos.

Assim, é razoável estimar que o número de pessoas presas e torturadas no Brasil durante a repressão aos dissidentes do governo militar de 1964 ultrapassou 30.000 (trinta mil) cidadãos.

É, pois, fato concreto a configuração de um quadro de ataque sistemático e generalizado à população civil que se opunha ao regime militar, mediante prisões arbitrárias e interrogatórios sob tortura. Ademais, há mais de 400 casos de desaparecimentos forçados e assassinatos de opositores ou contestadores do governo que assumiu o poder com o golpe militar de 1964.

Nesse contexto histórico-normativo, pode-se afirmar que os assassinatos, seqüestros e torturas praticados pelos agentes dos órgãos de repressão da ditadura militar revestem a qualidade de crimes contra a humanidade, pois foram consumados dentro de um padrão sistemático e generalizado de atos violentos praticados contra a população civil por agentes do Estado brasileiro sob o comando de oficiais do Exército.

Conforme o *corpus iuris* do direito internacional, um crime contra a humanidade é em si mesmo uma grave violação aos direitos humanos e afeta toda a

18. Vide o Relatório Parcial do Ministério Público Federal nos Inquéritos Civis Públicos 1, 3 e 5, todos de 2001, e respectivamente das Procuradorias da República no Pará, em São Paulo e no Distrito Federal. Cf., ainda, MORAIS, Tais; SILVA, Eumano. *Operação Araguaia*: os arquivos secretos da guerrilha. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

humanidade. No caso Prosecutor *v.* Erdemovic, o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia indicou que:

"[c]rimes contra a humanidade são sérios atos de violência que danificam os seres humanos ao atingir o que há de mais essencial para eles: sua vida, sua liberdade, seu bem estar físico, sua saúde e/ou sua dignidade. São atos desumanos que por sua extensão e gravidade ultrapassam os limites do tolerável para a comunidade internacional, que deve necessariamente exigir sua punição. Mas os crimes contra a humanidade também transcendem o indivíduo, porque quando o indivíduo é agredido, se ataca toda a humanidade. Por isso, o que caracteriza essencialmente o crime contra a humanidade é a qualificação da humanidade como vítima".[19]

Logo, faz-se necessária a punição dos responsáveis por tais atos. Note-se, inclusive, que a obrigatoriedade de punição deste crime não é nova. A Assembléia Geral das Nações Unidas, desde 1946, fixou a necessidade de uma "investigação rigorosa" dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, sendo a identificação, detenção, extradição e punição dos responsáveis, "um elemento importante para prevenir esses crimes e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e para promover a confiança, estimular a cooperação entre os povos e contribuir para a paz e a segurança internacionais".[20]

Em suma, a investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e deve ser orientada a determinar a verdade real e a permitir o processamento, prisão, julgamento e condenação de todos os responsáveis intelectuais e materiais dos fatos, especialmente quando estejam ou possam estar envolvidos

19. Tradução livre do texto. Cf. Caso Prosecutor v. Erdemorvic, IT-96-22-T, Sentencing Judgement, 29.11.1996. Par. 28. Disponível em: <http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/judgement/erd-tsj961129e.pdf>. Acesso em 25.09.2007.

20. Tradução livre do texto. Cf. Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad. Resolução 2.583 (XXIV), 1834a sessão plenária de 15.12.1969. Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/259/73/IMG/NR025973.pdf?OpenElement>. Acesso em 25.09.2007.

agentes estatais.[21] Não se pode olvidar que o esquema de repressão existente no Brasil era uma decisão de governo, que institucionalizou a prisão, a tortura, o desaparecimento e o assassinato, não só dos opositores, mas também de pessoas sem qualquer participação comprovada em movimentos de resistência.

Frise-se que a mera passagem institucional de um governo de exceção para um democrático não é suficiente para reconciliar a sociedade e sepultar as violações aos direitos humanos. A denominada Justiça Transicional – conjunto de medidas consideradas necessárias para a superação de períodos de graves violações a direitos humanos ocorridas no bojo de conflitos armados (v.g., guerras civis) ou de regimes autoritários (ditaduras) – implica na adoção de medidas tendentes a:

a) esclarecer a verdade, tanto histórica (mediante Comissões de Verdade) quanto judicial (através de investigações das instituições que compõem o sistema de justiça), sempre mediante abertura dos arquivos estatais relacionados ao período de exceção;

b) realizar a justiça, mediante a responsabilização dos violadores de direitos humanos, notadamente os autores de crimes considerados como de lesa-humanidade. Na realização da justiça devem ser afastados quaisquer óbices para a persecução penal, tais como auto-anistias, prazos prescricionais e limitações materiais e políticas às investigações; e

c) reparar os danos às vítimas.

Esses são, portanto, os três princípios básicos: verdade, justiça e reparação.[22] A concretização desses princípios é indispensável para a consecução de um quarto

21. Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil. Sentença de 04.07.2006. Série C, n. 149. Par. 148. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.doc>. Acesso 24.09.2007; Caso Baldeón García *vs.* Perú. Sentença de 06.04.2006. Série C, n. 147. Par. 94. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp3.doc>. Acesso 24.09.2007; e Caso De la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia. Sentença de 31.01.2006. Série C, n. 140. Par. 143. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_ing.doc>. Acesso 24.09.2007.

22. Há, ainda, outras medidas, tais como reforma institucional das Forças Armadas, órgãos policiais e serviços de segurança, para adequá-los à pauta axiológica do regime de um

princípio, que consiste na não-repetição. Assim, as medidas de Justiça Transicional – inclusive responsabilização penal – são instrumentos de prevenção contra novos regimes autoritários partidários da violação de direitos humanos como medidas institucionais, especialmente por demonstrar à sociedade que esses atos em hipótese alguma podem ficar impunes. No mesmo sentido, reforçam a cidadania e a democracia, pela valorização da verdade e da reparação, e inibem novas formas de violações a direitos humanos, cometidas sob a influência da impunidade e da cultura do segredo.

A não responsabilização dos crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil impede, pois, a conclusão da transição à democracia e ao Estado de Direito.

3. Da vinculação do Brasil à Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua obrigação de investigar e punir os crimes contra a humanidade cometidos durante regimes autoritários

O Brasil promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em 06.11.1992, através do Dec. 678/92. Posteriormente, nos termos do Dec. 4.463, de 08.11.2002, reconheceu como obrigatória a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos "para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998".

Dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos:

"Art. 1.º. Obrigação de respeitar os direitos

Estado Democrático de Direito, fundado no respeito aos direitos fundamentais e instituição de espaços de memória. Vide BLICKFORD, Louis. Transicional Justice (verbete). *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. Macmillan Reference USA, 2004. Reproduzido em <http://www.ictj.org/static/TJApproaches/WhatisTJ/macmillan.TJ.eng.pdf>. Acesso em 18.04.2008.

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, ...

2. (...)

Art. 2.º. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades."

"Art. 4.º. Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite a vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

(...)

Art. 5.º. Direito à integridade pessoal

(...)

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

(...)

Art. 8.º. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

(...)

Art. 25 – Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais."

Percebe-se que, com a ratificação do Pacto de São José, o Estado brasileiro se comprometeu a alterar sua legislação interna e a adotar providências materiais para tornar efetivos os direitos nele previstos, tudo de forma a respeitar e fazer respeitar os direitos humanos (artigos 1.1 e 2.º). Como bem aponta Cançado Trindade, com base em decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos,

"[q]uer a violação dos direitos humanos reconhecidos tenha sido cometida por agentes ou funcionários do Estado, por instituições públicas, quer tenha sido cometida por simples particulares ou mesmo pessoas ou grupos não-identificados ou clandestinos, 'se o aparato do Estado atua de modo que tal violação permaneça impune e não se restabeleça à vítima a plenitude de seus direitos o mais cedo possível, pode afirmar-se que o Estado deixou de cumprir com seu dever de assegurar o livre e pleno exercício de seus direitos às pessoas sob sua juridição'. 'Caso Velásquez Rodriguez', n. 4, p. 72, par. 176; Série C, n. 5, p. 76, par. 187."[23]

Em outras palavras, o direito interno brasileiro e a atuação material dos órgãos estatais não podem impedir a concretização das obrigações firmadas no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, inclusive o direito das vítimas a verem esclarecidos crimes ocorridos no passado. De fato, com fundamento nesses comandos convencionais (arts. 1.1, 2.º, 8.º e 25.1), a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reiteradamente decidido que, quando houver continuidade ou permanência, limitações temporais fixadas no ato de ratificação da competên-

23. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana:* direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados. São José da Costa Rica/Brasília: IIDH, CICV e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996, p. 51.

cia da Corte não eximem os Estados-parte de atuarem na responsabilização por violações aos direitos humanos perpetradas anteriormente:

"66. A Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação a suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado demandado, que possa implicar em responsabilidade internacional, forem anteriores ao reconhecimento da competência do Tribunal.

67. Contudo, quando se tratar de uma violação contínua ou permanente, iniciada antes do reconhecimento pelo Estado demandado da competência contenciosa da Corte e que persista mesmo depois desse reconhecimento, o Tribunal será competente para conhecer das condutas ocorridas posteriormente ao reconhecimento da competência e dos efeitos das violações."[24]

Destarte, em que pese os crimes dos agentes da repressão à dissidência política durante a ditadura militar tenham ocorrido antes da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil, bem como previamente ao reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto perdurar a situação de impunidade por omissão na investigação e punição desses delitos estar-se-á violando os deveres fixados nos artigos 1.1, 2.º, 8.º e 25.1 da Convenção.

De fato, o Brasil está inadimplente diante da sua obrigação de promoção dos direitos humanos assumida perante a Organização dos Estados Americanos (OEA), pois mantém impunes os crimes contra a humanidade aqui perpetrados,

24. Tradução livre do texto. Cf. Caso Las Hermanas Serrano Cruz *vs.* El Salvador. Sentença de 23.11.2004. Série C, n. 118. Par. 66-68. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_118_esp.doc>. Acesso 24.09.2007. Destacamos que no caso concreto de El Salvador, a limitação *ratione temporis* firmada pelo Estado ressalvava também a jurisdição para os fatos cujo mero início de execução fosse anterior ao reconhecimento da jurisdição da Corte. Por esse motivo específico, a decisão final foi pelo reconhecimento da preliminar suscitada, pois os delitos permanentes também estariam abrangidos pela exceção. No caso brasileiro, porém, houve limitação temporal apenas para os fatos ocorridos (crimes instantâneos consumados) antes de 10.12.1998, o que não abrange os crimes permanentes cujo início de execução antecede o reconhecimento da jurisdição.

mesmo após a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana. A ausência de medidas concretas para a investigação e a punição desses crimes atinge o direito das vítimas e de seus familiares à apuração da verdade e a um processo justo, contrariando os referidos preceitos convencionais.

Vale destacar que, além do decidido no Caso Las Hermanas Serrano Cruz, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também aplicou esse entendimento no Caso de la Comunidad Moiwana *Vs.* Suriname, julgado em 15.06.2005, no qual se apurava a responsabilidade internacional do Suriname por um massacre ocorrido em novembro de 1986 (antes da ratificação da Convenção por esse país). Anotou a Corte:

"37. A principal defesa do Estado no caso *sub judice* consiste na rejeição da competência *ratione temporis* da Corte. Neste sentido, Suriname argumenta que as violações alegadas pela Comissão e pelos representantes se originaram de fatos que ocorreram em novembro de 1986, um ano antes da ratificação da Convenção Americana e do reconhecimento da competência da Corte. Conforme o afirmado pelo Estado, os termos de sua responsabilidade internacional durante 1986 estariam definidos exclusivamente na Declaração Americana, e desta maneira impediriam a competência da Corte para apreciar o presente caso. Igualmente, o Estado sustenta que qualquer violação que o Tribunal declare em relação aos fatos em questão necessariamente implicaria uma aplicação *ex post facto* da Convenção.

(...)

43. No caso *sub judice*, a Corte distingue supostas violações a direitos da Convenção Americana que são de natureza contínua e supostas violações ocorridas depois de 12.11.1987. Com relação às primeiras, o Tribunal adverte que se alega a perpetração de um massacre em 1986; e conseqüentemente, o nascimento para o Estado da obrigação de investigar, processar e julgar os responsáveis. Tanto é assim, que o próprio Estado iniciou essa investigação em 1989. A referida obrigação poderia ser examinada a partir do reconhecimento pelo Estado de Suriname

da competência da Corte. O exame da compatibilidade das ações e omissões do Estado, no que tange a esta investigação, à luz dos arts. 8, 25 e 1.1 da Convenção, é de competência desta Corte. Por outro lado, afirmou-se que as supostas vítimas foram deslocadas forçosamente de suas terras natais. Ainda que este deslocamento tenha supostamente ocorrido em 1986, a impossibilidade de retorno a essas terras subsiste. A Corte tem também jurisdição para decidir sobre esses fatos e sobre sua qualificação jurídica. Finalmente, em relação às supostas violações ocorridas depois de 12.11.1987, as quais não necessitam ser detalhadas aqui, é evidente que se subordinam à competência da Corte Interamericana.

44. Em conseqüência, se rejeita essa exceção preliminar nos termos acima expostos."[25]

Assim, a reserva temporal firmada pelo Brasil não impede a condenação internacional pela inércia do Estado em, após o reconhecimento da jurisdição da Corte, reverter o quadro de permanente omissão em investigar, processar e responsabilizar os responsáveis pela perpetração de crimes contra a humanidade durante o regime ditatorial militar.[26]

Importante acrescer que eventual insistência em aplicar a Lei de Anistia após a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos também implica em violação à Convenção Americana. Nesse particular, já não se trata mais de um ato omissivo do Estado brasileiro, mas sim de postura ativa em favor da impunidade e de afronta ao ordenamento internacional que impõe o dever de cabal persecução penal.

Assim, há dois conjuntos de atos que denotam a violação pelo Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos e o submetem a uma provável

25. Tradução livre do texto. Cf. Caso de la Comunidad Moiwana *vs.* Suriname. Sentença de 15.06.2005. Série C, n. 124. Par. 37, 43 e 44. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp.doc>. Acesso 24.09.2007.

26. No mesmo sentido, ver CARVALHO RAMOS, André. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 310.

condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos: *(a)* como ato comissivo, o trancamento de qualquer investigação ou processo por aplicação da Lei de Anistia, e *(b)* como ato omissivo, a inércia em empreender as investigações e medidas judiciais relativas à persecução penal.

Aliás, condenação internacional que já foi aplicada à República do Chile, no Caso Almonacid Arellano,[27] o qual é em tudo semelhante ao de diversos homicídios perpetrados no Brasil.

Almonacid Arellano foi preso e assassinado pelas forças de repressão política do Chile durante a ditadura Pinochet. A Corte Interamericana de Direitos Humanos apreciou denúncia de responsabilidade do Estado chileno pela impunidade relacionada a esse crime em novembro de 2006. Fixou que:

a) de 11.09.1973 a 10.03.1990 governou o Chile uma ditadura militar que, dentro de uma política de Estado desenvolvida para causar medo, atacou massiva e sistematicamente setores da população civil considerados como opositores do regime, mediante uma série de graves violações aos direitos humanos e ao direito internacional (item 103 da sentença);

b) Almonacid Arellano era militante do Partido Comunista e considerado uma ameaça por sua doutrina;

c) sua morte, em 1973, caracterizou-se como um crime de lesa-humanidade, pois a execução extrajudicial foi cometida por agentes estatais dentro do contexto de ataque generalizado e sistemático contra setores da população civil, e violador de uma norma imperativa do direito internacional (itens 99 e 104); e

d) a proibição de cometer crimes de lesa-humanidade é uma norma de *ius cogens*, e a penalização desses crimes é obrigatória conforme o direito internacional geral (idem);

27. Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, supra nota 16. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24.09.2007.

Em suma, o Estado chileno foi *condenado* por violação ao sistema de proteção aos direitos humanos fixados na Convenção Americana de Direitos Humanos, não pela prática em si do homicídio, mas sim pela ausência de providências posteriores destinadas à cabal apuração do ocorrido, responsabilização dos envolvidos e reparação de danos aos familiares.

A situação brasileira pouco difere da chilena:

(i) o país em 1964 sofreu um golpe de Estado (tomada do poder à margem do Estado de Direito) e passou a ser governado sob um regime ditatorial militar;

(ii) o Estado democrático constitucional foi suprimido mediante a outorga de Constituições e Atos Institucionais pelo governo militar;

(iii) com base nesses Atos Institucionais, e também à margem deles, toda a sorte de direitos individuais fundamentais foi objeto de violações pelos agentes estatais;

(iv) instituiu-se forte repressão à dissidência política, a cargo das Forças Armadas e dos aparatos policiais;

(v) a tortura, o homicídio e o desaparecimento forçado foram práticas adotadas pelos órgãos de repressão militar e policial, com o conhecimento e a aceitação das mais altas instâncias do governo;

(vi) em dezembro de 1968 teve início a fase mais severa e violenta da repressão à dissidência política, com a edição do Ato Institucional 5; e

(vii) seguiram-se milhares de casos de prisões irregulares e interrogatórios mediante tortura, além de centenas de homicídios e desaparecimentos forçados sem cumprimento, sequer, das exigências formais fixadas no ordenamento jurídico imposto pelo próprio governo ditatorial.[28]

Assim, a exemplo do que ocorreu no Chile e na Argentina, agentes estatais perpetraram no Brasil homicídios, desaparecimentos forçados e atos de tortura

28. V.g., o Ato Institucional n. 14 previa a pena de morte em tempos de paz. Não houve nenhuma execução oficial com base nessa autorização, mas cerca de cinco centenas de execuções extra-oficiais foram perpetradas pelas forças de repressão.

que podem ser qualificados como crimes contra a humanidade, na medida em que consumados no contexto de um sistemático e generalizado padrão de violência contra a população civil.

Logo, o Brasil está inadimplindo suas obrigações convencionais de apurar e responsabilizar crimes contra a humanidade perpetrados durante o regime militar, ao deixá-los sem investigação e persecução penal, especialmente após ter ratificado o Pacto de São José. É o que se depreende da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

"110. A obrigação conforme o direito internacional de ajuizar e, se são declarados culpáveis, castigar os perpetradores de determinados crimes internacionais, dentre os quais os crimes contra a humanidade, se depreende da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Essa obrigação implica no dever dos Estados-Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como conseqüência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, restabelecer, se possível, o direito violado e, nesse caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos. Se o aparato do Estado atua de modo que tal violação permaneça impune e não se restabeleça, na medida do possível, a vítima na plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que foi descumprido o dever de garantir o livre e pleno exercício às pessoas sujeitas a sua jurisdição.[29]

111. Os crimes contra a humanidade produzem a violação de uma série de direitos inderrogáveis reconhecidos na Convenção Americana, que não podem permanecer impunes. Em reiteradas oportunidades o Tribunal assinalou que o

29. Cf. Caso Velásquez Rodríguez. Sentença de 29.07.1988. Série C, n. 4. Par. 166, e Caso Godínez Cruz. Sentença de 20.01.1989. Série C, n. 5. Par. 175. Referências contidas no texto original.

Estado tem o dever de evitar e combater a impunidade, que a Corte definiu como 'a falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, julgamento e condenação dos responsáveis das violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana'.[30] Mesmo assim, a Corte determinou que a investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à investigação, perseguição, captura, julgamento e castigo de todos os responsáveis intelectuais e materiais dos fatos, especialmente quando estão ou possam estar envolvidos agentes estatais.[31] A esse respeito, este Tribunal assinalou que não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou pelas circunstâncias particulares de um caso específico, resultem ilusórios."[32-33]

Importante destacar que a Corte não reconhece barreiras postas pelo direito interno à responsabilização por crimes contra a humanidade. No entender da Corte, esses crimes são imprescritíveis e impassíveis de anistia. É o que firmou, por exemplo, nos casos Almonacid Arellano y otros *Vs.* Chile (já referido), Barrios Alto – Chumbipuma Aguirre y otros *vs.* Perú e Massacre de la Rochela *vs.* Colombia:

Caso Almonacid Arellano, sentença de 26.09.2006:

30. Cf. Caso de las Masacres de Ituango. Sentença de 01.07.2006. Série C, n. 148. Par. 299; Caso de la Masacre de Mapiripán. Sentença de 15.09.2005. Série C, n. 134. Par. 237; Caso de la Comunidad Moiwana. Sentença de 15.09.2005. Série C, n. 134, Par. 203. Referências contidas no texto original.

31. Cf. Caso Ximenes Lopes. Sentença de 04.07.2006. Série C, n. 149. Par. 148; Caso Baldeón García. Sentença de 06.04.2006. Série C, n. 147. Pár. 94 e Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentença de 31.01.2006. Série C, n. 140. Par. 143. Referências contidas no texto original.

32. Cf. Caso Baldeón García, Sentença de 06.04.2006. Série C, n. 147. Par. 144; Caso 19 Comerciantes, Sentença de 05.07.2004. Série C, n. 109. Par. 192; e Caso Baena Ricardo y otros. Competencia. Sentença de 28.11.2003. Série C, n. 104. Par. 77. Referências contidas no texto original.

33. Tradução livre do texto. Cf. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, supra nota 16, Par. 110 e 111. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24.09.2007.

"114. Pelas considerações anteriores, a Corte estima que os Estados não podem deixar de investigar, determinar e sancionar os responsáveis dos crimes contra a humanidade aplicando leis de anistia ou outro tipo de norma interna. Conseqüentemente, os crimes contra a humanidade são delitos que não podem ser alcançados pela anistia."

"A Corte, (...) Declara: Por unanimidade, que:

3. Ao pretender anistiar os responsáveis de delitos contra a humanidade, o Decreto-Lei n. 2.191 é incompatível com a Convenção Americana e, portanto, carece de efeitos jurídicos, à luz do mencionado tratado. (...)"[34]

Caso Barrios Alto, sentença de 14.03.2001:

"41. Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a sanção dos responsáveis das violações graves dos direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todos proibidos por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos.

42. A Corte, conforme o alegado pela Comissão e não refutado pelo Estado, considera que as leis de anistia adotadas pelo Peru impediram que os familiares das vítimas e as vítimas sobreviventes no presente caso fossem ouvidas por um juiz, conforme disposto no artigo 8.1 da Convenção; violaram o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 da Convenção; impediram a investigação, persecução, captura, julgamento e sanção dos responsáveis pelos fatos ocorridos em Barrios Alto, descumprindo o artigo 1.1 da Convenção, e obstruíram o esclarecimento dos fatos do caso. Finalmente, a adoção das leis de auto-anistia incompatíveis com a Convenção descumpriu a obrigação de adequar o direito interno consagrada no art. 2 da mesma.

34. Ibidem, Par. 114 e outros. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24.09.2007.

43. A Corte estima necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados-Partes têm o dever de tomar as providências de toda índole para que ninguém seja afastado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. É por isso que os Estados-Partes na Convenção que adotem leis que tenham esse efeito, tais como as leis de auto-anistia, incorrem em uma violação aos artigos 8 e 25, de acordo com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. As leis de auto-anistia conduzem à impossibilidade de defesa das vítimas e à perpetuação da impunidade, razão pela qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Este tipo de lei impede a identificação dos indivíduos responsáveis por violações a direitos humanos, pois obstaculiza a investigação e o acesso à justiça e impede que as vítimas e os seus familiares conheçam a verdade e recebam a reparação correspondente.

44. Como conseqüência da manifesta incompatibilidade entre as leis de auto-anistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos que constituem este caso nem para a identificação e o castigo dos responsáveis, nem poderão ter igual ou similar impacto no que diz respeito a outros casos de violação aos direitos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Peru."[35]

Caso Massacre De La Rochela, sentença de 11.05.2007:

"294. A este respeito, a Corte recorda sua jurisprudência constante sobre a inadmissibilidade das disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e, neste caso, a sanção dos responsáveis pelas violações graves dos direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias

35. Tradução livre do texto. Cf. Caso Barrios Altos *vs.* Perú. Fondo. Sentença de 14.03.2001. Série C, n. 75. Par. 41-44. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.doc>. Acesso em 24.09.2007.

e os desaparecimentos forçados, todos proibidos por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos."[36-37]

A questão central, portanto, é definir se o sistema de Justiça brasileiro deverá aguardar uma condenação internacional para agir ou se, desde logo, adotará as providências pertinentes e compatíveis com as obrigações que firmou no plano internacional, por força, inclusive, do disposto no art. 4.º, II, da CF/88.

É evidente que uma postura ambígua do Estado brasileiro (reconhecendo a jurisdição, mas se recusando a aplicar a jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos) é inaceitável. A partir do momento em que o Brasil admitiu a jurisdição da Corte e esta reiteradamente tem firmado entendimento no sentido da inafastabilidade da persecução penal nos crimes contra a humanidade, independentemente da data em que ocorreram ou de terem sido editadas leis de anistia, devem o Ministério Público e o Poder Judiciário prontamente adotar as medidas indispensáveis para essa responsabilização.

Em suma, por força da aplicação direta do direito internacional e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – à qual o Brasil está vinculado –, é imprescindível a reabertura das investigações pertinentes aos crimes contra a humanidade cometidos por agentes do Estado brasileiro. Qualquer subordinação dessas providências a questões procedimentais do direito interno não é aceitável, diante das obrigações internacionais do país. Nem mesmo a prescrição e a anistia servem de escusa.

36. Cf. Caso Barrios Altos. Sentença de 14.03.2001. Série C, n. 75. Par. 41. No mesmo sentido cf. Caso La Cantuta. Sentença de 29.11.2006. Série C, n. 162. Par. 152; Caso Almonacid Arellano y otros. Sentença de 26.09.2006. Série C, n. 154. Par. 112; y Caso de las Masacres de Ituango. Sentença de 01.07.2006. Série C, n. 148. Par. 402. Referências contidas no texto original.

37. Tradução livre do texto. Cf. Caso de la Masacre de La Rochela *vs.* Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 11.05.2007. Série C, n. 163. Par. 294. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.doc>. Acesso em 24.09.2007.

Em acréscimo, todavia, analisam-se a seguir detidamente esses dois institutos, para concluir que nenhum dos dois é, efetivamente, óbice à persecução penal nos casos de crimes contra a humanidade.

4. Inocorrência da prescrição

Conforme já descrito, os casos de assassinatos, torturas e desaparecimentos forçados cometidos pelos órgãos de repressão militar durante o regime autoritário de 1964 a 1985 caracterizam-se como crime contra a humanidade, na medida em que perpetrados num contexto de ataque generalizado e sistemático contra a população civil brasileira.

E, também como visto, segundo o direito internacional, nenhum empecilho de ordem interna pode ser invocado para impedir a persecução penal desses ilícitos, inclusive prazos prescricionais e anistias.

A questão relevante a ser tratada refere-se à verificação de que, independentemente da doutrina que se considere aplicável sobre o processo de internalização dos tratados internacionais no Brasil, não se pode falar em prescrição para crimes dessa natureza.

Em 1968 foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, cujo art. 1.º, item 2, dispõe expressamente serem "imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos", os crimes contra a humanidade, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, tal como definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 08.08.1945 e confirmados pelas Resoluções 3 (I) e 95 (I) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13.02.1946 e 11.12.1946.

Evidente que, em razão da data (1968), o Brasil não ratificou essa Convenção. O país já estava em pleno regime autoritário, cujos agentes perpetravam – como política de governo – crimes contra a humanidade e, portanto, não fariam

viger formalmente essa disposição. Como bem aponta Lucia Bastos, "[o]s Estados que sistematicamente violam os direitos humanos, normalmente, tendem a não aderir aos tratados que versam sobre a proteção dos direitos humanos para que no futuro e diante da comunidade internacional não sejam forçados ao cumprimento de uma norma a qual não desejam respeitar".[38]

Não obstante, a mera elaboração da Convenção já demonstra que esse era um dos valores intrínsecos à definição de determinadas condutas inumanas como crimes contra a humanidade, representando a consagração normativa do que já era um princípio costumeiro.[39]

Ou seja, a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-humanidade de 1968 é a exteriorização formal de um conceito material que se formara através do costume internacional. Com efeito, desde 1907 (Convenções de Haia) os organismos internacionais desenvolveram os conceitos de crimes que atentavam contra valores humanitários e a partir do Estatuto do Tribunal de Nuremberg estipularam que crimes de guerra e contra a humanidade não podem ficar impunes, independentemente da data em que consumados. É o que revela o teor das já citadas Resoluções 1 e 95, de 1946, da Assembléia Geral da ONU.

Dessa forma, a Convenção não inovou no ordenamento jurídico internacional para instituir a figura da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a

38. BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Op. cit., p. 58.

39. Para ACCIOLY, em lição tradicional: "Como prova do direito costumeiro, citam-se atualmente os tratados internacionais que ainda não tenham entrado em vigor ou que não foram ratificados por um Estado contra o qual alguma de suas normas tenha sido invocada.". Ver em ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E. do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45. Para ARÉCHAGA, as declarações da Assembléia Geral da ONU podem explicitar normas consuetudinárias existentes, bem como gerar efeito concretizador de novos costumes graças ao apoio dos Estados e ainda estabelecer um efeito indutor de novas práticas costumeiras, fornecendo a *opinio juris* necessária para a consolidação do costume internacional. Ver em JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980, pp. 39 e seguintes apud CARVALHO RAMOS, André. *Direitos humanos na integração econômica*. Tese de Livre-Docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, nota de rodapé 227, p. 92.

humanidade, mas sim consolidou documentalmente um princípio geral decorrente do costume internacional.

Portanto, pode-se afirmar com tranqüilidade que há um princípio geral de direito internacional que fixa a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. Princípio este que vem sendo repetido no bojo de diversos documentos internacionais, a culminar com o Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional).

Lembre-se que o próprio Estatuto da Corte Internacional de Justiça (art. 38, I) estabelece que o costume internacional e os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas são fontes do direito internacional.[40]

Em aplicação desse comando estatutário, a Corte de Haia, em Parecer Consultivo de 1951 sobre as reservas à Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, fixou que os princípios subjacentes às convenções de direitos humanos são obrigatórios mesmo àqueles Estados que não firmaram o ato convencional: "the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States even without any conventional obligation".[41]

E, conforme destaca Carvalho Ramos, em 1996 reafirmou esse entendimento:

40. Original em inglês: "Article 38. 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c) the general principles of law recognized by civilized nations;

d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law."

41. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 56 e nota de rodapé n. 100.

"Em 1996, também em sede consultiva, a Corte Internacional de Justiça voltou a enfatizar que os princípios de direito humanitário são princípios elementares de humanidade, pelo que todos os Estados devem cumprir essas normas fundamentais, tenham ou não ratificado todos os tratados que as estabelecem, porque constituem princípios invioláveis do Direito Internacional Consuetudinário."[42]

Esse aspecto (a força normativa dos princípios de direitos humanos do direito internacional) foi também firmado pela Assembléia Geral da ONU, através da Resolução 3.074, editada em 03.12.1973. Ao apresentar os Princípios de Cooperação Internacional na Identificação, Detenção, Extradição e Castigo por Crimes de Guerra ou Crimes de Lesa-Humanidade, declararam as Nações Unidas:

"1. Os crimes de guerra e os crimes de lesa-humanidade, onde for ou qualquer que seja a data em que tenham sido cometidos, serão objeto de uma investigação, e as pessoas contra as que existam provas de culpabilidade na execução de tais crimes serão procuradas, detidas, processadas e, em caso de serem consideradas culpadas, castigadas.

(...)

8. Os Estados não adotarão disposições legislativas nem tomarão medidas de outra espécie que possam menosprezar as obrigações internacionais que tenham acordado no tocante à identificação, à prisão, à extradição e ao castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade."[43]

Tais resoluções da Assembléia Geral da ONU consolidam o costume internacional sobre a matéria, como observa Carvalho Ramos:

"Dessa forma, as resoluções da Assembléia Geral da ONU são consideradas hoje uma importante etapa na consolidação de costumes de direito internacional

42. Ibidem, p. 57.

43. Tradução livre do texto. Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/285/99/IMG/NR028599.pdf?OpenElement>. Acesso em 25.09.2007.

dos direitos humanos existentes, tendo contribuído também na formação de novas regras internacionais, como demonstram as diversas convenções internacionais de direitos humanos, originariamente resoluções da Assembléia Geral".[44]

Aliás, a declaração integra a própria Carta das Nações Unidas, relativamente aos princípios nela enunciados quanto ao desenvolvimento da cooperação entre os povos e à manutenção da paz e da segurança, conforme considerandos da própria Resolução.[45] Frise-se que a Carta das Nações Unidas[46] foi assinada pelo Brasil em 21.07.1945 e ratificada em 21.09.1945.

A Resolução referida exteriorizou verdadeira obrigação *erga omnes* do direito internacional, ou seja, dever aplicável a toda a comunidade de nações, conforme já decidiu a Corte Internacional de Justiça, como destacado por Carvalho Ramos:

"A Corte Internacional de Justiça consagrou tal termo [obrigação *erga* omnes] ao utilizá-lo na sentença sobre o caso *Barcelona Traction*. Em passagem memorável dessa sentença a Corte considerou que *apenas as obrigações que protegessem valores essenciais para toda comunidade internacional* poderiam ser consideradas obrigações *erga omnes*.

A Corte reconheceu, então, a existência de obrigações *erga omnes* no direito internacional. Para a Corte, tendo em vista a importância de determinados

44. CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 56.

45. Original em inglês de parcela do considerando: "Taking in account the special need for international action in order to ensure the prosecution and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity, (...)

Declares that the United Nations, in pursuance of the principles and purposes set forth in the Charter concerning the promotion of co-operation between peoples and the maintenance of international peace and security, proclaims the following principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity:"

46. A Carta das Nações Unidas, também conhecida como Carta de São Francisco, criou a Organização das Nações Unidas, em 26.06.1945.

direitos albergados em normas internacionais, todos os Estados da comunidade internacional têm interesse jurídico em sua proteção."[47]

E, como salienta Sylvia Steiner, a nenhum Estado é dado "olvidar a natureza imperativa das normas de proteção à pessoa, normas essas que, ao lado de princípios como *pacta sunt servanda*, integram o chamado *jus cogens*, normas obrigatórias que não admitem derrogação, produzindo efeitos *erga omnes*".[48]

Em suma, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é não só um costume e um princípio geral internacional, mas também uma obrigação *erga omnes* exigível de todos os Estados. Em qualquer hipótese, é norma imperativa do direito internacional dos direitos humanos.

Aliás, já em 1914, com a ratificação da Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre,[49] firmada em Haia em 1907, o Brasil reconheceu o caráter normativo dos "princípios *jus gentium* preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública".[50] Ainda que tal preceito tenha sido veiculado no bojo de uma Convenção relacionada ao direito humanitário em período de guerra, trata-se de uma norma geral de interpretação. Ademais, tendo em vista a aproximação entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos, ambos regidos por premissas de proteção à vida e à dignidade da pessoa

47. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 50.

48. STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

49. Dec. 10.719/14 que aprovou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre.

50. Introdução à Convenção. Original em inglês: "Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience." Disponível em <http://www.cicr.org/ihl.nsf/FULL/195?OpenDocument>. Acesso em: 28 nov. 2007.

humana, os parâmetros normativos interagem e convergem para um padrão único de concretização.[51]

Assim, desde o início do século passado (muito antes da instituição da ditadura militar no Brasil) o sistema normativo brasileiro reconhece expressamente o valor vinculante dos princípios internacionais de proteção do direito das gentes, dentre os quais se inclui o princípio da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade.

Nesse contexto, o Brasil, pelo fato de ser subscritor da Carta das Nações Unidas e importante integrante da comunidade internacional,[52] e especialmente por ter atribuído força normativa aos princípios *jus gentium* do direito internacional, para fins do seu próprio sistema interno de direito, está adstrito ao teor desses princípios.

E um desses princípios é justamente o da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

Assim, sempre que um crime tipificado no direito interno brasileiro for qualificável como crime contra a humanidade, segundo a definição acima apontada, a ação penal será imprescritível.

Anote-se que a prescrição penal não é garantia fundamental constitucional. A Constituição brasileira em momento algum estabeleceu um regime geral para a prescrição, tampouco a estabeleceu como valor objetivo fundamental. Ao contrário, tratou de demonstrar que existem crimes para os quais é inadmissível a aplicação do instituto da prescrição (racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).

O instituto da prescrição é do plano normativo ordinário, tendo o constituinte apenas limitado o exercício da competência legislativa de fixar essa causa

51. Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Op. cit., p. 59.

52. Com pretensões, inclusive, de compor como membro permanente o Conselho de Segurança da ONU.

de extinção em relação aos crimes de racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional democrática. Aliás, o mesmo que realizou em relação à concessão de graça ou anistia (outras causas de extinção da punibilidade) nos crimes hediondos, de prática de tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo. As causas de extinção da punibilidade não têm sede constitucional, e não é porque a Constituição ressalvou sua aplicação em relação a determinados crimes que, *contrario sensu*, são institutos de aplicação obrigatória para todos os demais ilícitos penais. Assim como a graça e a anistia não são direitos fundamentais, a prescrição não é uma garantia fundamental. Todos esses institutos são instrumentos de política criminal.[53]

No máximo, o controle constitucional pertinente à prescrição refere-se ao devido processo legal substantivo, mediante juízo de razoabilidade e proporcionalidade das normas que definem sua aplicação. E, nesse particular, a gravidade inerente aos crimes de guerra e contra a humanidade, e a especial circunstância de serem, em regra, delitos praticados por agentes estatais, são elementos justificadores do tratamento especial. É razoável e proporcional que esses delitos – que atingem toda a humanidade e tendem a quedar impunes por decorrência de ingerências políticas – não se submetam aos critérios ordinários de esquecimento pelo tempo.[54]

Esse é o entendimento do STF, fixado no RE 460.971/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, em acórdão que, na parte pertinente a este tema, estabelece:

53. Em igual sentido, o Supremo Tribunal Federal fixou que também o indulto é "instrumento de política criminal", não existindo inconstitucionalidade em norma legal que exclui determinados condenados dos rol de potenciais beneficiários do ato. *Informativo STF 486* (HC 90.364/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31.10.2007).

54. Cfr. GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. O autor anota que está ultrapassada qualquer interpretação de reserva constitucional formal para o tema da prescrição, residindo o cerne da questão no aspecto material, à luz da "... necessidade de aplicação de sanções penais com função protetiva de bens jurídicos ligados aos direitos fundamentais."

"II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado – CPP, art. 366, com a redação da L. 9.271/96.

1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do CPP.

2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade.

3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5.º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses.

4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do CPP ao tempo da prescrição em abstrato, pois, "do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão." (grifos nossos, j. 13.02.2007; 1ª T., unânime).

Em suma, é no plano da lei federal ordinária que se estabelece efetivamente a amplitude da prescrição, nada obstando que o legislador ordinário defina outros crimes – além daqueles apontados na Constituição – em face dos quais não se aplicam os prazos prescricionais, ou os benefícios da graça, do indulto e da anistia.

Dessa forma, independentemente do *status* hierárquico que se dê aos preceitos de direito internacional no plano do direito interno,[55] as disposições internacionais que levam à qualificação de crimes contra a humanidade como imprescritíveis são aptas a conformar o regime geral e ordinário da prescrição no Brasil.

55. Como se sabe, há diversas correntes sobre o tema. As normas internacionais de direitos humanos, conforme a doutrina aplicável, são consideradas como supraconstitucionais, constitucionais, supralegais ou legais.

Em outras palavras, o Código Penal, ao regular genericamente a prescrição, não é apto a afastar as normas especiais que vigoram no sistema internacional e que fixam o dever estatal de responsabilização por crimes contra a humanidade a qualquer tempo. A regra internacional da imprescritibilidade dos crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade prepondera, como regra especial, em relação aos prazos de prescrição fixados na lei penal ordinária, aplicável aos delitos comuns.

Pode-se afirmar, portanto, que o direito penal brasileiro viu introduzida em seu sistema o princípio da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade, que integra o corpo do *jus cogens*. Princípio este cujo respeito, por força de sua natureza, constitui uma obrigação *erga omnes* para toda a comunidade internacional, inclusive o Brasil. Nesse particular, dada a natureza material da regra, é irrelevante a não-ratificação da Convenção pelo país.

Elucidativa, nesse sentido, decisão proferida pela Suprema Corte da Argentina em 13.07.2007, através da qual foi apreciada a validade de decreto de indulto a perpetradores de crimes contra a humanidade durante a ditadura militar que vigorou naquele país. A Corte máxima da Argentina já reconheceu, em diversas ocasiões, como crimes contra a humanidade as condutas de homicídio, tortura e desaparecimento forçado de cidadãos pelas forças de repressão estatais durante o regime de exceção (v.g., precedentes Arancibia Clavel (Fallos: 327:3312) e Simón (Fallos: 328:2056)). E, nessa última decisão, fixou que:

"10) ... o direito internacional humanitário e dos direitos humanos, em diversos tratados e documentos prescreve a obrigação por parte de toda a comunidade internacional de 'perseguir', 'investigar' e 'sancionar adequadamente os responsáveis' por cometer delitos que constituem graves violações aos direitos humanos.

11) Que corresponde agora, preliminarmente, esclarecer porque tais obrigações derivadas do direito internacional resultam de aplicação peremptória na jurisdição argentina. Nesse sentido, cabe recordar que a Carta da ONU marca

o nascimento de um novo direito internacional e o final do velho paradigma do modelo de Westfalia difundido três séculos antes, depois do final da anterior guerra européia dos trinta anos. O direito internacional se transforma estruturalmente, deixando de ser um sistema prático, baseado em tratados bilaterais *inter pars*, e convertendo-se em um autêntico ordenamento jurídico supra-estatal: já não é um simples *pactum asociationis*, senão também, um *pactum subiectionis*. No novo ordenamento passam a ser sujeitos de direito internacional não somente os Estados, senão também os indivíduos e os povos ('Luigi Ferrajoli, Derechos y Garantías: la ley del más débil, Madrid: Trota, 1999, p. 145'; no mesmo sentido ver também 'Lea Brilmayer, International Law in American Courts: A Modest Proposal, 100 The Yale Law Journal, 2277, 2297; 1991' e o informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos referente ao efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – arts. 74 e 75, 'Opinión Consultiva OC 2/82, Serie A Nª 2, del 24.09.1982, párrafo 29')."

E conclui:

"15) Que, por conseguinte, a consagração positiva do direito das gentes na Constituição Nacional permite considerar que existe um sistema de proteção de direitos que resulta obrigatório independentemente do consentimento expresso das nações que vincula e que é conhecido atualmente dentro deste processo evolutivo como *ius cogens*. Trata-se da mais alta fonte do direito internacional que se impõe aos Estados e que proíbe a prática de crimes contra a humanidade, inclusive em épocas de guerra. Não é suscetível de ser derrogada por tratados em contrário e deve ser aplicada pelos tribunais internos dos países independentemente de sua eventual aceitação expressa (In re: 'Arancibia Clavel' – Fallos: 327:3312 – considerandos 28 e 29 dos juízes Zaffaroni e Highton de Nolasco; 25 a 35 do juiz Maqueda e considerando 19 do juiz Lorenzetti em 'Simón').

16) Que é possível assinalar que existia, na data da prática dos atos referidos, uma ordem normativa formada por tais convenções e pela prática consuetudinária internacional, que considerava inadmissível a prática de crimes contra

a humanidade executados por funcionários do Estado e que tais fatos deviam ser castigados por um sistema repressivo que não necessariamente se adequara aos princípios tradicionais dos estados nacionais para evitar a reiteração de tais aberrantes crimes (considerando 57 do voto do juiz Maqueda in re: 'Arancibia Clavel' – Fallos: 327:3312–)."[56]

A toda evidência, e diante das mesmas premissas dogmáticas, esse entendimento se aplica ao direito penal brasileiro.

Também a Corte Européia de Direitos Humanos se pronunciou nesse sentido, com relação aos crimes contra a humanidade cometidos na Estônia em 1949 (Caso Kolk y Kislyiy *v.* Estonia ajuizado perante a Corte pelos Srs. August Kolk e Petr Kislyiy).

Nesse caso, seguindo as normas ordinárias do direito interno, já se teria consumado a prescrição da pretensão punitiva. Entretanto, o Tribunal da própria Estônia considerou que os atos imputados aos réus caracterizavam crimes de lesa-humanidade, o que impunha ao Judiciário local aplicar o regramento específico desses delitos, fixados na jurisprudência internacional. Os senhores Kolk e Kislyiy foram condenados pelo Tribunal da Estônia e, inconformados por considerarem que essa decisão judicial violava direitos subjetivos individuais protegidos pelo próprio direito internacional, recorreram à Corte Européia de Direitos Humanos. A Corte indicou, então, que, ainda que os atos cometidos estivessem aparentemente protegidos pelas leis internas daquele país à época do fato, o Judiciário da Estônia corretamente aplicou aos Srs. Kolk e Kislyiy os preceitos do direito internacional, pois suas condutas constituíam crimes contra a humanidade:

"[Os senhores Kolk y Kislyiy] assinalaram que os atos praticados ocorreram no ano de 1949 no território da [República Socialista Soviética de] Estônia. Naquele momento, era aplicável naquele território o Código Criminal de 1946

56. Tradução livre do texto. Disponível em: <http://www.derecho-comparado.org/sentencias/argMazzeoCorte.htm>. Acesso em 04.10.2007.

da República Socialista Federal Russa. Este Código não incluía crimes contra a humanidade. A responsabilidade por crimes contra a humanidade somente foi estabelecida na Estônia em 09 de novembro de 1994, quando o Código Penal da Estônia foi emendado em seu artigo 61-1. E, de acordo com o artigo 23 da Constituição da Estônia combinado com o artigo 2.º, parágrafo 1.º, do Código Penal, ninguém poderia ser condenado sem que a lei caracterizasse a conduta como crime.

Os acusados argüiram que a deportação das famílias não foi realizada antes ou durante a guerra, bem como que a prática não se submete à jurisdição do Tribunal de Nuremberg. Alegam também que os atos não foram realizados em execução ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou crime de guerra. A Corte Interna, portanto, teria, erroneamente, classificado os atos como crimes contra a humanidade. (...)

A Corte [julgadora] afirma que a deportação da população civil está expressamente reconhecida pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg de 1945 como um crime contra a humanidade (artigo 6 (c)). Ainda que o Tribunal de Nuremberg tenha sido estabelecido para processar e julgar os principais criminosos de guerra dos países do Eixo pelos delitos cometidos antes ou durante a Segunda Guerra Mundial, a Corte afirma que a validade universal dos princípios que tratam dos crimes contra a humanidade foi corroborada pela Resolução 95 da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (11.12.1946) e pela Comissão de Direito Internacional. Conseqüentemente, a responsabilidade por crimes contra a humanidade não pode ser limitada unicamente a nacionais de alguns países e unicamente a atos cometidos no marco temporal da Segunda Guerra Mundial. (...)

A Corte assevera que ainda que os atos cometidos [pelos senhores Kolk y Kislyiy] fossem considerados lícitos em relação às leis soviéticas naquele momento, as cortes da Estônia os consideraram crimes contra a humanidade a partir dos preceitos do direito internacional. E a Corte não vislumbra motivos para uma conclusão diversa. (...)

Portanto, a Corte considera que as alegações dos recorrentes não têm bases suficientes para demonstrar que suas condutas não se enquadram dentro da definição de crime contra a humanidade (...).

Ademais, nenhuma prescrição restritiva pode ser aplicada aos crimes contra a humanidade, independentemente da data da prática da infração. (...) *A Corte não encontra razão alguma para discutir a interpretação e aplicação da lei interna que as cortes da Estônia efetuaram à luz do direito internacional pertinente.* Em suma, tem-se que [as] alegações [dos peticionários] são manifestamente infundadas e devem ser rejeitadas."[57] (grifamos)

Na verdade, a matéria ganha contornos mais fortes diante da tendência do Supremo Tribunal Federal de reconhecer às normas de direito internacional de direitos humanos uma hierarquia supralegal, ou seja, intermediária entre a Constituição e as leis ordinárias. Em julgamento ainda não concluído (porém com maioria já formada), o Min. Gilmar Mendes assim expôs a questão:

"Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante 'pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado'. Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

57. Case Kolk and Kislyiy v. Estonia, julgado em 17.01.2006. Processos 23.052/04 e 24.018/04. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=kolk&sessionid=2332619&skin=hudoc-en>. Acesso em: 25 set. 2007.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Essa tese foi aventada, em sessão de 29.03.2000, no julgamento do RHC 79.785-RJ, pelo voto do eminente Relator, Min. Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais. O Ministro Pertence manifestou seu pensamento da seguinte forma:

'Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande freqüência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5.º, § 2.º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos." [RHC 79.785-RJ, Pleno, por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 22.11.2002, vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso (o então Min. Presidente)]."[58]

Nesse contexto, as normas de direito internacional que definem os crimes de lesa-humanidade e fixam a sua imprescritibilidade têm caráter supralegal,

58. RE 466.343-1/ SP, rel. Min. Cezar Peluso.

prevalecendo em relação ao Código Penal brasileiro, independentemente se anterior ou posterior a este. Estanca-se, assim, em definitivo qualquer alegação de estarem prescritos os crimes cometidos por agentes estatais que se caracterizam de lesa-humanidade, à luz do direito interno brasileiro.

Enfatize-se que não há qualquer inovação *post facto* na aplicação contemporânea dos princípios e regras do direito internacional como parte integrante do direito interno brasileiro, pois – em qualquer hipótese – os critérios que *(a)* qualificam uma conduta como crime de lesa-humanidade e *(b)* retiram a possibilidade de contagem de prazo prescricional, são anteriores à prática do ilícito. Não se trata de tornar imprescritível o que antes era prescritível, mas sim de reconhecer que – por força do *jus cogens* do direito internacional consuetudinário e de obrigações *erga omnes* em relação a todos os Estados – antes mesmo da edição da instauração da ditadura militar em 1964, já vigorava a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Portanto, não se trata de aplicação retroativa de norma penal ou da relativização de garantias processuais, mas sim de aplicação do direito vigente à época do fato.

5. Inocorrência de anistia para os agentes estatais

É fato que, ainda sob o governo militar – no bojo do qual foram cometidos os crimes de lesa-humanidade –, foi editada a Lei 6.683/79, denominada Lei de Anistia. Seu teor é o seguinte, na parte relativa à matéria penal:

"Art. 1.º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, (...).

§ 1.º. Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2.º Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal."

Percebe-se, da simples leitura dos dispositivos legais, que não se previu no mencionado diploma legal a expressa concessão de anistia a crimes cometidos por agentes do Estado. Lembre-se que essa Lei, dada a ausência de processo democrático e de autonomia do Congresso Nacional, foi praticamente outorgada pelo governo militar. Logo, estava na integral disposição desse governo prever, ostensivamente, a anistia aos seus agentes envolvidos na repressão à dissidência política. Assim não o fez, porém.

Com relação ao que efetivamente foi legislado, percebe-se a concessão de anistia para *(a)* crimes políticos, *(b)* crimes conexos aos políticos e *(c)* crimes eleitorais.

De plano afasta-se a figura dos crimes eleitorais, matéria da qual não se trata. Assim, resta pesquisar se os delitos dos agentes estatais envolvidos na repressão podem ser caracterizados como crimes políticos, ou crimes conexos a estes, inclusive com o detalhamento do § 1.º, do artigo 1.º, da Lei.

Os crimes de homicídio, tortura e desaparecimento forçado, praticados pelos agentes da repressão, não são crimes políticos em sentido estrito.

Conforme já definiu o Supremo Tribunal Federal, crimes políticos são aqueles praticados com motivação política (elemento subjetivo) e em face de bens jurídicos da ordem política (elemento objetivo). Ou seja, a caracterização do crime político reclama que a motivação e o bem jurídico violado sejam de natureza política.

É o que referiu o Min. Celso de Mello, em voto-vista no RE 160.841-2-SP (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, unânime, j. 03.08.1995):

"A natureza política do ilícito há de ser aferida em função não só da motivação e dos objetivos do agente, mas, sobretudo, em face da *concorrente* identificação da existência de lesão real ou potencial a determinados bens jurídicos expressamente definidos pela Lei 7.170/83.

A *conjugada* interpretação dos arts. 1.º e 2.º desse estatuto legal permite asseverar, para a efetiva qualificação de um fato ilícito como crime de natureza política, que não basta – como adverte a doutrina (Damásio E. de Jesus. *Novas questões criminais.* São Paulo: Saraiva, p. 17, 1003,) – '*a sua simples prática, exigindo-se dois requisitos, um de ordem subjetiva, concernente aos motivos determinantes do agente (político), e outro de natureza objetiva, referente à lesão efetiva ou potencial derivada da conduta*' (grifei).

Dentro dessa perspectiva, mesmo que se evidenciem a motivação e os objetivos políticos, *ainda assim impor-se-á*, para que se concretize a configuração jurídica do delito político, que o comportamento infracional do agente provoque uma situação de ofensa real ou potencial à integridade territorial e à soberania nacional do Brasil, ou ao regime representativo e democrático, à Federação e ao Estado de Direito, tais como prevalecentes em nosso país, ou, finalmente, à pessoa dos Chefes dos Poderes da União Federal brasileira." (grifos e destaques são do original).

Com efeito, essa exigência – de concomitante presença do elemento subjetivo e objetivo para caracterizar o crime político próprio – está claramente estampada nos arts. 1.º e 2.º da Lei 7.170/83. Muito embora essa não seja a Lei de Segurança Nacional em vigor ao tempo da outorga da anistia, o conceito ali fixado corresponde à teoria mista, já então adotado pela doutrina majoritária e pelo Supremo Tribunal Federal. Na verdade, esse conceito de crime político é constitucional, e perpassa todas as legislações ordinárias que tratam do tema.

Assim, crimes políticos puros (ou próprios) são crimes praticados contra o Estado, por motivação política.

Ora, os crimes praticados pelos agentes estatais na repressão à dissidência política não visavam atingir o Estado. Ao contrário, objetivavam "protegê-lo" contra os que o pretendiam atingir. Assim, suas condutas não preenchem o requisito objetivo qualificador do crime político, ou seja, não provocavam danos a bens jurídicos da organização política do Estado.

Cabe, em seguida, investigar se, eventualmente, os delitos mencionados, praticados pelos agentes da repressão estatal durante a ditadura militar, podem ser considerados crimes conexos aos crimes políticos, "praticados por motivação política" (figura da parte final do *caput* c/c o § 1.º).

Inicialmente, deve ser afastada qualquer tentativa de reduzir a proposição normativa a um conteúdo que represente uma suposta anistia a todos e quaisquer crimes praticados por motivação política. Ora, se assim fosse, não haveria nenhuma utilidade na figura principal da lei, que consiste na anistia a crimes políticos. Estes, como visto, são delitos que têm, dentre uma das suas características, o elemento subjetivo motivação política.

Assim, se anistiados tivessem sido todos os crimes praticados com motivação política no país, seria absolutamente despiciendo referir o concomitante benefício aos crimes políticos, pois estes já estão compreendidos nos delitos praticados com motivação política.

É incabível buscar uma interpretação que amesquinhe a proposição principal da norma (a anistia aos crimes políticos puros) para tentar construir tese de que o acessório (crimes conexos com motivação política) é a regra preponderante.

Implicaria, pois, atribuir ao comando normativo do § 1.º conteúdo mais abrangente do que o do *caput*, que deveria apenas delimitar. Nessa absurda hipótese, a norma do parágrafo estaria transformando em letra morta a previsão de anistia a crimes políticos da cabeça do artigo, pois a figura "crimes praticados com motivação política" necessariamente acolhe em seu âmbito os "crimes políticos" puros. Essa artificial interpretação não sobrevive aos mais básicos princípios da hermenêutica jurídica.

Em realidade, crime com motivação política é o conceito do denominado crime político impróprio, ou relativo, como elucida o Min. Celso de Mello (Extradição 1.008, República da Colômbia, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.03.2007, Pleno, unânime):

"A noção de criminalidade política é ampla. Os autores costumam analisá-la em face de posições doutrinárias que reduzem a teoria do crime político a um dualismo conceitual, que distingue, de um lado, o crime político absoluto ou puro (é o crime político em sentido próprio) e, de outro, o crime político relativo ou misto (é o delito em sentido impróprio). Aquele, traduzindo-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterar-lhe ou afetar-lhe a ordem política e social (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit. [*Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. 1984, Saraiva], p. 609; Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, p. 135, item n. 119, 3. ed., 1987, Saraiva, '*inter plures*'); este – o crime político em sentido impróprio – embora exprimindo uma concreta motivação político-social de seu agente, projeta-se em comportamentos geradores de uma lesão jurídica de índole comum."

Logo, o crime político impróprio é aquele em que está ausente o elemento objetivo (dano a um bem estatal político), mas presente o elemento subjetivo (motivação política).

Vale dizer, motivação política é o elemento subjetivo do crime político. Mas não é sua característica bastante, pois este somente se caracteriza, em sentido próprio, quando presente concomitantemente o dano potencial ou abstrato ao Estado.

Assim, é manifestamente impertinente qualquer interpretação no sentido de terem sido anistiados todos os crimes praticados com motivação política (crimes políticos em sentido impróprio). A Lei 6.683/79 não anistiou todos os crimes praticados com motivação política. Apenas os crimes com motivação política conexos aos crimes políticos puros é que foram anistiados.

De qualquer maneira, os crimes dos agentes estatais não são crimes com motivação política e, sob nenhuma perspectiva, foram anistiados.

Vale dizer, na remota hipótese de se considerar que a Lei anistiou todos os crimes praticados por motivação política, não se pode reconhecer que o benefício abrange os agentes estatais. Ora, a motivação política é um conceito com conteúdo

próprio. É dolo específico. Assim, a motivação política está contida na intenção do agente, e compreende o desejo de agir contra a segurança do Estado. É o que bem refere Heleno Cláudio Fragoso, ao se debruçar sobre o conceito de crimes de terrorismo e políticos, nos quais o elemento subjetivo 'motivação política' é essencial:

"(Esses delitos) exigem, portanto, no tipo subjetivo, vontade e consciência de praticar a ação que configura o ilícito, com especial fim de agir, o propósito de atentar contra a segurança do Estado (dolo específico)."[59]

Motivação política é a intenção do agente de praticar lesão ou dano, direto ou indireto, à ordem política. Por isso, embora não exista crime político puro no crime de roubo a um banco, quando o produto da ação se destina a financiar ações contra o Estado, reconhece-se a presença da motivação política, diante da intenção dos agentes. Nesses casos, há a mencionada motivação política, mas não o dano potencial ou real a um bem estatal da ordem política.

Os agentes da repressão não agiam com o dolo específico de "atentar contra a segurança do Estado", ou "inspirados por esse resultado",[60] mas sim para vitimar os que assim o faziam. Logo, seus crimes não eram impulsionados por motivação política, mas sim para preservar o Estado autoritário. Suas condutas eram norteadas à apuração dos atos da dissidência política e à prevenção de ações consideradas subversivas.

Em suma, os crimes dos agentes estatais não são crimes praticados com motivações políticas, também denominados crimes políticos em sentido impróprio. E, portanto, não teriam sido anistiados mesmo se prevalecesse a interpretação de que todos esses delitos foram beneficiados.

59. FRAGOSO, Heleno. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 36.

60. HUNGRIA, Nelson. *Compêndio de direito penal*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1936, p. 35, apud SILVA, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 66.

Mas, então, qual seria o propósito do § 1.º do art. 1.º da Lei de Anistia?

Na verdade, a análise desse dispositivo revela dois objetivos básicos. O primeiro foi esclarecer que apenas os crimes materialmente conexos com os crimes políticos foram anistiados. Os delitos apenas instrumentalmente conexos foram excluídos. O segundo propósito foi esclarecer que os crimes políticos impróprios somente seriam anistiados quando conexos com os crimes políticos puros. Senão vejamos.

A conexão no direito penal e processual penal pode ser de duas espécies: material ou processual. Como bem sintetiza Julio Mirabete:

"Na doutrina, distingue-se conexão *material (ou substantiva)*, em que as várias infrações estão ligadas por laços circunstanciais, havendo conexão entre os próprios delitos (prevista no artigo 76, I e II) e conexão *processual (ou instrumental)*, em que não há nexo entre as infrações, mas a prova de uma infração ou de qualquer circunstância elementar influi na de outra."[61]

Verifica-se, pois, que na conexão material há um vínculo entre os delitos, enquanto na conexão processual (CPP, art. 76, III) a relação é meramente probatória. Destarte, fica muito claro que a Lei 6.683/79, ao referir a concessão de anistia aos crimes conexos "relacionados" aos crimes políticos contemplou no benefício somente os casos de conexão material.

Em outras palavras, quando há relação entre os crimes se concretiza o instituto da conexão substantiva, também chamada material. Foi, portanto, aos crimes materialmente conexos aos crimes políticos, inclusive quando esse vínculo era dado apenas pela motivação política, que a Lei concedeu anistia.

Um dos objetivos do § 1.º do art. 1.º da Lei foi, dessarte, excluir da anistia os casos de mera conexão probatória.

Ademais, a expressa referência a crimes praticados com motivação política conexos a crimes políticos teve o condão de deixar claro que a anistia também se

61. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 173.

aplicava aos crimes políticos mistos ou relativos, se e quando conexos a um crime político puro. *Contrario sensu*, o comando do § 1.º deixou acima de qualquer dúvida que o *caput* do dispositivo referia-se apenas aos crimes políticos em sentido próprio, pois os meramente impróprios (crimes com motivação política) foram anistiados somente quando conexos àqueles.

Assim, o preceito do referido parágrafo ao art. 1.º da Lei 6.683/79 teve caráter restritivo, na medida em que *(1)* afastou a anistia nas hipóteses de mera conexão probatória e *(2)* esclareceu que apenas os crimes políticos puros foram autonomamente anistiados, prevalecendo o benefício aos delitos com motivação política tão somente quando fossem crimes conexos àqueles.

O conteúdo do parágrafo destinou-se, portanto, a delimitar a previsão do *caput*, conforme determina o bom emprego da técnica legislativa. Ao contrário, a interpretação que pretende ver anistiados todos os crimes políticos impróprios inverte o papel do dispositivo, ampliando-o desmedidamente, a ponto de sobrepor a regra geral consagrada na cabeça do artigo.

Em síntese, pode-se concluir que a anistia foi concedida efetivamente para:

a) crimes políticos em sentido estrito, ou seja, crimes praticados contra bens do Estado, por motivação política;

b) crimes eleitorais; e

c) crimes materialmente conexos aos crimes políticos, inclusive os crimes políticos impróprios ou mistos, que consistem nos crimes praticados com motivação política contra bens jurídicos da sociedade ou do cidadão.

Não foram, destarte, abrangidos pela anistia os *(a)* crimes políticos impróprios que não sejam conexos a crimes políticos puros e *(b)* os crimes apenas processualmente conexos com os crimes políticos.

Assim, em qualquer hipótese, não se verifica previsão jurídica apta a considerar que os crimes praticados pelos agentes estatais, na repressão aos dissidentes

políticos, tenham sido anistiados. Tal interpretação é artificial e não encontra respaldo sequer na própria Lei.[62]

Acresça-se, por fim, que uma anistia fundada no conteúdo da vontade do agente ("motivação política") não dispensaria a persecução penal. Com efeito, somente após a devida apuração do delito e suas circunstâncias concretas é que se pode aferir o elemento volitivo do agente.

A definição, *a priori*, de que todos os crimes perpetrados pelos órgãos da repressão estatal tinham motivação política é inaceitável, pois implicaria imaginar que todos os envolvidos agiam sob o mesmo impulso. A apuração do dolo específico é tópica e contextualizada, o que afasta a possibilidade de seu reconhecimento em caráter genérico.

Logo, na remota hipótese de se poder considerar que, de fato, a Lei 6.683/79 logrou conceder anistia pelos crimes perpetrados durante a repressão aos dissidentes políticos da ditadura militar (o que só se considera a título de argumentação), tal circunstância somente terá ocorrido quando comprovada a real motivação de seus atos, o que reclama prévia apuração da materialidade e da autoria.

Assim, essa anistia, ao invés de impedir a investigação criminal, reclamaria a cabal apuração do ilícito, para permitir seja desvendada a presença, ou não, do elemento subjetivo específico.

6. A invalidade jurídica da auto-anistia

Como visto no item precedente, a Lei 6.683/79 não é juridicamente apta a conceder anistia aos crimes de homicídio, lesões corporais graves (torturas) e

62. Igual entendimento é esposado por BICUDO, Hélio. Anistia desvirtuada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53. São Paulo, p. 88, mar-abr. 2005. O autor, com precisão, demonstra que não existe conexão material entre os crimes do repressor e os crimes da vítima, mesmo quando estes 'estimularam' os excessos daqueles.

desaparecimento forçado (seqüestro) praticados por agentes do Estado na repressão à dissidência política.

O entendimento de que tal diploma normativo teria instituído uma anistia "bilateral" é artificial e não resiste a uma abordagem técnica, à luz da própria dogmática do direito penal brasileiro. Tratou-se, na verdade, de uma interpretação construída para acomodar os interesses dos perpetradores dos delitos, principalmente durante a fase de declínio da ditadura.

Mas não é só. Qualquer pretensão de considerar que a Lei 6.683/79 veiculou hipótese de anistia aos agentes estatais encontra empecilho, também, nos princípios constitucionais brasileiros e no direito internacional, incompatíveis com a figura da auto-anistia.

Com efeito, a malsinada "interpretação" da anistia bilateral supõe a outorga de uma auto-anistia pelas Forças Armadas, a si mesmas e a seus agentes. Em 1979 o Brasil ainda vivia sob o regime ditatorial militar, que editou a citada Lei de Anistia, a qual – segundo esse forçado entendimento – beneficiaria os membros da própria caserna envolvidos com a prática de crimes na repressão à dissidência política.

Conforme já apontado, a jurisprudência das cortes internacionais, inclusive da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não admite que regimes autoritários possam se conceder auto-anistias. Relata Lucia Bastos:

"Algumas anistias em branco já foram analisadas tanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Essas verificações ocorreram porque muitas dessas anistias, que foram promulgadas durante os anos 70, 80 e 90 originaram-se em Estados Latino-americanos, e, conforme visto anteriormente, essas duas instituições interamericanas são as responsáveis na condução das investigações judiciais nesses casos. O que será possível observar é que, na grande maioria das vezes, não foi verificada a validade da lei de anistia propriamente dita, mas, sim, o direito das vítimas às indenizações pelas graves violações dos direitos humanos.

Mesmo assim, nos processos relacionados ao tema, a Corte Interamericana julgou essas leis de anistia em branco inválidas e inaplicáveis, condenou os Estados que as tinham emitido e declarou ser a anistia uma violação fundamental ao direito internacional."[63]

Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos destacou no Caso Almonacid Arellanos:

"107.... o Secretário Geral das Nações Unidas assinalou que considerando as normas e os princípios das Nações Unidas, os acordos de paz aprovados por ela nunca podem prometer anistias por crimes de lesa-humanidade.[64]

108. A adoção e aplicação de leis que outorgam anistia por crimes de lesa-humanidade impede o cumprimento das obrigações assinaladas. O Secretário-Geral das Nações Unidas, em seu informe sobre o estabelecimento do Tribunal Especial para Serra Leoa, afirmou que

'[a]inda que seja reconhecido que a anistia é um conceito jurídico aceito e uma amostra de paz e reconciliação no fim de uma guerra civil ou de um conflito armado interno, as Nações Unidas mantêm sistematicamente a posição de que a anistia não pode ser concedida com relação a crimes internacionais como o genocídio, os crimes de lesa-humanidade ou as infrações graves do direito internacional humanitário'.[65]

109. O Secretário-Geral também informou que não se reconheceram efeitos jurídicos à anistia concedida em Serra Leoa, 'dada a sua ilegalidade conforme o direito internacional'.[66] Com efeito, o artigo 10 do Estatuto do Tribunal Especial

63. BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Op. cit., p. 220.

64. Cf. Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 03.08.2004. Par. 10. Referências contidas no original.

65. Cf. Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal para Sierra Leona, S/2000/915, de 04.10.2000. Par. 22. Referências contidas no original.

66. Cf. Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal para Sierra Leona, S/2000/915, 04.10.2000. Par. 24. Referências contidas no original.

para Serra Leoa dispôs que a anistia concedida a pessoas acusadas de crimes de lesa-humanidade, infrações ao artigo 3 dos Convênios de Genebra e Protocolo Adicional II,[67] assim como outras infrações graves ao direito internacional humanitário, 'não constituirá um impedimento para [seu] processamento'."[68]

A matéria foi detalhadamente tratada no já citado Caso Barrios Alto, tendo a Corte peremptoriamente afirmado que as leis de auto-anistia deixam as vítimas indefesas e conduzem à perpetuação da impunidade, o que as torna manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana.[69] Há, no dizer da Corte, "manifesta incompatibilidade entre as leis de auto-anistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos", carecendo essas leis "de efeitos jurídicos" (parágrafo 44 da decisão, já transcrito acima).

Nesse julgamento, o juiz brasileiro Cançado Trindade apresentou voto-vista no qual destaca:

"5. As denominadas auto-anistias são, em suma, uma afronta inadmissível ao direito à verdade e ao direito à justiça (passando pelo próprio acesso à justiça).[70] São elas manifestamente incompatíveis com as obrigações gerais – indissociáveis – dos Estados-Partes na Convenção Americana de respeitar e garantir os direitos humanos por ela protegidos, assegurando o livre e pleno exercício dos mesmos

67. Cf. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12.08.1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). Referências contidas no original.

68. Tradução livre do texto. Cf. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, supra nota 16, Pars. 107-109. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24.09.2007.

69. Cf. Caso Barrios Altos *vs.* Perú. Fondo, supra nota 40, Par. 43. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.doc>. Acesso em 24.09.2007.

70. Cf. Voto Razonado Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, no Caso Loayza Tamayo (Reparaciones, sentença de 27.11.1998), Série C, n. 42, Par. 2-4; e cf. L. Joinet (rapporteur), La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos) Informe Final, ONU/Comisión de Derechos Humanos, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, de 26.06.1997, p. 1-34. Referências contidas no texto original.

(nos termos do artigo 1(1) da Convenção), assim como de adequar seu direito interno à norma internacional de proteção (nos termos do artigo 2 da Convenção). Ademais, afetam os direitos protegidos pela Convenção, em particular os direitos às garantias judiciais (artigo 8) e à proteção judicial (artigo 25).

6. Há que se levar em conta, em relação às leis de auto-anistia, que sua *legalidade no plano do direito interno*, ao provocar a impunidade e a injustiça, encontra-se em flagrante incompatibilidade com a norma de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando violações *de jure* dos direitos da pessoa humana. O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos coloca em destaque o fato de que nem tudo o que é legal no ordenamento jurídico interno é também no ordenamento jurídico internacional, sobretudo quando estão em jogo valores superiores (como a verdade e a justiça). Na realidade, o que denomina leis de anistia, e particularmente a modalidade perversa das chamadas leis de auto-anistia, ainda que se considerem leis sob um determinado ordenamento jurídico interno, *não são* no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos."[71]

As auto-anistias são artifícios de impunidade, mediante os quais os perpetradores de violações aos direitos humanos se concedem imunidade penal pelos atos que cometeram. Ora, é evidente que ao próprio regime que pratica – ou praticava – a violação não cabe a iniciativa de se auto-perdoar. Essa conduta atenta flagrantemente contra as premissas básicas do Estado de Direito republicano (responsabilidade e verdade).

Importante fixar que não é toda e qualquer anistia que pode ser reputada incompatível com a proteção de direitos humanos:

"Tudo isto não significa que amnistias ou disposições legais semelhantes à amnistia (as chamadas 'leis da impunidade') sejam de excluir em todas as circunstâncias: por um lado elas são legalmente permitidas, por meio do art. 6.º, 5, do

71. Tradução livre do texto. Cf. Caso Barrios Altos *vs.* Perú. Voto Juez Cançado Trindade. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_75_esp.doc>. Acesso em 24.09.2007.

Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, uma vez terminadas as hostilidades e com o objectivo da reconciliação nacional; além disso, elas pertencem de facto à prática corrente – importante no direito internacional e confirmada pela ONU – dos Estados, no quadro da pacificação nacional (...), seja na África do Sul, em El Salvador ou na Guatemala. Contudo, e de qualquer forma, podemos inferir que essas leis se encontram submetidas a limites relativamente claros impostos pelo direito penal internacional. Uma amnistia geral, no caso de graves violações de direitos humanos (a violação do direito à vida e à integridade física), e que, além disso, favoreça as forças de segurança do Estado só pode ser qualificada como contrária ao direito internacional."[72]

Com toda a certeza, são manifestamente inaceitáveis as auto-anistias, as quais se baseiam exclusivamente na visão do perpetrador das violações. Como bem aponta Lucia Bastos:

"Um primeiro ponto que deve ser reforçado é a distinção entre: *(i)* leis de anistia oferecidas pelos Estados aos seus opositores, normalmente por crimes políticos, e *(ii)* aquelas que concedem imunidade ao próprio Estado pelos atos cometidos por seus agentes. Conforme visto anteriormente, o entendimento é de que apenas o primeiro caso encontra-se no rol dos direitos do Estado, devido ao seu papel de vítima da agressão e de garantidor das leis penais estatais, e esse direito não deveria se estender a situações nas quais o próprio Estado, por meio dos seus agentes, é o perpetrador das violações.

Acrescente-se também que, conforme analisado no capítulo referente aos princípios de direito diante das anistias, referidas leis, que liberam de julgamento as condutas cumpridas sob o comando do Estado, permitem ao Estado julgar o seu próprio caso, um resultado inconsistente com os princípios gerais de direito que proíbem o auto-julgamento. Esse princípio deveria ser aplicável em casos de auto-anistias concedidas por um governo para as suas próprias forças: tais anistias

72. AMBOS, Kai. Op. cit., p. 76. Grafia conforme o original.

configuram-se em uma versão simplificada de auto-julgamento (ainda que em sentido figurado, pois nenhum julgamento de fato é permitido nestes casos) e, portanto, estariam proibidas pelos princípios gerais de direito."[73]

Da mesma forma que explicitado acima no item relativo à inocorrência da prescrição, vale frisar que a proibição às auto-anistias está contida nos preceitos do *jus cogens*, os quais impedem os Estados participantes da comunidade internacional de adotarem disposições legislativas "que possam menosprezar as obrigações internacionais que tenham acordado no tocante à identificação, à prisão, à extradição e ao castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade".[74]

Portanto, a Lei 6.683/79, se realmente veiculasse hipótese de anistia aos agentes estatais que atuaram na repressão, afrontaria preceitos cogentes do direito internacional, de observância obrigatória (obrigação *erga omnes*). Preceitos aos quais o Brasil se vinculou desde 1914, com a ratificação da Convenção de Haia de 1907, ou ainda em 1945, com a ratificação da Carta das Nações Unidas.

Frise-se que mesmo em caso de guerra externa ou interna, por força da Convenção de Genebra de 1949 (ratificada pelo Brasil em 1957), não seria viável a concessão de anistia, pois o homicídio intencional, a tortura e os tratamento desumanos, executados em grande escala, acarretam a obrigação de fixar sanções penais adequadas a serem aplicadas às pessoas que os cometeram ou deram ordem de cometer, devendo o Estado procurar essas pessoas e submetê-las ao adequado julgamento (arts. 49 e 50).

Assim, a exemplo do que já foi esclarecido acima, relativamente à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, esses delitos não são passíveis de

73. BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Op. cit., p. 171.

74. Cf. ONU Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad. Resolução 3.074 (XXVIII). Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/285/99/IMG/NR028599.pdf?OpenElement>. Acesso em 25.09.2007.

anistia e, principalmente, de auto-anistia. O direito internacional incorporado ao sistema jurídico brasileiro é incompatível com esses instrumentos de impunidade e esquecimento, impedindo que normas dessa espécie tenham validade. O legislador brasileiro não detinha – e não detém – competência para anistiar agentes estatais perpetradores de violações aos direitos humanos.

Por fim, a invalidade de uma lei de auto-anistia é ainda mais evidente diante da consideração, pelo Supremo Tribunal Federal, da força supralegal dos preceitos de direito internacional incorporados ao ordenamento jurídico interno. A norma internacional que veda o uso desse instituto se sobrepõe à lei ordinária editada em 1979.

Conclui-se, pois, que se existissem preceitos veiculadores de auto-anistia na Lei 6.683/79, eles não seriam aplicáveis, diante dos vícios apontados, que estariam presentes desde a edição da Lei.

7. Conclusão

Em decorrência dos vários aspectos analisados, pode-se concluir que crimes de homicídio, lesão corporal (torturas) e seqüestro (desaparecimento forçado) perpetrados pelos órgãos de repressão à dissidência política durante o regime de ditadura militar no Brasil, no período de 1964 a 1985, podem ser reputados crimes contra a humanidade, conforme parâmetros da Organização das Nações Unidas, da Corte Internacional de Justiça e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Esses crimes ainda devem ser objeto de investigação e persecução penal pelas autoridades do Ministério Público brasileiro, e submetidos ao Poder Judiciário, pois não são passíveis de serem considerados prescritos ou anistiados.

A aplicação da Lei de Anistia aos agentes estatais da repressão e a omissão em investigar e processar os autores desses crimes viola as obrigações que o Brasil

assumiu perante a comunidade internacional, e submeterá o país a uma provável responsabilização na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

8. Bibliografia

ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E. do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público.* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, n. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Arquidiocese de São Paulo. *Brasil nunca mais.* Petrópolis: Vozes, 1985.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *As leis de anistia face o direito internacional.* O caso brasileiro. Tese (Doutorado em direito). São Paulo: USP, 2007.

BICUDO, Hélio. Anistia desvirtuada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à memória e à verdade.* Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana:* direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados. São José da Costa Rica/Brasília: IIDH, CICV e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

CARVALHO RAMOS, André. *Processo internacional de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRAGOSO, Heleno. *Terrorismo e criminalidade política.* Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.* Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Compêndio de direito penal.* Rio de Janeiro: Jacinto, 1936 apud SILVA, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. *Crimes políticos.* Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El derecho internacional contemporáneo.* Madrid: Ed. Tecnos, 1980 e ss. apud CARVALHO RAMOS, André. *Direitos humanos na integração econômica.* Tese de Livre-Docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MORAIS, Tais; SILVA, Eumano. *Operação Araguaia*: os arquivos secretos da guerrilha. São Paulo: Geração, 2005.

SANTOS JR., Belisário dos. A tortura e o Estado Democrático de Direito. O Relatório da Comissão Especial da Lei n. 10.726, de 09.01.2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, n. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo
Mestrando em Direito Público na UFBA. Pós-Graduado em Ciências Criminais junto à Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da UFBA. Professor de Direito Penal e Processo Penal da UCSAL. Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Ciências e Professor de Direito Penal da UNIFACS. Analista Previdenciário do INSS-BA junto à Procuradoria Federal Especializada.

Marcos de Aguiar Villas Bôas
Mestrando em Direito Público na UFBA. Pós-graduando em Direito Tributário, pela Faculdade de Tecnologia Empresarial, numa parceria com o IBET. Pós-graduado em Processo Civil, pelas Faculdades Jorge Amado, numa parceria com o Curso Juspodivm. Advogado.

Resumo: O presente trabalho procura analisar cuidadosamente a proporcionalidade para, em seguida, identificar algumas das repercussões que esta possa trazer à ciência criminal. Com tal escopo, é que, no momento inicial, faz-se um exame criterioso das normas jurídicas, regras e princípios, de sorte a melhor contextualizar a proporcionalidade no ordenamento jurídico e, com isso, avaliar com maior precisão as repercussões que esta possa trazer às ciências criminais.

Palavras-chave: Normas jurídicas – Regras e princípios – Postulados – Repercussões – Ciências criminais.

Abstract: This study aims at carrying out a careful examination of proportionality, and identifying some of the impacts that it can bring to Criminal Sciences. With this scope, at first, we carry out a detailed examination of legal norms, rules and principles in order to better contextualize proportionality in the legal system and thus, evaluate more accurately the impacts they can have on Criminal Sciences.

Keywords: Legal norms – Rules and principles – Postulate – Impacts – Criminal sciences.

Sumário: 1. Normas: princípios e regras: 1.1 Intróito; 1.2 A distinção entre princípios e regras; 1.3 Os valores; 1.4 Princípios e regras: revisitando os conceitos – 2. Postulados: 2.1 Definição; 2.2 Diretrizes para o exame dos postulados; 2.3 Espécies de postulados – 3. Proporcionalidade: 3.1 O fundamento da proporcionalidade e sua distinção da razoabilidade; 3.2 Instruções acerca de sua aplicabilidade; 3.3 Desdobramentos da proporcionalidade; 3.4 Áreas de aplicabilidade e a "proibição por defeito" – 4. Repercussões na ciência criminal. – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

Área do direito: Penal-Processo Penal

1. Normas: princípios e regras

1.1 Intróito

A Ciência do Direito tem evoluído, ao longo do tempo, no que diz respeito aos estudos em torno das espécies de normas jurídicas. Não iremos aqui, pela finalidade a que nos propomos, tecer minúcias acerca do conceito "norma jurídica", ou mesmo realizar uma incursão por todas as teorias até hoje elaboradas sobre esse assunto, ou sobre as próprias classificações de normas jurídicas.

Num intuito de tratar das espécies normativas, para se chegar, em seguida, a examinar mais especificamente o postulado da proporcionalidade, faz-se

necessário, ao menos, analisar os estudos mais atuais e célebres acerca da matéria. Canotilho[1] foi um dos autores mais festejados ao tratar do tema, quando sustentou que as normas jurídicas se dividem em princípios e regras, porém o que fez foi, na verdade, seguir a linha já defendida pela doutrina alemã, sistematizando os pensamentos de célebres autores como Karl Larenz,[2] Claus Wilhem-Canaris[3] e Robert Alexy.[4] Outro célebre trabalho estrangeiro que distinguiu princípios e regras como espécies do gênero "normas jurídicas", foi o do americano Ronald Dworkin.[5]

Eros Roberto Grau[6] publicou, em abril de 2002, a primeira edição do seu interessante livro, o qual trata muito bem do tema ora comentado. Humberto Ávila,[7] já em abril de 2003, publicou importante obra, traduzida

1. "Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamemte uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.125).

2. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. José Lamego (Trad.). 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 574 et seq.

3. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. passim.

4. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudos Políticos e Constitucionales, 2002. passim. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Luís Afonso Heck (Trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. passim.

5. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Jéferson Luiz Camargo (Trad.). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. passim.

6. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-205.

7. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. passim.

mais tarde para o alemão e para o inglês, que procura evoluir nessa referida distinção, chegando, inclusive, a uma terceira espécie normativa: os postulados normativos aplicativos, os quais serão vistos logo em seguida. Cumpre, nesse primeiro ponto, tratar um pouco dessas teorias, procurar tecer alguns comentários críticos sobre elas, para que seja possível definir algumas categorias, normativas ou não, de grande importância para este trabalho: valores, princípios, regras e postulados.

1.2 A distinção entre princípios e regras

A grande indagação que se faz, antes de se buscar uma diferenciação entre objetos, é: "qual o critério distintivo que será utilizado?". Parece evidente, mas não se deve nunca esquecer que, a depender do critério elencado, sequer será possível traçar uma distinção. Este talvez seja o grande equívoco cometido por alguns autores ao tentar distinguir princípios e regras, porquanto empregam critérios que não estão aptos a levar à separação dessas espécies normativas, como bem chama atenção Humberto Ávila.[8]

O critério,[9] chamado por Humberto Ávila, de "caráter hipotético-condicional", por exemplo, leva os autores à conclusão de que a regra é prevista hipoteticamente, ao passo que o princípio não. Este seria mais abstrato, podendo apenas gerar regras que seriam construídas, de modo hipotético-condicional, a partir deles.

8. Op. cit., passim.

9. Os critérios distintivos empregados por Ávila podem ser constatados claramente em outras obras, como, por exemplo, na de Dworkin. Hespanha explica as idéias do mestre americano seguindo uma linha semelhante à de Ávila (HESPANHA, António Manuel. *O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 114 et seq.).

Humberto Ávila[10] demonstra que os princípios também podem ser previstos em um modelo hipotético-condicional.[11] Segundo ele, o defeito maior dessa distinção é conferir valor ao modo com que as normas jurídicas aparecem expressamente previstas no sistema, ao contrário de se examinar a sua estrutura. Realmente, os princípios também podem ser formulados em um modelo hipotético-condicional. O problema aí decorre, além da confusão entre texto e norma, do fato de os princípios serem vistos como normas de otimização, diretrizes, carregando maior carga axiológica. Não é por isso que não podem ser também descritivos e levarem a conseqüências previstas pelo ordenamento.

Nunca é demais frisar que as normas jurídicas resultam do labor interpretativo[12] de, a partir do texto posto, desconstruí-lo para, então, construir sentidos frente ao evento concreto posto. Aquilo que se vê no ordenamento é texto, enunciado, dispositivo. Aquilo que se aplica é norma jurídica – princípios, regras e postulados – que são conseqüências da construção de sentidos contidos no texto.

O lado positivo do critério do "caráter hipotético-condicional" é, como dito, o de conduzir ao entendimento de que os princípios são diretrizes, normas de otimização,[13] imediatamente finalísticas,[14] ao passo que as regras são imediatamente descritivas de eventos do plano deôntico. Essa mescla do sistema é fundamental

10. "Se o poder estatal for exercido, então deve ser garantida a participação democrática" (Op. cit., p. 32).

11. Valendo-nos de um dos exemplos de Humberto Ávila, demonstra-se que os princípios podem ser construídos em modelos hipotéticos-condicionais: "se o poder estatal for exercido, então deve ser garantida a participação democrática" (princípio democrático).

12. Sobre a interpretação como desconstrução e reconstrução de sentidos, nunca esquecendo que o texto traz limites de significação a partir dos signos nele expressos, vide: ECO, Umberto. *Interpretação e superintepretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. passim.

13. "El punto decisivo para la distinción entre reglas y princípios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos." (ALEXY, Robert, op. cit., 2002, p. 86)

14. ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 129.

para o seu bom funcionamento. Torna-se extremamente complicado imaginar um sistema unicamente composto de princípios ou um sistema tão-somente formado por regras. Estas se dirigem frontalmente para o plano ôntico, descrevendo eventos de maior especificidade e imputando conseqüências também de maior concretude. Os princípios descrevem eventos mais abrangentes, imputando conseqüências também mais amplas, de carga axiológica muito superior à das regras.

Ainda, para citar a crítica de Humberto Ávila aos critérios adotados pela doutrina, deve-se falar em outros dois – segundo e terceiro – critérios: do "modo final de aplicação" e do "conflito normativo".[15] Alguns autores empregam o segundo critério distintivo para concluir que as regras são aplicadas com o modo do "tudo ou nada", e os princípios de modo gradual "mais ou menos". Quanto ao terceiro critério, esse é utilizado para sustentar que, no conflito entre regras, uma delas deverá ser declarada inválida, ao passo que os princípios podem se conformar, de modo que um apenas afastaria a aplicação do outro em um caso concreto.

Dworkin[16] sustenta que, se ocorre um evento descrito numa regra, ou ela é válida e a conseqüência nela prevista deve ser aceita, ou deve-se encontrar uma exceção para ela. Já Alexy[17] é contra as exceções ou qualquer conflito entre regras. Humberto Ávila,[18] numa outra via, defende que é sim possível ocorrer confronto

15. O terceiro critério, em verdade, é uma decorrência do segundo, como bem chama atenção Eros Roberto Grau (Op. cit., p. 174).

16. "A diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas *distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem*. As regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão." (DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 39)

17. "Regras são normas que, sempre, só ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, fixações no espaço do fática e juridicamente possível. Elas são, por conseguinte, mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, mas a subsunção." (Op. cit., p. 64)

18. Op. cit., p. 42 et seq.

entre regras e esse deverá ser solucionado também pela ponderação, como no caso dos princípios.

As regras podem entrar em conflito. Não é raro se verificar casos em que duas regras poderiam ser aplicadas a um mesmo evento, devendo-se optar por uma delas. Ao mesmo tempo, é bastante comum se afastar a aplicação de uma regra, porquanto, frente ao caso concreto, ela deverá deixar de ser aplicada por infringir determinado princípio. Desse modo, nenhuma norma jurídica é aplicada no modo "tudo ou nada",[19-20] justamente porque fazem parte de um sistema, de modo que, a depender do evento do mundo social que se examina, ela poderá ser aplicada ou não frente às demais normas desse sistema. Uma mesma regra poderá ser totalmente aplicável a um certo caso concreto e não aplicável a um outro caso muito semelhante, pois as circunstâncias específicas levam à aplicação da mesma a afrontar determinado(s) princípio(s).

Cumpre fazer, porém, uma observação à explanação de Humberto Ávila. Ao se interpretar o direito, interpreta-se o ordenamento jurídico como um todo (sistematicamente) e levando-se em consideração, sobretudo, as diretrizes do sistema (axiologicamente). No conflito entre as regras, sobretudo, a ponderação, em nossa opinião, não recairá propriamente sobre elas, porém sobre os princípios que as fundamentam. Desse modo, quando se pondera sobre a aplicação de duas regras, o que se está a fazer é verificar onde elas estão fundamentadas, para se perguntar qual o princípio que cada uma consagra, para que se possa decidir entre eles. O conflito se dá, num plano mais concreto, entre regras, porém é preciso se ponderar em um plano mais abstrato, entre princípios.

19. Genaro Carrió é mais um autor que critica a idéia de que as regras são aplicadas no modo "tudo ou nada", seja porque não é possível relacionar todas as exceções às regras, seja porque nem sempre os confrontos entre regras se resolvem com a invalidade de uma delas (CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 226-353).

20. Note-se que, frente ao entendimento aqui adotado, perde importância a diferenciação entre colisões, conflitos, confrontos de normas, sendo empregados os substantivos aleatoriamente.

Mesmo no caso dos princípios, a depender da abstração que caiba a cada um deles que conflitam, dever-se-á, muitas vezes, procurar quais princípios que os fundamentam. Sabe-se que existem distintos subsistemas dentro do sistema jurídico.[21] Há princípios que estão fundamentados em outros princípios e assim por diante. A depender do grau de abstração do princípio, em diversos casos, será necessário chegar a uma diretriz mais alta, a um princípio de maior abrangência, para que seja possível ponderar.

Nota-se daí que Dworkin e Ávila podem estar defendendo teses bastante semelhantes, porém sob ângulos distintos. Se é certo que as regras conflitam, como sustenta Ávila, ao contrário do que entende Dworkin, também nos parece certo que a ponderação não pode ocorrer em nível de regras, devendo-se ir mais alto no sistema, ponderando os princípios que fundamentam essas regras. Em seguida, após se decidir, a partir dos princípios de mais alto grau que fundamentam cada regra, aplica-se uma delas.

Em outras palavras, as regras conflitam, porém o conflito será solucionado pela ponderação dos princípios que lhe fundamentam, não sendo possível ponderar elas entre si unicamente. *Data venia*, é possível entender que o próprio Humberto Ávila quis dizer isso implicitamente em sua obra,[22] apesar de se saber

21. "(...) dentro desses âmbitos, formam-se subssistemas mais pequenos. Em qualquer caso, uma parte dos princípios constituintes do sistema mais pequeno penetra, como geral, no mais largo e, inversamente, o sistema mais pequeno só em parte se deixa, normalmente, retirar dos princípios do mais largo." (CANARIS, Claus-Wilhelm, op. cit.)

22. "E a exceção pode não estar prevista no ordenamento jurídico, situação em que o aplicador avaliará a importância das razões contrárias à aplicação da regra, sopesando os argumentos favoráveis e os argumentos contrários à criação de uma exceção diante do caso concreto" (Op. cit., p. 46). "O que importa é que a questão crucial, ao invés de ser a definição dos elementos descritos pela hipótese normativa, é saber quais os casos em que o aplicador pode recorrer à razão justificativa da regra (*rule's purpose*), de modo a entender os elementos constantes da hipótese como meros indicadores para a decisão a ser tomada, e quais os casos em que ele deve manter-se fiel aos elementos descritos na hipótese normativa, de maneira a compreendê-los como sendo a própria razão para a tomada de decisão, independentemente da existência de razões contrárias. Ora, essa decisão depende da ponderação entre as razões que justificam a obediência incondicional à regra, como razões ligadas à segurança jurídica e à previsibilidade do Direito, e as razões que

que ele confere relevante ênfase ao confronto entre regras com um intuito de não lhes retirar sua força normativa, abrindo espaço para a construção de um sistema de princípios.

As razões a que Ávila faz remissão são, em nossa opinião, decorrentes dos próprios princípios previstos no ordenamento jurídico, ou valores[23] agregados por esses princípios. Se determinada regra foi prevista, é porque há princípios que a fundamentam. Valendo-se de exemplo empregado pelo próprio Ávila, prescreveu-se pena para aquele que praticar relação sexual com menor de 14 anos. Tem-se aí os valores da sociedade que se impregnam pelo sistema, como a "proteção" ao pudor, a "proteção" ao menor etc., frente ao direito de liberdade do acusado. Alguns entendem que tal norma sequer é válida, uma vez que não se justifica mais nos dias atuais. Para aqueles que entendem que a norma é válida, ela será aplicada ou não ao caso concreto de acordo com o sopesamento dos princípios (razões) que estão por detrás do caso concreto.

Enfim, levando em consideração que o ordenamento jurídico é sistemático e piramidal, não se pode olvidar que o conflito[24] entre duas regras ou dois princípios, um excluindo o outro tão simplesmente, pode ser, muitas vezes, uma falácia, tendo em vista que os conflitos que se mostram são muito mais complexos do que se imagina. De qualquer sorte, se é possível a aplicação de duas regras distintas ou dois princípios distintos a um mesmo caso concreto, dever-se-á elevar o nível de abstração (nível de importância das normas do sistema), para que se chegue à resposta que se busca: qual das normas deve aí ser aplicada.

justificam seu abandono em favor da investigação dos fundamentos mais ou menos distantes da própria regra" (Op. cit., p. 49).

23. Entende-se aqui valores como os ideais perseguidos pela sociedade em geral num certo espaço de tempo. Os valores são supra-normativos. Não existe um elemento "valor" dentro do sistema. De outro lado, os valores se fazem presentes no sistema por meio das regras e, principalmente, dos princípios.

24. Na linha aqui sugerida, perde o sentido a utilização de "conflito", quando se trata de duas ou mais regras, e "colisão", quando se trata de dois ou mais princípios. Isso ficará ainda mais claro em seguida.

Note-se que esse trabalho de abstração e concretização deve ser realizado quando da interpretação/aplicação de qualquer norma ao caso concreto. Abstrai-se para chegar aos princípios máximos, sopesa-se esses frente ao caso concreto e, quando necessário, entre si, para, concretizando, retornar ao nível das regras e aplicar ou não uma delas, ou mesmo escolher entre duas ou mais regras.

A nosso ver, afirmar que os confrontos são resolvidos em nível principiológico não significa retirar o caráter normativo das regras. É fato que as regras podem se confrontar, e uma delas será aplicada. A partir daí, já é possível se sustentar que haverá, em primeira instância, ponderação entre elas, uma vez que se decidirá, por uma das duas, frente às razões que fundamentam cada uma no sistema. Ocorre que as razões que devem ser buscadas são as razões do sistema. Em outras palavras, não há como se ponderar as regras unicamente em nível de regras, sem se recorrer aos princípios fundamentais do sistema, sob pena de se aplicar uma regra que os afronta, recaindo na aplicação de regra inválida para determinado evento.

1.3 Os valores

Os valores não são espécies normativas, e não devem ser confundidos com os princípios, como ainda comumente se faz. Os valores revelam os ideais dos seres humanos. São os ideais que regem seus comportamentos nas relações intersubjetivas. Encontram-se, portanto, no plano ontológico, ou seja, são supranormativos, e não normativos. Os valores ingressam no sistema jurídico por meio das normas jurídicas. Em outras palavras, não existem valores que sobrevivem por si só no ordenamento, porém eles estão impregnados nos princípios e nas regras.

É sabido que os textos positivos, nos Estados Democráticos de Direito, são produzidos pelos representantes do povo, que inevitavelmente, ao elaborar os enunciados prescritivos, de onde se construirão os princípios e regras, espraiam a sua ideologia – teoricamente os ideais da maioria – pelo texto que criam. Na medida em que a norma jurídica é construída a partir da aproximação do evento ocorrido

com o sentido construído em função do texto elaborado por esses representantes do povo, é natural que tais normas carreguem os valores que teriam sido inseridos nos signos presentes nos enunciados.

Também não é de se surpreender que, pelo fato de sempre existir um intermediário que realizará a interpretação e a aplicação da norma jurídica, esse intérprete-aplicador irá construir uma norma jurídica de acordo com os seus próprios valores. Sendo assim, os valores estão nas mentes dos seres humanos (em geral, sem exceções), acompanham os textos normativos criados por esses (legisladores) e se impregnam nas normas jurídicas construídas pelos mesmos (intérpretes).

Desse modo, os princípios não se confundem com os valores, mas, em verdade, carregam – ou emanam – valores.[25] Os princípios são normas jurídicas de peso axiológico[26] bem maior do que as regras, uma vez que são as diretrizes do sistema. As regras também não deixam de ser dotadas de valores, porém em quantidade muito mais reduzida, devido às suas características de maior concretude, maior descritividade etc., como será visto em seguida. Já os postulados não comportam valores, porquanto possuem um caráter muito mais técnico-instrumental. Os postulados não estão voltados para os comportamentos de forma direta, não carregando valores que regerão essas relações. Os postulados regem, regram, a aplicação das outras duas espécies de normas jurídicas: os princípios e as regras.

25. É isso o que defende Robert Alexy: "esto último responde exactamente al modelo de los princípios. La diferencia entre principios y valores se reduce así a um ponto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los princípios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian solo em virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente" (ALEXY, Robert, op. cit., 2002, p. 147).

26. Como já dito, Dworkin sustenta que os princípios possuem dimensões de peso. Essas dimensões de peso se devem justamente aos valores que cada princípio carrega, se de maior ou menor relevância. É inegável que, em certa medida (em caso de confronto de princípios de igual estatura no sistema), somente o intérprete/aplicador poderá decidir pelo princípio que deve ser aplicado a determinado caso concreto e, para isso, deverá optar por aquele que realiza os valores mais importantes em certa realidade histórico-social. Se é certo que o sistema deve dar as respostas para a aplicação do Direito, também é certo que o intérprete/aplicador tem papel fundamental para encontrar tais respostas quando aproximar o ordenamento jurídico ao caso concreto.

1.4 Princípios e regras: revisitando os conceitos

Os princípios, por se tratarem de "mandados de otimização", a partir dos quais se constroem regras, estão em patamar normativo superior às mesmas. Em outras palavras, os princípios são diretrizes, possuindo carga axiológica superior à das regras. Estas são essencialmente descritivas e comportamentais, sendo dotadas de caráter valorativo bem menor. Deste modo, um confronto entre princípios e regras é algo impossível, tendo em vista que sequer há o embate entre as normas jurídicas se os princípios sempre prevalecem sobre as regras.

Os princípios[27] são normas que visam promover um "estado de coisas". Sendo assim sua hipótese normativa é muito mais abrangente do que a das regras, as quais são descritivas de eventos geralmente bem delineados. No conseqüente normativo, os princípios apontam para diretrizes do sistema, ao passo que as regras determinam obrigações, permissões e proibições.

Em função desse caráter finalístico dos princípios, ao lado do caráter comportamental das regras, podem ser destacadas outras características distintivas dessas duas espécies normativas. Os princípios não geram soluções específicas para o caso concreto, justamente em decorrência de sua generalidade,[28] de sua índole de diretriz. As regras aproximam-se mais do mundo social, oferecendo respostas diretas.[29]

27. As definições acerca do que sejam princípios não variam tanto, como pode parecer, dentre os autores mais célebres. Alexy, por exemplo, sustenta que os princípios são "mandamentos de otimização" (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Luís Afonso Heck (Trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 64). Ele chama atenção, portanto, para o caráter de fundamentação que possuem os princípios, funcionando como normas de otimização do sistema. Nessa mesma linha, ao afirmar que são "normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível", demonstram o caráter dos princípios de normas de topo do sistema, ou seja, diretrizes.

28. "(...) los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nível relativamente bajo de generalidad." (ALEXY, Robert, op. cit., 2002, p. 83)

29. Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para

2. Postulados

Tecidas as considerações acerca de duas das espécies normativas – os princípios e as regras jurídicas – passemos a examinar a terceira: os postulados. Convém, desde já, ressaltar que tal figura jurídica ainda não é identificada pela maior parte da doutrina pátria, não sendo muitos os autores nacionais que reconhecem a existência jurídica dos postulados, vez que se limitam a analisar as regras e os princípios.

Aliás, um exemplo de sintoma dessa patologia é a circunstância de a maior parte da doutrina nacional continuar a asseverar que a proporcionalidade[30] tem natureza jurídica de princípio.[31] Entrementes, na doutrina pátria há autores que já sinalizam na direção oposta, ou seja, que vislumbram a proporcionalidade e a razoabilidade como postulados, e não como princípios, sendo esse o entendimento de Humberto Ávila[32] e Eros Roberto Grau,[33] dentre outros.

Evidenciada a circunstância de que nem toda a doutrina pátria compartilha do entendimento que sustenta a existência jurídica dos postulados,[34] faz-se ne-

uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões (ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 130).

30. Cumpre salientar que J. J. Gomes Canotilho compreende a proporcionalidade como princípio, vide: CANOTILHO, J. J. Gomes,, op. cit, p. 261-262; bem como Paulo Bonavides, vide: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 356-397.

31. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 99-100. Além do mencionado autor tratar a proporcionalidade como princípio, o mesmo parece confundi-la com a razoabilidade, ao afirmar que, "em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade". Veja-se, desta forma, que, ainda segundo o autor, a razoabilidade também seria um princípio. Não satisfeito, linhas adiante o autor pontua novamente que a proporcionalidade é, em verdade, "um aspecto específico do princípio da razoabilidade (...)".

32. ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 79-117.

33. GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 183-186.

34. Nesse sentido, é que Humberto Ávila afirma que "a maior parte da doutrina enquadra-os, sem explicações, na categoria de princípios". Cf. ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 81.

cessário, então, analisar os mesmos com o escopo de demonstrar as características que lhe são peculiares, de sorte a, no momento seguinte, formular um esboço de definição acerca dos mesmos, a fim de precisar os aspectos distintivos entre estes e os princípios e evidenciar a existência jurídica daqueles.

Feito o esforço para elaborar um protótipo de definição dos postulados, serão precisadas as diretrizes de análise desses, com o objetivo de delimitar a aplicabilidade dos mesmos, após o que serão alinhadas as espécies de postulados. O alinhamento de tais espécies presta-se quer para melhor delimitar o raio de alcance de cada uma dessas, quer para fins didáticos, quer para evitar possíveis equívocos entre essas, diante dos casos concretos, quando da aplicação dos mesmos.

Passemos, então, a um esforço de definição dos postulados.

2.1 Definição

Cabe destacar, inicialmente, que ao prospectar o teor dos princípios, identificamos que estes firmam valores a serem buscados, fomentam a concretização de um estado de coisas, ou, como consigna Robert Alexy, são mandados de otimização,[35] isto é, "são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes".[36] Desta forma, ainda segundo Alexy, os princípios "estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos".[37]

Os postulados não se prestam a este fim, mas sim ao modo como os princípios e as regras devem ser aplicados. Nesse sentido, os postulados têm a

35. ALEXY, Robert, op. cit., 2002, p. 86-87.
36. Idem, p. 86.
37. Idem, ibidem, p. 86.

sua natureza jurídica melhor precisada quando compreendidos como postulados normativos aplicativos, isto porque, desta forma, salienta-se a sua "condição formal ou estrutural de conhecimento concreto de outras normas".[38] Ou seja, enquanto um discurso sobre as regras e os princípios é um discurso sobre as normas, um discurso sobre os postulados é um discurso sobre as normas das normas (metanormas),[39] em outras palavras, um discurso de segundo grau (estrutura de aplicação de outras normas).[40] Nesse sentido, é possível atribuir uma primeira utilidade aos postulados, qual seja, identificar os grupos de casos em que há ofensa às normas cuja aplicabilidade conferem estrutura.

Note-se, assim, que enquanto os princípios e as regras podem ser arranhados imediatamente, os postulados só o são mediatamente. Destarte, o ato que é capaz de ofender o postulado é aquele que consiste em não interpretar o caso concreto e as normas a ele aplicáveis de acordo com a estrutura de aplicabilidade estabelecida pelo postulado.

Outros aspectos que devem ser destacados com o escopo de firmar a autonomia dos postulados frente aos princípios e às regras, são: a) os postulados, ao contrário dos princípios, não obrigam ao impulsionamento de um fim, em lugar disso, organizam a aplicabilidade do dever de fomentar um fim; b) os postulados, diversamente dos princípios, não prescrevem de modo oblíquo condutas, mas um *sistema de raciocínio e argumentação* afeto a normas que mediatamente preceituam condutas; c) os postulados, em oposição às regras, não narram detalhadamente condutas, em vez disso, organizam o emprego de normas que o fazem; d) os postulados, ao contrário das regras, não requerem uma atividade de subsunção, em verdade, eles exigem a "ordenação e a aplicação entre vários elementos".[41]

38. Cf. GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 184.
39. Cf. ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 80.
40. Idem, p. 81.
41. Idem, p. 82.

Insta ressaltar, por oportuno, que a possibilidade de aplicação integral do postulado a um determinado caso concreto, bem como a particularidade de todas as espécies de normas serem dirigidas, em última análise, à ação humana não suprime a relevância daquele, nem tampouco é capaz de confundi-lo com as regras e/ou os princípios.

Todavia, os autores que não elevam os postulados à categoria de instituto jurídico autônomo, de acordo com o posicionamento a que se filiam, sufragam o entendimento que os postulados, em verdade, são: a) ou uma *forma específica de regra,* consoante Martin Borowsky e Jan-Reinard Sieckmann,[42] b) ou uma *máxima,* conforme Willis Santiago Guerra Filho (confunde-se o postulado com o princípio);[43] c) ou um *topos argumentativo* (confunde-se o postulado com uma combinação entre regra e princípio);[44] d) ou princípios distintos, de acordo com Ricardo Lobo Torres (*princípios de legitimação*;[45] e) ou uma *norma metódica,* segundo Lothar Michael.[46]

Dito isso, passemos às diretrizes voltadas à análise dos postulados normativos aplicativos.

2.2 Diretrizes para o exame dos postulados

Empreendida energia para exprimir a significação do postulado, cumpre estabelecer, com amparo em Humberto Ávila, quais são as diretrizes para o exame do postulado, ou seja, quais as etapas do caminho de delimitação do postulado. São elas: a) a necessidade de levantamento de casos cuja solução tenha sido tomada com espeque em algum postulado normativo; b) a análise da fundamentação das

42. Idem, ibidem.
43. Idem, ibidem.
44. Idem, ibidem.
45. Idem, ibidem.
46. Idem, ibidem.

decisões para verificação dos elementos ordenados e da forma como foram relacionados entre si; c) a investigação das normas que foram objeto de aplicação e dos fundamentos utilizados para a escolha de determinada aplicação; d) a realização do percurso inverso: descoberta a estrutura exigida da aplicação do postulado, verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com espeque nele.

A primeira diretriz exposta implica não adoção de duas providências. São elas: a) a devassa da jurisprudência dos Tribunais Superiores com o escopo de obter decisões que tenham se utilizado de postulados normativos; b) adquirir a íntegra dos acórdãos nos quais foram manejados os postulados. Por sua vez, a segunda diretriz impõe as seguintes medidas: a) analisar as decisões e identificar os elementos que foram manobrados; b) averiguar quais as relações essenciais entre eles.[47]

De outro lado, a terceira etapa do caminho de delimitação do postulado, estabelece as providências, a saber: a) precisar os elementos que foram manejados; b) localizar os motivos que impulsionaram os magistrados a entender existentes ou inexistentes determinadas relações entre eles.[48] Por seu turno, a quarta diretriz requer: a) que seja refeita a pesquisa jurisprudencial através da procura de outros termos-seminais; b) apreciar criticamente as decisões obtidas, para, no momento seguinte, (re)construir essas por meio dos argumentos trabalhados e de acordo com a orientação do postulado em exame, com o escopo de identificar a falta de utilização do postulado ou o seu uso inadequado.[49]

Feitas tais considerações, torna-se necessário examinar as espécies de postulados.

47. Cf. ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 83.
48. Idem, p. 84.
49. Idem, p. 85.

2.3 Espécies de postulados

Depois de apreciadas as diretrizes que delineiam o caminho percorrido para a construção dos alicerces do postulado, mister se faz agora examinar as espécies de postulados existentes, quer para precisar a área de atuação de cada um deles, evitando equívocos entre esses, quer para melhor manusear a utilização de cada um deles e os elementos que os compõem e as relações que tais elementos mantêm ou não entre si, quer para identificar as possíveis interações entre os diversos postulados.

Entendidos como deveres que impõem uma relação entre elementos, dá-se ênfase ao postulado enquanto aspecto *formal*, vez que implicam na aplicabilidade simultânea de um conjunto de razões substanciais. Em melhores palavras, o postulado enquanto módulo formal é um *jogo de elementos normativos*.

Todavia, os postulados não funcionam todos da mesma maneira. Há o grupo dos postulados que determinam o relacionamento entre elementos, sem designar, contudo, quais são os elementos e os critérios que devem orientar a relação entre eles. Trata-se de postulados na acepção máxima da formalidade, vez que são destituídos de critérios orientadores de aplicação, sendo, por isso, cunhados por Ávila como *postulados inespecíficos*.

Por outro lado, há o grupo de postulados que depende da existência de determinados elementos, bem como de critérios que firmem as relações entre estes. Dito em melhores termos, tais postulados determinam o vínculo entre elementos específicos, com critérios que devem ordenar a relação entre eles. Sendo assim, tratam-se de *postulados formais específicos*. Formais, por precisarem a moldura de relação entre os elementos; específicos, por estabelecerem critérios que orientam a relação entre os elementos, destinando-se estes apenas a um grupo determinado de casos.

Ante o exposto e com apoio em Ávila, precisa-se como postulados inespecíficos: 1) a ponderação;) a concordância prática; c) a proibição de excesso; ao passo

que se relaciona como postulados específicos: a) a igualdade; b) a razoabilidade; c) a proporcionalidade.

Dito isto passemos ao exame da proporcionalidade, face aos limites do presente artigo. Não se quer com isso dar a impressão de que os demais postulados não são dignos de importância, pois, em verdade, todos possuem a sua devida relevância conforme o grupo a que se destina.

3. Proporcionalidade

Certo de que a proporcionalidade não consubstancia princípio, uma vez que, conforme salienta Eros Roberto Grau, seus desmembramentos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)[50] "não são ponderados em relação a algo diferente; não se passa que algumas vezes tenham procedência, outras não; o que se pergunta é se essas exigências são satisfeitas ou não e se sua não-satisfação traz como conseqüência a ilegalidade; daí por que essas três exigências, nas quais se desdobra a proporcionalidade em sentido amplo, são classificadas como *regras*"(grifo nosso).[51]

Ratificada a afirmação da proporcionalidade como postulado, quer se, desde logo, ressaltar a afirmação feita por Eros Roberto Grau de que a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, em verdade, são regras. Isto é, quer se destacar claramente a posição doutrinária que parece entender os desdobramentos da proporcionalidade como regras.[52]

50. Nesse sentido, convém lembrar com espeque na lição de Jean-François Lyotard, que as técnicas de pesquisa na modernidade se orientam pelo *princípio da otimização das performances*, ou seja, "o aumento do *output* (informações ou modificações obtidas), diminuição do *input* (energia despendida) para obtê-las. São estes, pois, os jogos cuja pertinência não é nem o verdadeiro, nem o justo, nem o belo etc., mas o eficiente: um 'lance' técnico é 'bom' quando é bem-sucedido e/ou quando ele despende menos que um outro", vide: LYOTARD, Jean-François. *A condição-pós moderna*. Wilmar do Valle Barbosa (Trad.). Rio de Janeiro: José Olympio, 2006. p. 80.

51. Op. cit., p. 184.

52. Convém ressaltar, nesta passagem, que, a nosso ver, o *in dubio pro reo*, compreendido de forma heurística, pode ser entendido ou como regra, ou como princípio, ou, ainda, como mais

Ademais, outro argumento que pode ser lembrado para reforçar o entendimento de que a proporcionalidade tem natureza de postulado aplicativo normativo, ao invés de princípio, é a divergência doutrinária retratada por Paulo Bonavides acerca do aspecto classificatório e terminológico[53] da proporcionalidade tomada como princípio, vez que tal divergência já revela a instabilidade da própria natureza jurídica de princípio.

Convém destacar, ainda, que a proporcionalidade não corresponde à *idéia de proporção*, quer porque aquela se destina somente às situações nas quais pode se identificar uma relação de causalidade entre meio, situação fática e fim, quer porque este último vocábulo possui acepção muito ampla dando mercê a um sem número de interpretações, o que acaba por comprometer a própria idéia essencial da proporcionalidade, a qual é servir como instrumento de controle, delimitação, uniformização e facilitação da interpretação.

Analisemos, então, o fundamento da proporcionalidade e os traços que a distinguem da razoabilidade.

3.1 O fundamento da proporcionalidade e sua distinção da razoabilidade

Afirmada mais uma vez a natureza jurídica de postulado da proporcionalidade, levantada, de passagem, a questão em torno da natureza dos desmembramentos da proporcionalidade, salientadas as distinções terminológicas acerca do

um dos subpostulados da proporcionalidade, que funcionaria como uma espécie de "fiel" da balança. Ou seja, a nosso ver, o *in dubio pro reo*, pode ser compreendido como um subpostulado da proporcionalidade aplicável apenas à seara criminal e que seria utilizado após o emprego dos outros subpostulados, de sorte a preservar a necessária harmonia no momento em que os interesses fossem ponderados. De qualquer sorte, em um outro texto e numa outra oportunidade pretendemos retomar essa idéia.

53. "(...) o princípio da proporcionalidade é um 'princípio normativo' (Hotz) ou um princípio aberto (Stern), ou seja, 'informativo' (Zimmerli)". Cf. BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 359.

vocábulo, quando tomado como princípio e diferenciado o mesmo da idéia de proporção, passemos a tratar do problema do fundamento da proporcionalidade e dos aspectos que a distinguem da razoabilidade.

Quanto ao fundamento constitucional, de acordo com Canotilho, há duas vertentes na doutrina. São elas: a) trata-se de uma derivação do princípio do *Estado de Direito*;[54] [55] b) é, em verdade, fruto de uma íntima conexão com os *direitos fundamentais*. Todavia, segundo o nosso entender, tal discussão em torno da fundamentação constitucional não apresenta maior relevo, quer porque se encontra envolvida num cenário em que a proporcionalidade é compreendida como princípio, quer porque, ao ser analisada pelo professor da Faculdade de Direito de Coimbra, é entendida, por este, como regra de razoabilidade,[56] quer, também, e, principalmente, em razão das profundas e rápidas mudanças pelas quais vem passando a relação entre o Estado de Direito e os Direitos Fundamentais, conduzindo a uma reconstrução dos laços entre os Direitos Humanos[57] e a Soberania,[58] qual se encontra inserido num cenário de controvérsias.

54. Paulo Bonavides afirma que a ascensão da proporcionalidade, em grande medida, pode ser atribuída à mitigação do princípio da legalidade e à disseminação do princípio da constitucionalidade. Ademais, o professor cearense parece asseverar que a proporcionalidade, em razão de sua historicidade, estaria passando recentemente por um forte processo de modificação, não sendo, por isso, definir ao certo o seu fundamento como o Estado de Direito ou os Direitos Fundamentais, à medida que estes cada vez mais se interpenetram. Consulte-se: BONAVIDES, Paulo, op.cit., p. 362-366.

55. Konrad Hesse, também, compartilha da idéia de que a proporcionalidade tem como fundamento o princípio do Estado de Direito, vide: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Luís Afonso Heck (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 158-159.

56. Op. cit., p. 261-262.

57. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro* – Estudos de teoria política. 2. ed. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota (Trad.). São Paulo: Loyola, 2004. p. 127-152, 293-308.

58. Convém destacar, ainda que perfunctoriamente, questões como: a) reestruturação do conceito de soberania; b) formação de grandes conglomerados econômicos; c) fortalecimento das iniciativas em torno dos Tribunais Internacionais e dos Organismos Internacionais; d) iniciativa de elaboração de uma Constituição pela União Européia; e) redimensionamento da natureza jurídica e eficácia dos tratados e pactos internacionais relativos a Direitos Humanos e,

No que tange à distinção entre a proporcionalidade e a razoabilidade,[59] a primeira palavra a ser dita nesse sentido é que: enquanto a proporcionalidade delineia uma *relação de causalidade entre meio, fim e a situação fática*,[60] a razoabilidade se vincula à apreciação de uma *situação específica* relativa a um *sujeito específico*, ou seja, compatibilizar o geral (o *texto* da lei, tomada esta como veículo destinado ao transporte de uma mensagem normativa) com o individual (o fato da vida). Entende-se por situação específica uma situação de *excepcionalidade*. Nesse sentido, a razoabilidade é um *dever de congruência* (de *eqüidade*). Pode-se falar, então, que a razoabilidade estabelece uma *relação de critério e medida*, isto é, uma congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida aplicada. O critério não conduz à medida, pressupõe esta. Em suma, a razoabilidade é uma correlação entre duas importâncias.[61]

Seja como for, a razoabilidade e a proporcionalidade são, como quer Eros Roberto Grau, *cânones de interpretação*[62] que atuam no momento da *norma de decisão* e que, conforme o Ministro do Supremo Tribunal Federal, são *juízos de eqüidade*.[63]

Enfrentemos, de imediato, a questão relativa às instruções acerca da aplicabilidade da proporcionalidade.

por fim, mas não menos importante, f) a séria crise pela qual passa o Estado e a Democracia no mundo moderno. Nesse sentido, é indispensável a leitura do trabalho de Luigi Ferrajoli, vide: FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno* – Nascimento e crise do Estado Nacional. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho (Trad.). São Paulo: Martins Fontes,2002a. p. 39-63.

59. Luís Roberto Barroso entende não existir distinção entre a razoabilidade e a proporcionalidade, vide: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 209-234

60. Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo, op.cit., p. 357.

61. Cf. ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 103.

62. GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 186.

63. Idem, p. 188.

3.2 Instruções acerca de sua aplicabilidade

Superados os problemas relativos ao fundamento da proporcionalidade e aos pontos distintivos entre esta e a razoabilidade, passemos às instruções para sua aplicabilidade.

Antes de se ingressar propriamente na análise das instruções, é de todo imprescindível destacar a recomendação de cautela feita por Konrad Hesse acerca da ponderação de bens, ao asseverar que o juízo de ponderação de bens expõe sempre o ordenamento jurídico ao risco de comprometer a unidade da Constituição. Dito em melhores termos, a proporcionalidade não deve comprometer a unidade e a harmonia dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Aliás, ainda segundo Hesse, a mesma advertência deve ser feita "quando a relação entre concessões e restrições de liberdade jurídico-constitucionais é determinada no sentido de uma *presunção inicial a favor da liberdade* (*in dubio pro libertate*) motivo pelo qual não é possível ver nessa presunção um princípio de interpretação constitucional".[64]

Consignado até aqui que a proporcionalidade deve ser compreendida como relação entre meio e fim, torna-se necessário apreciar esta relação de causalidade e, a seguir, avaliar as possíveis espécies de fins existentes. Note-se que precisar a aplicabilidade da proporcionalidade é, a um só tempo, realizar um esforço de controle do ato de interpretação, assim como contextualizá-lo dentro do sistema de direitos fundamentais e compatibilizá-lo com o princípio da separação de poderes, de sorte a não permitir uma desarmonia entre os poderes.[65]

64. Op. cit., p. 67.

65. Saliente-se, nesse passo, que Jürgen Habermas faz severas críticas à proporcionalidade, enquanto ponderação de interesses, por vizualizar um desequilíbrio em favor do Poder Judiciário em demérito do Poder Legislativo. Ou seja, para Jürgen Habermas, dentre outros aspectos nocivos, o juízo de proporcionalidade conduz a uma quebra na harmonia entre os poderes e a criação de um juiz com super poderes, tal qual o juiz hércules concebido por Ronald Dworkin. Nesse sentido, consulte-se as seguintes obras: DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 283-300; HABERMAS,

No que concerne à relação entre meio e fim,[66] relevante é a constatação de que a proporcionalidade está inserida num contexto no qual as normas desempenham um papel fundamental e o Direito detém uma função distributiva. Todavia, tal partilha implica, necessariamente, no choque entre bens jurídicos, o qual, por sua vez, reclama uma relação meio e fim intersubjetivamente fiscalizável.[67]

Sendo assim, ao se conceber uma relação de meio e fim, mister se faz assentar, desde logo, que esta só será apreciada quando da análise do caso concreto, e não na seara das abstrações. Portanto, fala-se de uma relação de meio, situação fática e fim. O meio é o instrumento hábil a alcançar o fim. O fim é uma situação da vida a qual é desejada e da qual se tem consciência.

Ademais, o fim pode, ainda, ser analisado enquanto fim interno ou externo. Nesse sentido, segundo Humberto Àvila, o fim interno é aquele que "estabelece um resultado a ser alcançado que reside na própria pessoa ou situação objeto de comparação e diferenciação".[68] Sendo assim, "os fins internos exigem determinadas medidas de apreciação que se relacionam com as pessoas ou situações, e devem realizar uma propriedade que seja relevante para determinado tratamento".[69] Por seu turno, quanto aos fins externos, o mesmo autor, mais a frente, assevera que estes "estabelecem resultados que não são propriedades ou características de

Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade validade*. 2. ed.: Flávio Beno Siebeneichler (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 211-239, 261-275.

66. Karl Larenz ao tratar sobre a proporcionalidade sinaliza em igual sentido, pois entende esta "enquanto exigência da medida indicada, da adequação entre meio e fim, do meio 'mais idôneo' ou da 'menor restrição possível' do direito ou bem constitucionalmente protegido que, no caso concreto, tem de ceder perante outro bem jurídico igualmente protegido. De fato, a idéia de 'justa medida' tem uma relação estreita com a idéia de justiça, tanto no exercício de direitos como na imposição de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível", vide: LARENZ, Karl, op. cit., p. 603.

67. Cf. ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 105.

68. Idem, p. 107.

69. Idem, ibidem.

sujeitos atingidos, mas que se constituem em finalidades atribuídas ao Estado, e que possuem uma dimensão extrajurídica".[70]

Identificadas tais nuances acerca dos fins, viabiliza-se, desta forma, um melhor esclarecimento dos traços que distinguem a proporcionalidade dos demais postulados, quer dos específicos, quer dos inespecíficos. Enquanto a proporcionalidade se realiza a partir da conjugação da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito: a) o postulado da *justa proporção* requer a execução "proporcional de bens que se entrelaçam numa dada relação jurídica, independentemente da existência de uma restrição decorrente de medida adotada para atingir um fim externo";[71] b) o postulado da *ponderação de bens* "exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenham qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação";[72] c) o postulado da *concordância prática* "exige a realização máxima de valores que se imbricam, também sem qualquer referência ao modo de implementação dessa otimização";[73] d) o postulado da *proibição de excesso*[74] "veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido";[75] e) o

70. Idem, ibidem.

71. Idem, p. 108.

72. Idem, ibidem.

73. Idem, ibidem.

74. Reinhold Zippelius tratando sobre o tema também distingue proporcionalidade da proibição de excesso, afirmando que, enquanto aquela "requer que os custos e benefícios das intervenções estatais se encontrem numa relação adequada em termos recíprocos e designadamente que os benefícios de uma intervenção (naturalmente apropriada) prevalecem sobre os seus inconvenientes. A proibição do exceso exige que dentro do quadro assim determinado também não se exceda a medida necessária de uma interferência nos interesses e de uma limitação nas liberdades (...). Ambos os princípios se podem considerar como expressão da aspiração de otimizar o uso da liberdade e da satisfação dos interesses numa comunidade", vide: ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Karin Praefke-Aires Coutinho (Trad.). J. J. Gomes Canotilho (Coord.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 389-390.

75. ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 108.

postulado da razoabilidade "exige a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do Direito".[76]

Todavia, Karl Larenz ao tratar sobre a proporcionalidade não visualiza esta enquanto postulado, mas como princípio e, mais que isso, como um "princípio jurídico material, que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma".[77] Ademais, Friedrich Muller, versando sobre a matéria, é enfático ao afirmar, segundo menção feita por Karl Larenz, "que a prática da ponderação de bens conduziria a 'juízos de valor subjetivos de uma justiça do caso, a qual poderia ser, nos quadros do Estado de Direito, subseqüentemente generalizada'. A 'ponderação' ofereceria um padrão lingüístico cômodo que, de modo excessivamente ligeiro, trata de passar por cima dos textos normativos em causa e dos dados lingüísticos que os concretizam', bem como da consideração dos domínios normativos em questão".[78] Com o que parece concordar Karl Larenz, pois, em outra passagem, este consigna que a proporcionalidade, "no fundo, não significa outra coisa senão precisamente a justa medida na relação dos homens entre si e com as coisas submetidas à sua disposição".[79]

Entretanto, em réplica a esta espécie de crítica, Robert Alexy assevera que uma ponderação somente é racional se o enunciado de preferência ao qual conduz pode ser fundamentado racionalmente. Sendo assim, a questão pertinente ao problema da racionalidade e da ponderação conduz à questão da possibilidade da fundamentação racional de enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre valores ou princípios opostos.[80]

Apreciados os aspectos concernentes à instrução para aplicabilidade da proporcionalidade, enfrentemos os desdobramentos da proporcionalidade.

76. Idem, ibidem.
77. Cf. LARENZ, Karl, op. cit., p. 586.
78. AVILA, Humberto, op. cit, p. 576.
79. Idem. p. 603.
80. Cf. ALEXY, Roberto, op. cit., 2002, p. 158-159.

3.3 Desdobramentos da proporcionalidade

A doutrina alemã, num esforço de reduzir a carga de subjetividade na determinação do conteúdo da proporcionalidade, assevera que esta se desmembra em três elementos. São eles: a) a necessidade; b) a adequação (possibilidades reais);[81] e c) a proporcionalidade em sentido estrito (possibilidades jurídicas).[82]

Antes de apreciar cada um dos desmembramentos, convém questionar, de imediato, o seguinte: qual a natureza jurídica de tais elementos? Caso se compreenda a proporcionalidade como princípio, estes serão entendidos como subprincípios.[83] Todavia, se entendida a proporcionalidade como postulado, tais elementos seriam compreendidos como subpostulados.[84] Contudo, conforme destacamos linhas acima, Eros Roberto Grau parece oscilar quanto à natureza jurídica de tais elementos, pois num primeiro momento se refere aos mesmos como subpostulados, mas, no momento seguinte, consigna que os mesmos seriam *regras*.[85]

Caso os desdobramentos da proporcionalidade sejam compreendidos como regra, estabelece-se um paradoxo, vez que como pode um postulado, ou seja, uma metanorma, ser construído a partir de uma norma, no caso, tais regras? Por outro lado, a intelecção que compreenda os mesmos como regra, permite uma melhor compreensão existencial da proporcionalidade na singularidade do caso concreto,

81. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal* – Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 27.

82. ÁVILA, Humberto, op.cit, p. 108.

83. Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 360-361; bem como: CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 264-265.

84. Nesse sentido: ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 108-117; bem como, em certa medida: GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 184.

85. A propósito, devem ser destacadas as palavras de Eros Roberto Grau: "não são ponderados em relação a algo diferente; não se passa que algumas vezes tenham procedência, outras não; o que se pergunta é se essas exigências são satisfeitas ou não e se sua não-satisfação traz como conseqüência a ilegalidade; daí por que essas três exigências, nas quais se desdobra a proporcionalidade em sentido amplo, são classificadas como *regras*" (op. cit., p. 184).

vez que a regra, enquanto norma que é, é fruto da interpretação, ou seja, é decorrência do ato de interpretação, enquanto combinação do texto com o fato.

Por tudo quanto exposto, a melhor interpretação acerca dos desdobramentos da proporcionalidade parece ser, a nosso ver, a que indica a natureza de subpostulado, quer em razão da unidade, quer em razão da natureza de *metanorma.*

Quanto à adequação ou conformidade, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, tal subpostulado exige que o meio adotado para "a realização do interesse público deve ser *apropriado* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes".[86] Logo, a exigência de adequação pressupõe a averiguação e a prova de que o ato do poder público é ato para e adequado aos objetivos justificativos de sua implementação. Trata-se, por conseguinte, de fiscalizar o vínculo de conformidade entre caminho e destino, ou seja, entre instrumento e meta.

Convém, ainda, pôr em relevo que a adequação, consoante Ávila,[87] deve responder a três indagações básicas. São elas: a) O que significa um meio ser adequado à realização de um fim? b) Como deve ser analisada a relação de adequação? c) Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?

Desta forma, ao se enfrentar a primeira pergunta, constata-se, inicialmente, que há três aspectos no que concerne às espécies de relações existentes entre os vários meios disponíveis e o fim. São eles: a) quantitativo (intensidade); b) qualitativo (qualidade); c) probabilístico (certeza). Nesse sentido, é possível conceber quanto ao aspecto quantitativo, um meio que promova menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Por sua vez, acerca do aspecto qualitativo, pode-se pensar em um meio que promova pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E, por fim, quanto ao aspecto probabilístico, pode-se admitir um meio que promova com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio. Logo, é

86. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 264.
87. Op. cit. p. 108-113.

possível afirmar que o cotejamento entre os meios não é tarefa fácil, vez que nem sempre se mantém em um mesmo nível.[88]

Ao se tentar responder a segunda inquirição formulada acima, percebe-se que a adequação pode ser examinada em três dimensões, a saber: a) abstração-concretude; b) generalidade-particularidade; c) antecedência-posteridade.[89]

A dimensão da abstração-concretude impõe a implementação de uma medida que seja abstratamente adequada para promover o fim. A medida estará em conformidade se o objetivo for possivelmente realizado com a sua adoção. Se a meta for, de fato, alcançada, é irrelevante. Ademais, esta dimensão pode exigir utilização de uma providência que seja empiricamente adequada para atingir a finalidade. Neste caso, a medida será adequada somente se o fim for efetivamente realizado no caso concreto.[90]

Por sua vez, a dimensão generalidade-particularidade exige quer a adoção de uma medida que seja geralmente (maioria dos casos) adequada para promover o fim, quer a implementação de uma providência individualmente adequada para fomentar o fim.[91] Já a dimensão de antecedência-posteridade requer tanto a adoção da providência pertinente no instante em que foi empregada quanto a implementação de uma medida que seja adequada no momento em que ela vai ser julgada. Seja qual for a dimensão que venha a ser tomada como referência, o certo é que a regra basilar para adoção da medida adequada é ter em conta a predominância do valor heurístico do ato de interpretação, ou seja, que uma interpretação é uma hipótese transitória de trabalho, vez que sempre admite a reconstrução do conteúdo normativo.[92]

88. Idem, ibidem.
89. Idem, ibidem.
90. Cf. ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 110.
91. Idem, ibidem.
92. Idem, p. 111.

Quanto à terceira pergunta, a sua resposta passa pelo exame de dois sistemas de controle. São eles: a) controle forte e b) controle fraco. O sistema de controle forte impõe como conseqüência que qualquer evidência de que o meio não promove a realização do fim é satisfatória para declarar a nulidade do ato do Poder Público, ao passo que num sistema de controle fraco, somente uma demonstração objetiva, evidente e fundamentada implica na declaração de invalidade do ato jurídico.[93]

No que tange ao subpostulado da necessidade, o qual também é denominado como exigibilidade, ou, ainda, como "menor interferência possível", coloca em destaque a idéia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível.*[94] Desta forma, impor-se-ia, em regra, a demonstração de que, para o alcance de determinados objetivos, não era, ao tempo do fato, adotar outro meio menos gravoso ao cidadão. Em atenção ao caráter relativo e flexível de qualquer regra ou princípio, Canotilho agrega outros "elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) *exigibilidade material*, pois o meio deve ser o mais 'poupado' possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados".[95]

Ponha-se em destaque, a partir das considerações acima realizadas, a seguinte observação: o subpostulado da necessidade[96] não coloca em crise, em regra, a adoção da medida em si (*necessidade absoluta*), mas sim a *necessidade relativa*, explicando melhor, se o magistrado, a autoridade administrativa ou o legislador

93. Idem, p. 112.

94. CANOTILHO, J. J. Gomes, op.cit. p. 264.

95. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 265.

96. Convém destacar, com espeque na lição de Ávila, que a necessidade requer dois exames, são eles: a) o exame da igualdade de adequação dos meios e b) o exame do meio menos restritivo. Cf. ÁVILA, Humberto, op.cit., p. 114.

poderia, em tese, ter adotado outro meio com igual eficiência, mas que implicasse em menor restrição aos direitos e garantias dos cidadãos envolvidos.

No que concerne ao subpostulado da proporcionalidade em sentido estrito,[97] este é uma exigência de proporção, exigência esta que deve ser imposta após a apreciação da adequação e da necessidade da medida analisada. Dito em palavras mais claras, este é o esforço para a obtenção da *justa medida*, a qual é, em verdade, o sopesamento entre as desvantagens dos meios e as vantagens dos fins.

Portanto, antes do exame da proporcionalidade em sentido estrito não se pondera casuisticamente os bens jurídicos envolvidos, em verdade, aprecia-se apenas os meios e os fins, quer quanto à sua relação de adequação, quer quanto à sua vinculação necessária.

Tecidas tais considerações, adentrar-se-á, no passo seguinte, na questão relativa às áreas de aplicabilidade e a proibição por defeito.

3.4 Áreas de aplicabilidade e a "proibição por defeito"

A área de atuação mais relevante do postulado da proporcionalidade é a referente à restrição dos direitos, liberdades e garantias por atos dos poderes públicos. Nesse sentido, então, convém deixar claro que, como espeque na lição de Konrad Hesse,[98] a proporcionalidade pressupõe mitigação dos direitos envolvidos, de sorte a permitir a convivência entre estes dentro do ordenamento jurídico. Entrementes, a esfera de atuação da proporcionalidade é extensiva ao conflito de bens jurídicos de qualquer espécie. Nesse sentido, conforme a intelecção de Canotilho,[99] é compreensível lançar mão de tal postulado na relação entre

97. Tal subpostulado requer uma avaliação fortemente subjetiva.
98. Op. cit., p. 262-264.
99. Op. cit., p.266.

pena e culpa no direito criminal.[100] É possível, ainda, o recurso ao postulado nas seguintes hipóteses: a) direito às prestações; b) nos atos de decisão do magistrado; c) nos atos do legislador durante o processo legislativo; d) nos atos da autoridade administrativa, notadamente, quanto aos atos discricionários.

Por outro lado, quanto à questão da "proibição por defeito", esta coloca em evidência, quando da apreciação da proporcionalidade, que o postulado não exige apenas a proibição do excesso, mas a exigência da proibição do defeito, ou seja, que a medida além de não ser excessiva não pode ser defeituosa. Haverá um defeito de proteção, conforme Canotilho,[101] quando as instituições incumbidas do dever de proteção se utilizam de medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Portanto, a proibição implica no dever de proteção e este, por sua vez, exige que medidas suficientes, quer de natureza normativa, quer de cunho material, sejam adotadas com o escopo de proporcionar a proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais.

Tecidas tais considerações, passa-se à análise das repercussões que o postulado da proporcionalidade engendra quer junto às Ciências Criminais.

4. Repercussões na ciência criminal

Após analisar o postulado da proporcionalidade,[102] cabe, agora, examinar as repercussões que este suscita nas Ciências Criminais. Pela expressão Ciência Criminal, entende-se o ramo das ciências jurídicas e sociais que se dedica ao estudo do fenômeno do crime em suas mais variadas expressões, englobando, desta forma, a política criminal, o direito penal, o direito processual penal e a criminologia.

100. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal* – parte geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2004a. p. 64-66, t. 1.

101. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 267.

102. A proporcionalidade, sendo admitida como princípio, quando analisada na seara penal é concebida como corolário dos princípios da legalidade e da retributividade.

Dito isto, convém destacar que o postulado da proporcionalidade apresenta suas repercussões sobre as ciências criminais, recaindo, notadamente, sobre os seguintes representantes do Estado: a) o legislador; b) o juiz do processo de conhecimento; c) o juiz do processo de execução da pena; d) a autoridade administrativa vinculada ao Poder Executivo, durante o curso da execução da pena, ou seja, em regra geral, o diretor do estabelecimento.[103]

Assim sendo, quanto ao legislador, a proporcionalidade deve ser observada no que toca aos seguintes aspectos, a saber: a) proporcionalidade entre as condutas escolhidas para integrar o tipo penal; b) proporcionalidade entre a conduta descrita e a pena prevista em abstrato;[104] c) proporcionalidade entre as penas dos delitos que compõem o mesmo capítulo do código; d) proporcionalidade entre os bens jurídicos selecionados pelo legislador como dignos de tutela penal; e) proporcionalidade entre a reprimenda penal e as demais reprimendas estabelecidas pelos demais ramos do Direito; f) proporcionalidade entre as penas estabelecidas para os delitos previstos no código penal e as penas impostas aos delitos assemelhados previstos em lei especial; g) proporcionalidade entre as penas aplicáveis a diferentes espécies de delitos, como, por exemplo, entre os delitos de resultado e os de mera conduta; h) a falta de proporcionalidade com a manutenção das contravenções penais.

Quanto à proporcionalidade entre as condutas escolhidas para integrar o tipo penal, requer-se com esta que o legislador ao elaborar um tipo penal com mais

103. A proposta aqui elaborada acerca das repercussões da proporcionalidade se assemelha, mas não se iguala à proposta formulada por Luigi Ferrajoli. O professor da Universidade de Camerino decompõe a análise da proporcionalidade em três etapas: a) predeterminação, relacionada à formulação pelo legislador do tipo e da medida máxima e mínima de pena de cada tipo de delito; b) determinação, vinculada ao juiz da condenação no que toca à natureza e medida da pena para cada delito concreto; e c) pós-determinação, afeita ao juiz da execução, atinente à duração da pena efetivamente sofrida. Nossa proposta, se distinguir, em especial, quanto à amplitude, bem como no que concerne à autoridade administrativa vinculada ao Poder Executivo. Nesse sentido, consulte-se: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* – Teoria do garantismo penal. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouck, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes (Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b. p. 320.

104. SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p. 26-28.

de um núcleo verbal, respeite uma proporcionalidade entre as condutas descritas. Exemplo de afronta a tal diretriz no ordenamento jurídico pátrio é o art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06,[105] que prevê o crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Tal artigo relaciona dezoito condutas, todas elas com potencialidade para serem tipificadas como tráfico ilícito de entorpecentes, estabelecendo-se para essas as mesmas penas mínima e máxima. Todavia, convém formular duas indagações: a) é proporcional equiparar as condutas de exportar e importar com a conduta de transportar[106] e rotular todas elas como tráfico ilícito de entorpecentes? b) é proporcional apenar com as mesmas penas mínima e máxima as duas condutas mencionadas?

Ao seu turno, no que concerne à proporcionalidade entre a conduta descrita e a pena prevista em abstrato,[107] [108] releva destacar que, com amparo na lição de Luigi Ferrajoli, a pena prevista em abstrato deve ser analisada sob dois aspectos. São eles: a) o da pena mínima e b) o da pena máxima. Sendo assim, quanto à pena mínima prevista em lei, opina o professor italiano que esta, no que toca à pena privativa de liberdade, e em respeito à proporcionalidade, deveria ser abolida, devendo ser confiada a tarefa de determinar a pena mínima ao poder eqüitativo do magistrado desde que esta seja abaixo da pena máxima prevista em lei, sem vincular esta a um limite mínimo ou a um limite mínimo bastante baixo. Ferrajoli

105. Nesse sentido, consulte-se a Lei 11.343, de 23.08.2006, em seu art. 33, *caput*, o qual assim dispõe: "Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa".

106. Em outras palavras, é proporcional equiparar o "mega-traficante" que exportar toneladas de droga ilícita através de portos e aeroportos com uma pessoa que transporta, por exemplo, quatro quilos de droga ilícita, no seu próprio estômago (a "mula"), correndo risco de morte?

107. Tal proporcionalidade deve ser aferida, em regra, a partir da ponderação entre ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado e culpabilidade do autor do fato.

108. Juarez Cirino dos Santos, a esse respeito, utiliza da expressão proporcionalidade abstrata, como forma de limitação da criminalização primária, obstáculo à criminalização das lesões insignificantes e delimitação da pena abstrato consoante a provável natureza e extensão do dano social produzido pelo crime. Cf., SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p. 28.

sufraga tal entendimento no que se refere especificamente à pena privativa de liberdade, pois lembra que é difícil medir o custo de tal pena tanto para o indivíduo quanto para a sociedade.[109] Por outro lado, no que tange à pena máxima em abstrato prevista pela lei, o professor da Universidade de Camerino propõe que o critério proporcional a ser utilizado seja o de que a "pena não deve superar a violência informal que na sua ausência sofreria o réu pela parte ofendida ou por outras forças mais ou menos organizadas".[110]

Com efeito, Ferrajoli ressalta, ainda, que tanto a pena de prisão perpétua quanto a pena pecuniária são, na sua própria essência, ofensivas à proporcionalidade e à igualdade material. Nesse sentido, o teórico do sistema garantista assevera que ambas as espécies de pena carecem de justificação externa, pois enquanto a prisão perpétua é desumana e não graduável equitativamente pelo juiz, a pena pecuniária macula a proporcionalidade por não existir qualquer proibição penal informada pelo princípio de economia ou de necessidade. Ademais, as duas penas também violam a isonomia material, vez que a prisão perpétua tem uma duração mais longa para os condenados mais jovens do que para os mais velhos, ao passo que a multa tem seu grau aflitivo agravado a depender do acúmulo de riquezas do réu.[111]

No que se refere à proporcionalidade entre as penas dos delitos que compõem o mesmo capítulo do código, ou mesmo, em sentido mais amplo, entre as penas dos delitos previstos na lei penal, esta tem por escopo "hierarquizar as lesões e estabelecer um grau de coerência mínima quanto à magnitude das penas vin-

109. Cf., FERRAJOLI, op. cit., 2002b, p. 321.

110. Luigi Ferrajoli sustenta que tal critério apresenta três vantagens. São elas: a) o cotejamento que com espeque nele se realiza se dá entre duas grandezas completamente homogêneas, já que ambas consistem em males e se referem à mesma pessoa, o réu; b) por ter como marco referencial o réu, tal critério não "coisifica" este, pois não o trata como um meio, mas como o próprio fim da medida; c) permite uma compensação entre males cominados e males prevenidos e uma correlação entre limite máximo e limite mínimo das penas. Idem,, 2002b, p. 322.

111. Idem, p. 323.

culadas a cada conflito criminalizado",[112] sendo repugnante, portanto, um código que estipule pena mais grave ao delito de roubo qualificado pelo resultado morte (CP, art. 157, § 3.º) que ao delito de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2.º).[113] Tal circunstância revela, a um só tempo, o quão nefasta é a opção do legislador em conferir maior proteção penal ao patrimônio do que à vida, bem como que setores da sociedade civil o legislador realmente representa. Convém indagar: dispositivos legais desta natureza possuem legitimidade e são frutos de uma democracia representativa, na qual o poder, supostamente, deve emanar do povo?

Nesse sentido, lembre-se, ainda, dois outros exemplos que igualmente ferem a proporcionalidade: a) a comparação entre os delitos previstos nos arts. 299 (falsificação ideológica) e 302 (falsidade de atestado médico) do Código Penal, os quais regulamentam a mesma espécie de conduta, qual seja, a falsificação ideológica de documento, mas estipulam penas abruptamente distintas entre si, o que acaba por conferir tratamento privilegiado à classe médica, vez que enquanto a pena prevista cominada para o crime de falsidade ideológica é de um a três anos de reclusão, a pena estipulada para o delito de falsidade de atestado médico é de um mês a um ano de detenção;[114] b) o cotejo entre os delito de furto simples (CP, art. 155, *caput*) e esbulho possessório (CP, art. 161, § 1.º, II). Nesse caso, apesar de o delito de furto ser praticado sem emprego de violência ou grave ameaça e recair sobre objeto móvel, logo, em regra, de menor valor econômico, este possui pena muito mais severa (um a quatro anos de reclusão e multa) do que o delito de esbulho possessório (pena de um a seis meses de detenção e multa), o qual, por sua vez, implica, necessariamente, no emprego de violência ou grave ameaça, e recai sobre

112. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio deJaneiro: Revan, 2003. v 1, p. 231.

113. Eugênio Raúl Zaffaroni denomina tal exigência como proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão. Op. cit., p. 230.

114. Idem, p. 231.

bem imóvel, em regra, mais valioso. Há como sustentar uma proporcionalidade entre tais delitos, apesar de constituírem o mesmo Título II do Código Penal?

É por conta de incoerências como estas que Zaffaroni assinala que "as teorias preventivas da pena induzem ao desconhecimento desse princípio, porque as agências políticas, invocando indemonstráveis efeitos preventivos, atribuem a si mesmas a faculdade de estabelecer penas de modo arbitrário, ignorando qualquer hierarquia dos bens jurídicos afetados. Esta é mais uma das formas que a falsa (ou não comprovada) idéia de bem jurídico tutelado ou protegido (baseada em qualquer teoria preventiva da pena) neutraliza o efeito limitativo ou regulador do conceito de bem jurídico afetado".[115]

Quanto à proporcionalidade entre os bens jurídicos selecionados pelo legislador como dignos de tutela penal e a proporcionalidade entre a reprimenda penal e as demais reprimendas estabelecidas pelos demais ramos do Direito, é de suma importância assinalar que a proporcionalidade na seara penal abarca, dentro de si, os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da adequação social, da insignificância, da humanidade e da ofensividade.[116]

Por seu turno, a proporcionalidade entre as penas estabelecidas para os delitos previstos no Código Penal e as penas impostas aos delitos assemelhados previstos em lei especial, determina que o legislador esteja vinculado à proporcionalidade, quer no que se refere à especificidade do bem jurídico tutelado ou da conduta incriminada pela lei penal especial, quer no que tange à cronologia entre as leis penais (geral e especial), em respeito ao contexto histórico em que cada uma delas foi confeccionada. Nesse sentido, um exemplo paradigmático de violação frontal à proporcionalidade é o tratamento conferido ao homicídio culposo pelo Código Penal (art. 121, § 3.º) (pena de um a três anos de detenção)

115. Idem, ibidem.

116. Nesse sentido: YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penale* – Su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002. p. 333.

e o atribuído pelo Código Nacional de Trânsito (art. 302) (pena de dois a quatro anos de detenção).

Quanto à proporcionalidade entre as penas aplicáveis a diferentes espécies de delitos, convém destacar que o legislador, ao formular os dispositivos legais, deve estar atento para tal circunstância, de sorte a evitar distorções, como, por exemplo, permitir que delitos de resultado sejam punidos mais brandamente que delitos de mera conduta[117] ou, ainda, que delitos de perigo abstrato sejam punidos mais severamente que delitos de lesão. Nesse sentido, como sustentar a proporcionalidade entre as penas cominadas pelo legislador aos delitos de aborto provocado pela gestante (CP, art. 124. Pena de um a três anos de detenção) e de perigo de contágio venéreo (CP, art. 130, § 1.º. Pena de um a quatro anos de reclusão e multa).

Ainda em respeito à proporcionalidade e aos princípios a ela vinculados – da subsidiariedade, da fragmentariedade, da adequação social, da insignificância, humanidade e da ofensividade – torna-se intolerável a manutenção no ordenamento jurídico das contravenções penais. A circunstância de o ordenamento rotular tais condutas como contravenções, já revela que essas não devem ser objetos de tutela penal, vez que como representam a mínima ofensa ao bem jurídico tutelado, pela mesma circunstância estão destituídas da qualidade de *ultima ratio*. Ou seja, a tutela penal já não é mais subsidiária, mas primária.[118]

Por sua vez, quanto ao juiz do processo penal de conhecimento, a proporcionalidade estabelece a seguinte relação compulsória: a) proporcionalidade entre a pena aplicada e a conduta efetivamente praticada pelo autor do fato;[119] b) proporcionalidade entre as penas aplicadas em caso de concurso de agentes, de acordo com a medida de culpabilidade de cada um dos envolvidos; c) proporcionalidade entre os indícios de autoria e a materialidade do fato que podem ensejar o recebi-

117. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.193.

118. Cf. FERRAJOLI, op. cit., 2002b, p. 372-382.

119. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Pablo Rodrigo Alflen da Silva (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 300-302.

mento da denúncia ou queixa por parte do magistrado e as mazelas[120] e estigmas[121] decorrentes da circunstância de se sujeitar a um processo penal de conhecimento;[122] e) proporcionalidade entre a pena em abstrato cominada para o delito objeto do processo e o tempo de duração da prisão preventiva;[123] f) proporcionalidade entre a pena mínima em abstrato cominada e o tempo estimado para conclusão do processo[124] (tempo estimado para prolação da sentença);[125] g) proporcionalidade entre as provas produzidas em juízo pelas partes, tendo-se em conta o princípio do *in dubio pro reo*;[126] h) proporcionalidade entre os meios de prova previstos em lei;[127] i) proporcionalidade em caso de admissibilidade de prova ilícita no processo penal;[128] j) proporcionalidade entre o bem jurídico protegido e a prevenção geral positiva e negativa da pena;[129] l) proporcionalidade na aplicabilidade das medidas de segurança; m) proporcionalidade em casos de legítima defesa e de estado de necessidade exculpante; n) proporcionalidade na aferição dos riscos proibidos e permitidos quando da análise da imputação objetiva do resultado.

Acerca da proporcionalidade entre a pena aplicada e a conduta efetivamente praticada pelo autor do fato, convém assinalar, com espeque na lição de Winfried

120. DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

121. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal* – Introdução à sociologia do direito penal. Juarez Cirino dos Santos (Trad.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 52-61.

122. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2002b. p. 320-327.

123. BINDER, Alberto. *Introdução ao direito processual penal*. Fernando Zani (Trad.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.147-156.

124. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1, p. 135-184.

125. YACOBUCCI, Guillermo J., op. cit., p. 333-356.

126. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. 1. ed. de 1974. Coimbra: Coimbra Ed., 2004b. p.211-219.

127. CORDERO, Franco. *Procedimento penal*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 86-92.

128. BINDER, Alberto, op. cit., p. 131-134.

129. DIAS, Jorge Figueiredo, op. cit., 2004a.

Hassemer, que podem ser propostos os seguintes critérios: a) categoria do bem jurídico lesionado; b) intensidade da lesão ao bem jurídico; c) diferentes modos de cometer o fato; d) comportamento da vítima diante do ato; e) relação entre o autor e a vítima; f) graus de participação interna do autor na realização da conduta; e g) os efeitos que uma pena terá na vida futura do autor.[130] [131]

Insta, ainda, salientar que a apreciação da proporcionalidade na análise da culpabilidade do agente, demanda algumas recomendações. São elas: a) respeito à proporcionalidade[132] quando do exame das dirimentes de culpabilidade, ponderando quer entre as circunstâncias capazes, ou não, de excluir a consciência da ilicitude, quer entre os elementos capazes, ou não, de afastar a exigibilidade de conduta diversa; b) obediência ao princípio da co-culpabilidade, ponderando, quando da dosagem da pena, as ações ou omissões do Estado que concorreram para a prática do crime, seja como uma circunstância judicial, seja como uma circunstância atenuante genérica, com o escopo de neutralizar ou reduzir, a *posteriori*, a seletividade fundada em indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego e favelização, dentre outros; c) acatamento da proporcionalidade no que se refere à otimização do emprego da suspensão condicional da pena, das penas restritivas de direito, bem como na ampliação das hipóteses de regime aberto.[133]

Quanto à proporcionalidade entre as penas aplicadas em caso de concurso de agentes, de acordo com a medida de culpabilidade de cada um dos envolvidos,

130. Cf. HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 302.

131. Sobre o assunto consulte-se, ainda: FERRAJOLI, op. cit., 2002b, p. 324-326. Destaque-se, com espeque no referido autor, que o problema da determinação da pena pelo juiz identifica-se em grande parte com o problema dos espaços de discricionariedade atribuídos à função judicial. Por esta razão, a história de suas soluções está entrelaçada com o princípio da legalidade das penas.

132. Saliente-se que Zaffaroni, tratando sobre o tema, assevera que em respeito à proporcionalidade e aos princípios da humanidade e da culpabilidade é possível afirmar que "una pena puede no ser cruel en abstracto (...) pero resultar cruel en concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias". Consulte-se: ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2000. p.125.

133. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos, op.cit., p. 29.

releva notar, ainda com espeque na obra de Winfried Hassemer, que tal proporcionalidade é atinente ao plano de imputação da culpabilidade e determina que haja uma correlação entre a valoração dos graus de participação interna na prática do fato e a reação jurídico-penal da ação criminosa dos agentes.[134] Note-se que o dolo e a culpa, além de serem elementos do tipo subjetivo, constituem-se também em graus de mensurabilidade da participação interna e singular de cada um dos agentes.

Por sua vez, ao se mencionar a proporcionalidade entre os indícios de autoria e a materialidade do fato que podem ensejar o recebimento da denúncia ou queixa por parte do magistrado, e as mazelas[135] e estigmas[136] decorrentes da circunstância de se sujeitar alguém, presumivelmente inocente, a um processo penal de conhecimento,[137] quer-se com isso estabelecer, de imediato, que o ato do magistrado que recebe a denúncia ou queixa, também por força da proporcionalidade, não pode ser reputado com um despacho, mas sim como uma decisão judicial. Assim deve ser, pois, tomado tal ato como decisão interlocutória simples, a proporcionalidade poderá ser aferida em cada caso concreto a partir da combinação dos princípios do duplo grau de jurisdição, da motivação e da publicidade, vez que tal ato processual ficará sujeito a ser reformado pelo juízo de segundo grau, deverá ser devidamente fundamentado, jurídica e faticamente, bem como, em regra, este ficará sujeito à máxima publicidade (interna e externa à relação processual).

Com efeito, aferir a proporcionalidade neste momento do processo é potencializar, a um só tempo, os princípios da presunção da inocência do imputado, os princípios da ampla defesa,[138] bem como da celeridade e economia processuais,

134. HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 300.

135. DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit., 2006.

136. BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 52-61.

137. FERRAJOLI, Luigi, 2002b, p. 320-327.

138. Entendemos por ampla defesa a combinação dos seguintes elementos: a) defesa técnica; b) auto-defesa (direito à presença somada ao direito à audiência); c) direito a uma defesa eficiente; e d) adminissbilidade de prova ilícita em favor do acusado. Nesse sentido, consulte-se:

no que se refere ao Estado-Juiz e ao Estado-Administração. Portanto, apreciar a proporcionalidade nesta ocasião do processo é conferir eficiência à defesa preliminar ou defesa pré-processual. Não fosse isso por si só relevante, insta salientar que a proporcionalidade impõe, já nesta ocasião, uma ponderação entre os custos individuais e sociais da criminalização secundária decorrente da proposição de uma ação penal,[139] isto é, requer uma avaliação de *custo/benefício* entre os custos sociais envolvidos, quais sejam, os custos para o condenado, para a família do condenado e para a sociedade.[140]

Nesse sentido, tal relação de custo/benefício implica numa *troca jurídica* (troca-se a preservação do indivíduo, presumivelmente inocente, pela estigmatização decorrente da deflagração do processo), a qual acaba por se constituir num *investimento deficitário da comunidade*, vez que o Estado suporta um acréscimo de gastos em razão da propositura da ação penal, mas acaba por produzir um déficit, quer no que se refere à sociedade (maximizando a sensação de insegurança da população; deixando de aplicar a verba pública em setores como, por exemplo, educação e saúde, dentre outros; implicando num possível acréscimo de aumento na arrecadação de tributos), quer no que toca ao imputado, pois a criminalização secundária somente colabora para a estigmatização deste ou para o agravamento do conflito social representado pelo crime, nomeadamente, em situações como, por exemplo, aborto, uso de entorpecente, crimes patrimoniais, criminalidade de bagatela, crimes processados mediante ação penal privada ou ação penal pública

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 29-31.

139. Nesse sentido, merece transcrição a lição de Yacobucci, ao asseverar que a proporcionalidade "reclama entonces la existencia de una ley cuyas medidas restrictivas resulten adecuadas o idoneas para los fines pretendidos, sea necesarias de conformidad con los niveles de actuación pública dentro de la sociedad civil y resulten fruto de uma concreta ponderación de intereses públicos y provadaos prudencialmente armonizados". Cf. YACOBUCCI, Guilhermo J., op. cit., p. 343.

140. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p. 28.

condicionada,[141] crimes punidos com pena de detenção; crimes de menor potencial ofensivo.[142]

Ademais, a apreciação da proporcionalidade neste instante do processo viabiliza uma mitigação dos custos sociais para o imputado e sua família, decorrentes da criminalização secundária. Os benefícios propiciados pela apreciação da proporcionalidade avolumam-se mais ainda, caso seja considerada a circunstância de que, em regra, o imputado é pertencente às classes sociais inferiores, ou seja, de que a clientela preferencial do sistema penal é cuidadosamente selecionada através de estereótipos, preconceitos,[143] e todas as demais pré-compreensões dos agentes de controle social (notadamente, os agentes de polícia) no exercício de seu *micro-poder*,[144] o que acaba por dificultar, por exemplo, uma oportunidade no mercado de trabalho ao imputado.

No que concerne à proporcionalidade entre a pena em abstrato cominada para o delito objeto do processo e o tempo de duração da prisão preventiva, impõe-se considerar, com espeque na lição de Alberto Binder, que "a violência exercida como medida de coerção nunca pode ser maior que a violência que, eventualmente, se poderá exercer mediante a aplicação da pena, no caso de provar-se o delito em questão".[145] Tal assertiva ganha mais relevância, ainda, pois a prisão preventiva é uma prática habitual do Poder Judiciário Latino Americano e que é implementada com uma grande dose de conveniência e oportunidade (seletividade) a qual acaba por se constituir, na maior parte dos casos, em verdadeira antecipação da pena. A este fenômeno processual odioso e repugnante a doutrina atribui a denominação

141. Convém destacar que, a nosso ver, a única ação penal privada que possui guarida na Constituição é a ação penal privada subsidiária da pública, devendo as demais espécies de ação penal privada serem gradativamente eliminadas do sistema penal por meio da descriminalização das condutas a ela relacionadas.

142. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p. 29.

143. Idem, ibidem.

144. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

145. Cf., BINDER, Alberto, op. cit., p. 151.

de "presos sem condenação", os quais acabam por constituir grande parte do total de pessoas presas.[146] Disso resulta que em respeito à proporcionalidade entre a pena potencialmente aplicável e a prisão preventiva, esta última deve ser considerada inadmissível nos delitos cuja pena aplicável seja unicamente ou alternativamente a de multa, nas vicissitudes em que a suspensão condicional da pena seja admitida, nas hipóteses em que se admita a suspensão condicional do processo, bem como nos delitos cuja pena não exceda a quatro anos, situação na qual, em tese, atendidos os demais requisitos legais, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito.[147] Ou seja, pode-se falar, assim, numa proporcionalidade entre a pena em abstrato cominada e a prisão preventiva, principalmente, se se colocar em voga que muitos dos direitos previstos em lei para a pena, não se aplicam à prisão preventiva.

No que diz respeito especificamente à prisão preventiva impõe consignar, ainda que de passagem, que esta se encontra respaldada, além da proporcionalidade, nos seguintes princípios: a) da excepcionalidade da medida, b) da admissibilidade exclusiva em caso de perigo iminente de fuga; c) da necessidade de limitação do tempo de duração da medida; d) da exigência de se conferir um tratamento adequado a quem esteja preso preventivamente[148] (fala-se aqui do princípio da minimização da violência da prisão em paralelo ao princípio da humanidade da pena).[149]

146. Idem, p. 148.

147. Idem, p. 152.

148. Consulte-se: BINDER, Alberto, op. cit., p. 150-154, para maiores considerações sobre a prisão preventiva.

149. Releva notar que, a nosso ver, se o Estado-Juiz mantém preso preventivamente o imputado ou determina a prisão deste ao arrepio da proporcionalidade e dos demais princípios pertinentes à concessão e manutenção medida, razão assiste ao acusado, quer para impetração de *habeas corpus* com o escopo de que seja posto em liberdade imediatamente, quer para propositura de ação civil com o fim de resposabilizar civil e objetivamente o Estado, seja em razão de ação, seja por força de omissão.

Quanto à proporcionalidade entre a pena mínima em abstrato cominada e o tempo estimado para a conclusão do processo[150] (tempo estimado para a prolação da sentença),[151] cumpre salientar, de *per si*, que o só fato de sujeitar alguém a investigação implica uma série de conseqüências negativas, vez que o processo penal traz consigo o sinal da peste, além de propiciar incertezas, angústias e inquietações ao acusado. Nesse sentido, os princípios da dignidade da pessoa humana, da celeridade e da economia processual, além da preclusão, podem ser compreendidos como estratégias de performance da proporcionalidade no presente caso. Sendo assim, com espeque na lição de Yacobucci, propõe-se como critérios gerais de aferição da proporcionalidade do tempo de duração do processo os seguintes: a) complexidade do litígio; b) a margem ordinária de duração dos conflitos equivalentes; c) conduta do acusado durante o curso do processo; d) conduta das autoridades envolvidas; e) conduta da suposta vítima durante o trâmite do processo e o interesse desta na decisão da demanda.[152]

Ademais, ao se consignar aqui a proposta de se vislumbrar uma proporcionalidade entre a pena mínima em abstrato cominada ao delito e o tempo de duração do mesmo, faz-se não desautorizando os critérios anteriormente esposados, mas se oferecendo como marco temporal básico de duração do processo. Não se tomou aqui a pena máxima em abstrato cominada ao delito como referência, pois, a nosso ver, a pena mínima em abstrato reflete maior respeito ao princípio da presunção de inocência, vez que se o acusado é presumivelmente inocente até o trânsito em julgado da sentença, não é proporcional que o mesmo seja exposto a um processo penal por um longo tempo de duração como o é a pena máxima. Por conseguinte, atende melhor a proporcionalidade e o princípio da presunção de inocência o processo que tenha, como regra geral, para o seu prazo de duração a pena mínima

150. LOPES JR., Aury, op. cit., p. 135-184.
151. YACOBUCCI, Guilhermo J., op. cit., p. 333-356.
152. Idem, p. 355.

em abstrato, pois se o acusado é presumivelmente inocente este não pode ficar sujeito a um processo que lhe puna mais do que a pena lhe puniria ao final, em outras palavras, não pode ficar sujeito a um processo que dure mais do que a pena que, em tese, a ele se poderia aplicar caso se trate de réu primário e portador de bons antecedentes. Tal construção intelectiva apresenta as seguintes vantagens quando comparada com uma proposta vinculada à pena máxima em abstrato ou à prescrição estipulada de acordo esta última: a) a prescrição como instituto decorrente do princípio da legalidade, bem como garantia do acusado frente ao Estado, deve ser interpretada em favor do acusado, logo, sendo o prazo de prescrição maior do que o prazo da pena mínima em abstrato, esta última deve prevalecer, pois de outro modo estaria desvirtuando a finalidade a que se dirige o instituto da prescrição; e b) a pena máxima em abstrato e o prazo de prescrição, a nosso ver, não conferem a máxima eficiência ao princípio da presunção de inocência.

Por fim, ainda sobre a proporcionalidade do tempo de duração do processo, insta consignar, com amparo na obra de Yacobucci, que se o acusado sofreu um mal com a excessiva duração do processo, este deve ser computado na pena.[153] Em outros termos, se o processo durou além da pena mínima em abstrato, o prazo que exceder a esta, em caso de condenação do acusado, deve ser abatido no tempo de cumprimento de pena. Propõe-se, aqui, então, uma *detração processual da pena*.

No que tange à proporcionalidade entre as provas produzidas em juízo pelas partes, tendo-se em conta o princípio do *in dubio pro reo*,[154] cumpre destacar que, em combinação com o princípio da livre apreciação das provas, o magistrado deve absolver o acusado em caso de insuficiência de prova, ou quando as provas produzidas pela parte autora não suplantem as provas produzidas pelo acusado, ou, ainda, quando as provas produzidas pela parte autora não forem suficientes para construir a certeza da condenação e destruir a dúvida. Entende-se por dú-

153. Cf. YACOBUCCI, Guilhermo J., op. cit. p. 355.
154. DIAS, Jorge Figueiredo, op. cit., 2004a, p.211-219.

vida o estado de possibilidade quanto à formação do juízo de convencimento do magistrado.

No que concerne à proporcionalidade entre os meios de prova previstos em lei,[155] quer-se consignar com tal circunstância que nem todos os meios de prova podem ser utilizados pela parte autora nem tampouco utilizados pelo magistrado para formação do juízo de culpa. Nesse sentido, são dados como exemplos o interrogatório e a reconstituição do delito. Quanto à reconstituição do delito, esta não deve ser implementada nos autos do processo, em respeito à proporcionalidade entre os meios de prova, quer em razão do direito ao silêncio do acusado, quer por força dos outros meios de prova dos quais pode se valer o autor da ação penal. No que toca ao interrogatório, este não pode ser utilizado em prejuízo do acusado, em atenção à proporcionalidade entre os meios de prova, quer por força do direito do acusado ao silêncio, quer por conta deste se tratar de um meio de autodefesa do acusado, durante o qual o mesmo exercita o seu direito à audiência com aquele que irá julgá-lo.

Quanto à proporcionalidade em caso de admissibilidade de prova ilícita no processo penal,[156] convém destacar que estas só podem ser admitidas em benefício do réu.[157] Isto é, não se deve tolerar o uso de prova ilícita em desfavor do acusado pelas seguintes razões, a saber: a) torna-se estímulo à prática de tortura pelos agentes do Estado; b) trata-se de interpretação tendente a minimizar ou abolir a eficiência de garantia constitucional com natureza de cláusula pétrea;[158]

155. CORDERO, Franco, op. cit., p. 86-92.

156. BINDER, Alberto, op. cit., p. 131-134.

157. Saliente-se que quando se admite a prova ilícita em benefício do réu, acaba-se por duplicar o potencial garantidor do texto constitucional, vez que se soma a uma garantia constitucional entendida em seu sentido positivo (*in dubio pro reo*), uma outra garantia constitucional tomada em seu sentido negativo (inadmissibilidade de prova ilícita).

158. Note-se que a natureza de cláusula pétrea conferida aos incisos do art. 5.º da CF/88, veda não apenas emenda constitucional tendente a restringir ou abolir garantia constitucional, bem como interpretação inclinada ao mesmo fim.

c) trata-se de caso de aplicabilidade imediata do princípio do *in dubio pro reo*; e d) trata-se de violação do princípio da ampla defesa.

No que diz respeito à proporcionalidade na aplicabilidade das medidas de segurança, esta requer que a medida de segurança não possa durar por tempo indeterminado, ou seja, que esta não se assemelhe à pena de prisão perpétua, portanto, que não macule, simultaneamente, o princípio da humanidade. Sendo assim, propõe-se como tempo de duração máxima da medida de segurança a pena máxima em abstrato que é prevista para o crime em questão.

Por fim, mas não menos importante, destaque-se, ainda, que a proporcionalidade entre o bem jurídico protegido e a prevenção geral positiva e negativa da pena,[159] a proporcionalidade nos casos de legítima defesa e de estado de necessidade exculpante e a proporcionalidade na aferição dos riscos proibidos e permitidos quando da análise da imputação objetiva do resultado.

No que toca ao juiz da execução penal, a proporcionalidade requer a sua obediência nas seguintes hipóteses: a) proporcionalidade para efeito de progressão de regime; b) proporcionalidade para efeito de livramento condicional; c) proporcionalidade para efeito de concessão de indulto ou graça; d) proporcionalidade em caso de aplicabilidade de sanções no curso da pena; e) proporcionalidade em caso de eventual perda do tempo remido em razão de prática de falta grave; f) proporcionalidade entre o porte físico do condenado e a atividade laboral que este venha a desempenhar no curso da pena; g) proporcionalidade entre a falta grave cometida e o tempo de duração em regime disciplinar diferenciado; h) proporcionalidade entre os deveres impostos e os direitos concedidos ao condenado; i) proporcionalidade concreta entre os custos individuais e sociais da criminalização secundária.

Ante o exposto, passemos às conclusões do presente trabalho.

159. DIAS, Jorge Figueiredo, op. cit., 2004a, passim.

5. Conclusões

O presente trabalho tem por fim, portanto, sistematizar algumas das principais repercussões que a proporcionalidade causa nas Ciências Criminais. Foi com tal escopo em mira que se fez uma análise das regras e dos princípios, como também dos valores, para que fosse possível, a seguir, examinar os postulados e, mais detidamente, a proporcionalidade.

Desta forma, o presente trabalho apresenta as seguintes conclusões: a) há três espécies normativas: princípios, regras e postulados. Diferenciam-se, sobretudo, pela sua estrutura; b) os princípios são menos descritivos, mais abrangentes, de maior carga axiológica, caracterizando-se como mandados de otimização do sistema. Eles apontam, em seu conseqüente normativo, para as diretrizes que o sistema deve seguir; c) as regras são mais descritivas, menos abrangentes, de menor carga axiológica, trazendo, em seu conseqüente normativo, obrigações, permissões e proibições, atingindo frontalmente os comportamentos; d) os postulados são *metanormas*; e) a proporcionalidade é um postulado específico; f) as ciências criminais estão marcadas em diversos pontos por repercussões da proporcionalidade.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Luís Afonso Heck (Trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal* – Introdução à sociologia do direito penal. Juarez Cirino dos Santos (Trad.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BINDER, Alberto. *Introdução ao direito processual penal*. Fernando Zani (Trad.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje.* 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CORDERO, Franco. *Procedimento penal.* Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal.* Parte geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2004a. t. I.

_____. *Direito processual penal.* 1. ed. de 1974. Coimbra: Coimbra Ed., 2004b.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia.* Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Jéferson Luiz Camargo (Trad.). 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto. *Interpretação e superintepretação.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno* – Nascimento e crise do Estado Nacional. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

_____. *Direito e razão* – Teoria do garantismo penal. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouck, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes (Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder.* Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro* – Estudos de teoria política. 2. ed. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota (Trad.). São Paulo: Loyola, 2004.

_____. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. 2. ed. Flávio Beno Siebeneichler (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Pablo Rodrigo Alflen da Silva (Trad.). Porto Alegra: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HESPANHA, António Manuel. *O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Luís Afonso Heck (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. José Lamêgo (Trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. v. 1.

LYOTARD, Jean-François. *A condição-pós moderna*. Wilmar do Valle Barbosa (Trad.). Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal* – parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales* – Su naturaleza y funciones en la argumentación penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2000.

_____; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: primeiro volume. 2. ed. Rio deJaneiro: Revan, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação José Joaquim Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

O arbítrio palavreado no processo penal. Breve ensaio sobre a pronúncia e o *in dubio pro societate*

Daniel Guimarães Zveibil
Mestre em Direito Processual Civil pela USP.
Defensor Público do Estado de São Paulo.

Resumo: A finalidade do presente artigo é discutir como a decisão de pronúncia deve funcionar no processo penal brasileiro, se houver o sincero propósito de cumprir o devido processo legal constitucional. Nessa situação, o início de nosso estudo tenta compreender o sentido clássico do devido processo legal, e tal sentido é nossa principal referência além dos textos dos arts. 413 e 414 do CPP.

Palavras-chave: Devido processo legal – Decisão interlocutória de pronúncia – *In dubio pro societate* – Finalidade do processo penal – Função da pronúncia – Amor.

Abstract: The purpose of the present article is to discuss how the decision of indictment should work in the Brazilian Criminal Procedure if there was a true intention to observe the constitutional due process of law. Therefore, the beginning of our study seeks to understand the classical sense of due process of law. This is our main guide as well as provisions 413 and 414 of the Brazilian Criminal Procedure Code.

Keywords: Due process of law – Decision of indictment – *In dubio pro societate* – Aim of criminal procedure – Role of indictment – Charity.

Sumário: 1. Renovação do tema – 2. Sentido clássico do devido processo legal – 3. Inexorável finalidade constitucional do processo penal – 4. Incompatibilidade entre a finalidade constitucional do processo penal e o adágio *in dubio pro societate* – 5. Incompatibilidade entre a finalidade constitucional do processo penal e a pronúncia fundada exclusivamente em elementos informativos de inquérito policial – 6. Função da pronúncia quando alinhada à inexorável finalidade constitucional do processo penal – 7. Arbítrio palavreado ou substituição da ciência pela retórica – 8. Depuração do espírito e depuração do direito – 9. Direito e amor – 10. Bibliografia.

Área do direito: Penal-Processo Penal

1. Renovação do tema

Há mais de cem anos, em oração perante o Supremo Tribunal Federal, Ruy Barbosa denunciou o espírito nacional lamentando que fôssemos retóricos – no sentido pejorativo do termo – no lugar de juristas, a ponto do regime brasileiro, a seu ver, constituir-se em *arbítrio palavreado.*[1] E é curioso como certos vícios persistem no espírito de toda uma nação ao longo de décadas, quando não séculos.

A prática do processo penal brasileiro, por exemplo, bem reflete o persistente discurso arbitrário, vez que não faltam os abusos de argumentação à dano de direitos e garantias fundamentais prescritos na Constituição. Agrava-se esse fato

1. "Oxalá fôssemos uma nação de juristas. Mas o que somos, é uma nação de retóricos. Os nossos governos vivem a envolver num tecido de palavras os seus abusos, porque as maiores enormidades oficiais têm a certeza de iludir, se forem lustrosamente fraseadas. O arbítrio palavreado, eis o regímen brasileiro" (BARBOSA, Rui. Juristas e Retóricos. *Antologia.* Seleção, prefácio e notas de Luís Viana. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1953, p. 109. O discurso completo está disponível em: BARBOSA, Rui. Oração perante o Supremo Tribunal Federal em 23.04.1892. *Obras completas de Rui Barbosa.* v. 19 (1892), t. III, Trabalhos jurídicos – Estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956, p. 92).

sobretudo em relação aos mais miseráveis, vítimas de uma justiça penal que mais se assemelha a uma máquina de moer carne dos desprovidos-de-tudo, como se fosse lícito impingir-lhes toda a culpa pelas sérias enfermidades morais e sociais a que nos submetemos pela nossa própria ignorância, e não fossem muitos deles, em verdade, as maiores vítimas por sofrerem toda espécie de violência desde a infância.

Pois bem, o adágio *in dubio pro societate* é um desses abusos de argumentação colocado a serviço de fingido processo penal constitucional, oferecendo sustentação para pronúncias descabidas e lançando inúmeros cidadãos, mormente os desprovidos-de-tudo, aos azares do julgamento no Júri sem que o mereçam.

Sabemos, no entanto, que não é a primeira vez que se critica aludido adágio; ao contrário, há copiosa doutrina com argumentos perspicazes dirigidos contra o *in dubio pro societate*.[2] Muito embora, é verdade, a jurisprudência brasileira beira a unanimidade ao aceitá-lo como se regra jurídica válida fosse e naturalmente oposta ao *in dubio pro reo*, valendo-se do *in dubio pro societate* para legitimar decisões de pronúncia muitas vezes injustificadas.

Seja como for, um dos escritos mais cultos e consistentes que se levantou contra o *in dubio pro societate*, de autoria do saudoso ilustre Professor da FADUSP Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, manifestou publicamente sério apelo ao concluir seu artigo pela "imprescindibilidade de renovada reflexão sobre o tema".[3] Alguns anos depois, mesmo sem o brilho e a elevação do ilustre Professor, parece-nos possível renová-la se nos dedicarmos ao aprofundamento do estudo do tema interpretando os arts. 413 e 414 do CPP, que regulam a matéria, à luz do devido processo legal previsto na Constituição, e especialmente considerando a finalidade

2. Citados ao longo de nosso ensaio.

3. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Pronúncia e o *in dubio pro societate*. PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002 (Coleção Jus Aeternum, v. 4), p. 81.

constitucional do processo penal. Comecemos, portanto, verificando o sentido clássico do devido processo legal.

2. Sentido clássico do devido processo legal

Infelizmente, a importância que se dá no Brasil ao estudo do princípio constitucional do devido processo legal é inversamente proporcional à sua real e séria aplicação pelos Tribunais. Toneladas impressas de papel sobejam nas prateleiras de bibliotecas e livrarias, tratando e esmiuçando de forma belíssima sobre sua origem e desenvolvimento, enquanto no cotidiano dos Tribunais brasileiros é olvidado por inúmeros abusos perpetrados nas mais diversas searas jurídicas. E isto porque é princípio prescrito expressamente pela Constituição da República, que, a propósito, explicita-o nos seguintes termos: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".[4]

Costumamos dizer que a simples literalidade dos termos constitucionais denuncia claramente que o devido processo legal é uma regra processual voltada *para proteção do réu*, na medida em que é ele, mais do que ninguém, quem tem seu patrimônio, ou sua liberdade, ou sua vida sob a mira do Estado quando é levado a juízo. Sua origem histórica no mundo de língua inglesa revela-o, igualmente, como regra processual voltada para proteção do réu que, segundo Coke, só poderá ser privado daqueles bens "*by the due course and process of law*".[5]

4. CF/88, art. 5.º, LIV.

5. Raoul Berger, Professor da Harvard Law School, com uma série de valiosos subsídios esclarece que o sentido clássico da cláusula devido processo legal é processual e se volta à defesa do réu: "Our conceptions of due process are traceable to the twenty-ninth chapter of Magna Charta, which, roughly speaking, provided that no man should be deprieved of his life, liberty, or property, except by the judgement of his peers or the law of the land. Coke stated that 'by the law of the land' was meant 'by the due course and process of law'. (...) That the 'law of the land' was understood in Coke's sense is illustrated by Hamilton's 1787 statement. (...) It has been convincingly shown that due process was conceived in utterly procedural terms, specifically, that a defendant must be afforded an opportunity to answer by service of process in proper form, that is, in due course". (Cf., amplamente: BERGUER, Raoul. Due process law (Cap. 11).

Logo, originariamente o devido processo legal é uma regra de *proteção para o réu*, regra que impõe a seu favor o pleno conhecimento da acusação e a oportunidade de ser ouvido de maneira completa e eqüitativa, antes de o Estado decidir, processualmente, se a situação do réu deve ser alterada a pedido do autor ou mantida em favor do próprio réu.

3. Inexorável finalidade constitucional do processo penal

Em sendo assim, é natural que se indague: por qual motivo o devido processo legal, previsto na Constituição, manda o Estado assegurar que o réu tenha pleno

Government by judiciary – the transformation of the fourteenth amendment. Second edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1997 (originalmente publicado em 1977), p. 221-244). O grande Roscoe Pound, guiando-se pelo Segundo Instituto do juiz Coke, oferece-nos interpretação um pouco discrepante da de Berger, mas substancialmente a mesma: "[O Segundo Instituto de Coke] Considera a significação de 'lex terrae' 'lei da terra', mostrando que, desde os tempos de Eduardo III, a frase 'devido processo da lei' se empregava como lhe equivalendo. Em outras palavras, lei, nessa expressão, significa mais do que um conjunto de leis, e devido processo da lei encerrava muito mais do que simples significado processual. Como essas expressões entraram para a constituição americana pela mão de juristas que consideravam o Segundo Instituto como Bíblia jurídica, é conveniente lembrar esta exposição. Mais uma vez, revela o amplo princípio que serve de base ao dispositivo do esbulho. Não se pode privar ninguém da propriedade ou 'retirar-lhe o meio de subsistência' senão mediante processo legal de que tenha pleno conhecimento e no qual seja ouvido de maneira completa e eqüitativa" (POUND, Roscoe. *Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa (Instituição Brasileira de Difusão Cultural), 1965 (Biblioteca "Clássicos da Democracia", n. 29), cap. II (Era dos Tudors e dos Stuarts), p. 39). Burt Neuborne, Professor da Law School da New York University, ao fazer referência à forma menos controversa do "devido processo legal", que é a processual, ressalta elementos do devido processo legal que protegem a esfera do processado: "The due process clause of the Fourteenth Amendment has played three transforming roles in the evolution of American law. In its least controversial form, it extends the guarantee of procedural fairness enforceable against the federal government under the Fifth Amendment to actions of state and local governements. As the admnistrative state has evolved in the twentieth century, the promise of uniform procedural fairnees at every level of government has provided Americans with an important source of constitutional protection. Although the precise attributes of procedural due process vary with the setting, they include fair notice, an opportunity to be heard, a right to retained counsel, and access to a neutral arbiter" (NEUBORNE, Burt. An Overview of the Bill of Rights. *Fundamentals of american law*. New York University School of Law. Oxford University Press: Oxford, 1998, p. 116).

conhecimento da acusação e oportunidade de ser ouvido de maneira completa e eqüitativa, antes de submetê-lo à decisão do próprio Estado? É que no momento de o Estado decidir, processualmente, se a situação do réu deve ser alterada a pedido do autor ou mantida em favor do próprio réu, o Estado, acima de tudo, deve evitar erros. E no plano do processo penal esses possíveis erros vão desde a catastrófica condenação do inocente, até o erro de aplicar contra o verdadeiro culpado pena mais severa do que realmente mereceria.

Logo, a finalidade constitucional do processo penal jamais poderia ser o de simplesmente condenar, pois para que se atendesse a essa finalidade bastaria o velho *paredón*. Nada mais do que isso. O fim constitucional do processo penal, então, inexoravelmente – mas sem excluir a possibilidade de reparação do dano nascente na infração penal – só pode ser o de evitar a condenação do inocente, permitindo somente daquele que se revelar verdadeiramente culpado em função da prova produzida em contraditório, e na justa medida que mereça. Como conseqüência dessa conclusão, o devido processo legal no mundo do processo penal – ou se quisermos, o devido processo penal[6] – deve reunir o mínimo de atos e fases processuais que, devidamente encadeados, permita que se atinja aludida finalidade constitucional.

Professor Pitombo confirma-nos o raciocínio, na medida em que para ele, além de possibilitar reparação do dano nascente na infração penal, "o processo penal consiste em instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral, não de mera liberação da coação estatal, que se ostenta na pena ou na medida de segurança."[7] Frederico Marques, outro proeminente processualista,

6. A respeito do devido processo penal, cf.: SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, item "3.3", p. 45-47; TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: RT, 2002, item "12.6", p. 207-218.

7. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. A dignidade do processo penal de Canuto Mendes a Lauria Tucci (Prefácio). In: TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 08.

cogita de procedimento ideal "suficientemente enérgico para evitar a impunidade dos criminosos, e bastante dúctil para impedir a perseguição e condenação dos inocentes (...)".[8]

Em síntese, gostemos ou não, a inexorável finalidade constitucional do processo penal é a *tutela da liberdade.*

4. Incompatibilidade entre a finalidade constitucional do processo penal e o adágio in *dubio pro societate*

Em vista de tal finalidade, necessariamente devemos admitir a *premissa básica* (e óbvia) de que à sociedade não interessa nem condenar o inocente, tampouco absolver o culpado – embora o primeiro erro, nas palavras de Roberto Lyra, seja mais grave.[9] Tal premissa é a razão de Piero Calamandrei, em clássicas páginas do direito processual nas quais terçou armas com Francesco Carnelutti, ressaltar que o interesse do Estado *na punição do culpado* contrapõe-se ao interesse, que também é do Estado, à tutela da liberdade individual.[10]

Logo, aludida premissa básica força-nos a uma séria conclusão.

Quando o Judiciário afasta condenação argumentando o adágio *in dubio pro reo*, em verdade também poderia argumentar que houve absolvição com base no *in dubio pro societate*, pois, segundo aludida premissa básica, a sociedade não possui interesse algum na condenação de inocente.

8. MARQUES, José Frederico. Do processo penal acusatório. *Estudos de direito processual penal.* Millennium: Campinas, 2001, p. 17.

9. LYRA, Roberto. *Direito penal normativo.* Rio de Janeiro: José Konfino, 1975, item "32", p. 63: "Não é absolvição do culpado, mas a condenação do inocente, que afeta os fundamentos do direito, desacredita a Justiça, alarma a sociedade, ameaça os indivíduos, sensibiliza a solidariedade humana."

10. "(...) Ciò è vero del pari nel processo penale, dove, di fronte all'interesse dello Stato alla *punizione del colpevole* [grifamos], sta l'interesse che é anche dello Stato, alla tutela della libertà individuale" (CALAMANDREI, Piero. Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Opere giuridiche.* v. 1. Morano Editore, cap. X, item "7", p. 213-214).

Como conseqüente, para quem julgue válidos referidos adágios, é totalmente falsa e absurda a idéia de que o *in dubio pro societate* seria regra oposta ao *in dubio pro reo*, e que, portanto, incidindo aquele adágio na fase de pronúncia do procedimento do Tribunal do Júri, se houver prova conflitante a respeito de autoria delitiva, mas que impeça futura condenação, a interpretação mais favorável à sociedade seria, supostamente, lançar o suspeito aos azares do julgamento no Júri. É bastante evidente, *data venia*, que essa interpretação não é a mais favorável à sociedade, pois se há prova conflitante quanto à autoria delitiva que mesmo conflitante não permita futuro juízo condenatório, abre-se possibilidade de erro judiciário da pior espécie: a condenação do inocente. Motivo pelo qual Evandro Lins e Silva é crítico severo do Judiciário brasileiro – entenda-se juízes togados – na hipótese de encarnar a postura de Pilatos, lavando as mãos ao pronunciar acusados sobre os quais penda dúvida quanto à autoria, co-autoria ou participação do delito.[11] Justa e precisa, portanto, a conclusão de ilustre Professor Livre-docente

11. "A nossa modesta opinião sempre foi, mesmo na vigência das Constituições anteriores à de 1988, a de que a dúvida sobre autoria, a co-autoria e a participação do delito, jamais pode levar alguém ao cárcere ou à ameaça da condenação por Júri de leigos, naturalmente influenciável por pressões da opinião pública e trazendo o aval de sentenças de pronúncia rotineiras. O juiz lava a mão como Pilatos e entrega o acusado (que ele não condenaria) aos azares de um julgamento no Júri, que não deveria ocorrer, pela razão muito simples de que o Tribunal de Jurados só tem competência para julgar os crimes contra a vida quando este existe, há prova de autoria ou participação do réu e não está demonstrada nenhuma excludente ou justificativa". Ainda sustentou: "Veja-se que o Código de Processo Penal só autoriza a pronúncia quando há indícios suficientes [art. 414, CPP]: o adjetivo não está aí colocado por mero capricho ou por enfeite de redação do legislador. Suficiente, segundo o Aurélio, é aquilo que satisfaz, que é bastante, apto ou capaz, no caso, de condenar. Em primoroso trabalho sobre o tema, José Roberto Antonini mostra, com clareza meridiana, que o 'in dubio pro societate' não passa de uma, 'frase de efeito sem laços de parentesco com o nosso sistema jurídico positivo" (*RT* 465)". E citando Frederico Marques, reforça mais sua lição (Encerramento da formação da culpa no processo penal, p. 129): "Para a pronúncia tem de ser certa a existência do crime e provável a autoria imputada ao réu. Se apenas, razoável a existência do crime, não pode haver pronúncia, e o mesmo se verifica quando tão só possível a autoria que ao denunciado é atribuída" (LINS E SILVA, Evandro. Sentença de pronúncia. *Grupo Brasileiro Associação Internacional de Direito Penal* – A.I.D.P.).

da PUC/SP, no sentido de que se a prova não serve à condenação, igualmente não serve à pronúncia.[12]

Assim, quem admite a validade das parêmias *in dubio pro reo* e *in dubio pro societate* e a suposta oposição entre elas, com a devida licença ignora a inexorável finalidade constitucional do processo penal – ou pelo menos nega-se, não sabemos o porquê, a colocá-la em prática. O que verdadeiramente é de se lamentar é o fato de que o grande arbítrio palavreado *in dubio pro societate*, ao contrário do que se pode pensar, não se trata de questiúncula acadêmica desprovida de efeito prático, mas pode decidir – e desastrosamente – o futuro de algum cidadão que não mereceria enfrentar os azares de um julgamento no Júri.

Seja como for, desse mal não padecemos, já que aderimos integralmente à segura e precisa argumentação que o Professor Pitombo dirige contra as falsas parêmias *in dubio pro reo* e *in dubio pro societate*.[13]

5. Incompatibilidade entre a finalidade constitucional do processo penal e a pronúncia fundada exclusivamente em elementos informativos de inquérito policial

Se bem compreendida a incompatibilidade entre a finalidade constitucional do processo penal e a parêmia *in dubio pro societate*, percebe-se o quão detestável

12. NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri* – princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, item "20.4.3", p. 94, grifado: "De que vale mandar a julgamento pelo tribunal popular alguém que não seja culpado ou contra quem não haja indícios razoáveis de autoria? Seria um passo certo para provocar uma eventual decisão condenatória do tribunal popular e, depois, em sede de apelação, mandar a novo júri, porque o veredicto foi manifestamente contrário à prova dos autos. Ou pior: seria o arremesso da eventual decisão condenatória do júri à sede da revisão criminal quando o tribunal togado iria absolver o réu porque o veredicto afrontou a evidência dos autos. (...) Ora, o controle judiciário deveria ser exercido com firmeza nessa fase. Se existem provas suficientes para condenar, o juiz envia o caso ao júri. Não havendo provas mínimas para sustentar uma condenação, por que mandar o réu a julgamento pelo tribunal popular? (...) quando a única prova existente não presta à condenação, não presta também para a pronúncia."

13. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Pronúncia e o in dubio pro societate..., cit., p. 55-81.

é a hipótese de decisão de pronúncia fundada exclusivamente em elementos de informação de inquérito policial – hipótese que na prática forense é mais comum do que se imagina.

O equívoco dessa espécie de decisão começa pelo fato de que um juízo de condenação somente pode se basear em *prova idônea*, e considerando – novamente – a inexorável finalidade constitucional do processo penal brasileiro, a idéia de prova idônea deve estar indissoluvelmente relacionada com a de *contraditório*, conforme já decidiu nossa Suprema Corte.[14] É que sendo o contraditório princípio constitucional conseqüente do *due process law* previsto na Constituição Federal,[15] é mister concluir, inelutavelmente, que os termos dos arts. 413 e 414 do CPP – *"existência de indícios suficientes de autoria ou de participação"* – só podem significar *elementos de prova submetidos ao fogo do contraditório*.[16] Admitir o contrário é o mesmo que anular qualquer serventia e eficácia ao mandamento constitucional do devido processo

14. Não foi por acaso que o legendário Decano do STF, Sepúlveda Pertence, apoiado em autorizada doutrina relacionou, de forma inequívoca, a idéia de *prova idônea* com a de *contraditório*: "Prova idônea é apenas, portanto, a obtida sob o fogo cruzado do contraditório ou, quando impossível esta produção contraditória originária, ao menos – e é o que sucede, por exemplo, nas perícias sobre vestígios passageiros do fato – quando posteriormente possam ser submetidas à crítica do contraditório das partes. Como acentua Magalhães Gomes Filho, na monografia preciosa que acaba de publicar – *O direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, p. 135 –, o contraditório não é uma qualidade acidental, mas constitui nota essencial do conceito mesmo do processo. Também é útil a seguinte citação dentro do tema 'prova idônea': Fernando de Almeida Pedroso, Prof. e ilustre Promotor de Justiça oficiante na cidade paulista de Taubaté, nessa mesmíssima linha admoesta que 'é necessário e imperioso, todavia, que a prova se produza sob o crivo do contraditório, alma e cerne do moderno processo penal. Como registrou Eduardo Couture, o processamento da prova nada mais é do que uma manifestação particular do contraditório. Como não se concebe processo sem debate, tampouco se poderia conceber que uma parte produzisse uma prova sem um rigoroso controle por parte do seu adversário'." (LEXSTF 312/387; *RT* 833/478; também disponível no sítio digital <www.stf.gov.br>: STF, HC 84.517, 1.ª T., Min. rel. Sepúlveda Pertence, j. 19.10.2004, *DJ* 19.11.2004, p. 29).

15. No Brasil, é a lição de NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999 (Coleção estudos de direito de processo de processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

16. E não havia razão alguma – a não ser má-vontade e preconceito contra os direitos constitucionais de defesa e da presunção de inocência – para negar este mesmíssimo raciocínio aos revogados termos do art. 408 do CPP – *"indícios de que o réu seja o seu autor"* – e do art. 409 – *"indício suficiente de que seja o réu o seu autor"*: seja pelos termos inequívocos dos revogados

legal, autorizando que se considere como prova idônea, absurdamente, o simples elemento de prova que não tenha sido submetido ao fogo do contraditório.

Infelizmente, porém, tal verdade constitucional permanece em águas turvas devido ao pouco amor que dedicamos à Constituição brasileira, e quem paga o altíssimo preço por esse pouco caso, além da própria sociedade, são os inúmeros acusados pronunciados com base exclusivamente em elementos informativos de inquérito policial, como se os termos "indícios suficientes" dos arts. 413 e 414 do CPP não exigissem o efetivo devido processo legal, e a Constituição fosse mero enfeite de belas estantes.

6. Função da pronúncia quando alinhada à inexorável finalidade constitucional do processo penal

É aí que nos vemos obrigados a indagar: qual seria a autêntica função da pronúncia, se pensada a partir da inexorável finalidade constitucional do processo penal?

Ora, quando o Judiciário pronuncia o acusado com base em prova conflitante de autoria porém que jamais autorizaria futuro juízo de condenação, no fundo, *nega a si próprio*, pois o sumário de culpa passa a ser mera formalidade burocrática que absorve inutilmente erário já escasso. Nada mais do que isso. É comum, até mesmo, devido a esse fato corriqueiro nos Tribunais, afirmar-se que a função da fase de pronúncia seria a de pura e simplesmente remeter o réu ao Júri. Nada mais errado.

Se considerarmos a finalidade constitucional do processo penal brasileiro,[17] a pronúncia *jamais* poderia ser encarada como mero ato de remeter o réu ao Júri. Muito ao contrário. Não é mera coincidência, a propósito, que há setenta anos

dispositivos, seja porque devemos interpretar os textos legais à luz da Constituição, e não o contrário como muitos costumam fazer por mera conveniência pessoal.

17. Cf. item n. 3.

– precisamente em 1938, em plena vigência do Estado Novo –, concorrendo à cátedra de Direito Judiciário Penal da FADUSP, Mestre Canuto Mendes de Almeida justificava a pronúncia, nos processos ordinários, como "cautela de justiça contra acusações infundadas."[18] E mais recentemente, outro ilustre processualista esclareceu que a pronúncia "atua como uma garantia da liberdade".[19] Ora, se a pronúncia realmente fosse inútil formalidade burocrática a dissipar em vão nosso erário, não exigiria sequer os requisitos de existência do crime e de indícios *suficientes* – atenção para o adjetivo – de autoria ou de participação (arts. 413 e 414, CPP).

É preciso, a propósito, que nosso venerável Supremo Tribunal Federal renove suas reflexões sobre pronúncia, pois, com a devida licença, não há coerência alguma em considerar insuficientes para juízo de condenação elementos informativos de inquérito policial – o que consideramos correto –, porém, de outro lado, admitir que eles sirvam à validade da pronúncia[20] – o que consideramos,

18. MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Ação penal (análises e confrontos).* São Paulo: RT, 1938, item "59" (Função da pronúncia), p. 100.

19. Ensina Vicente Greco Filho: "É comum dizer-se que a função da pronúncia é a de se remeter o réu a Júri. Mas rejeitamos, terminantemente, essa impostação. A função da fase de pronúncia é, exatamente, a contrária. Em outras palavras, a função do juiz togado, na fase de pronúncia, é a de evitar que alguém que não mereça ser condenado possa sê-lo em virtude do julgamento soberano, em decisão, quiçá, de vingança pessoal ou social. Ou seja, cabe ao juiz na fase de pronúncia excluir do julgamento popular aquele que não deva sofrer a repressão penal. (...) A pronúncia, portanto, atua como uma garantia da liberdade, evitando que alguém seja condenado e não o mereça" (GRECO FILHO, Vicente. Questões polêmicas sobre a pronúncia. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri:* estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: RT, 1999, p. 118-119).

20. "Ementa: I. Habeas corpus: cabimento para verificar a suficiência e a idoneidade da fundamentação de decisão judicial. II. Pronúncia: motivação suficiente: C. Pr. Penal, art. 408. 1. Conforme a jurisprudência do STF 'ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação'. (RE 287.658, 1ª T, j. 16.09.2003, Sepúlveda Pertence, *DJ* 10.03.2003). 2. O caso, porém, é de pronúncia, para a qual contenta-se o art. 408 C. Pr. Penal com a existência do crime 'e de indícios de que o réu seja o seu autor'. 3. *Aí – segundo o entendimento sedimentado -indícios de autoria não têm o sentido de prova indiciária – que pode bastar à condenação – mas, sim, de elementos bastantes a fundar suspeita contra o denunciado* [grifamos]. 4. Para esse fim de suportar a pronúncia – decisão de efeitos meramente processuais –, o testemunho no inquérito desmentido em juízo pode ser suficiente, sobretudo se a retratação é expressamente vinculada à acusação de tortura sofrida pelo declarante e não se

data venia, errado. A esse resultado somente é possível chegar se a pronúncia não for vista como *garantia da liberdade*, ademais da desnecessária confusão entre *suspeita* e *indício*.[21]

7. Arbítrio palavreado ou substituição da ciência pela retórica

Como quer que seja, mais inquietante do que a própria deturpação da função da pronúncia na prática forense penal brasileira, ou do quanto se ignora a inexorável finalidade constitucional do processo penal, é indagarmos: como é que conseguimos chegar a tal ponto? Como é possível encamparmos a destruição de garantia da liberdade, olvidando a elevadíssima função do processo penal no sistema brasileiro de garantias constitucionais?

O desmantelamento do processo penal brasileiro, assim como o do processo civil, em verdade, encontra parte de suas raízes mergulhadas não só no desconhecimento do direito e de outros objetos de estudo afins, porém, em boa medida, também na escassez de valores morais; sendo o orgulho, sempre ele, o implacável inimigo de todos nós, de toda humanidade, não havendo razão alguma para que ficássemos imunes a ele. Valha o importante relato do diplomata inglês James Henderson, viajante que esteve no Brasil entre 1819 e 1820, ao indicar que estávamos "mergulhados em grande ignorância e sua conseqüência natural: o orgulho."[22]

ofereceu sequer traço de plausibilidade da alegação: aí, a reinquirição da testemunha no plenário do Júri e outras provas que ali se produzam podem ser relevantes" (STF, HC 83.542/PE, 1.ª T., Min. rel. Sepúlveda Pertence, j. 09.03.2004, *DJ* 26.03.2004, p. 09).

21. Sobre tal confusão, cf.: PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Pronúncia e o *in dubio pro societate*..., cit., item "07" ("Confusão desnecessária entre suspeita e indício"), p. 67-70.

22. GOMES, Laurentino. *1808*: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. 7.ª reimp.. São Paulo: Planeta, cap. 21 (Os viajantes), p. 269: "O Brasil não é lugar de literatura (...) Na verdade, a sua total ausência é marcada pela proibição geral de livros e a falta dos mais elementares meios

Porque da mesma forma que nossos governos, segundo advertência de Ruy Barbosa, faziam – e em boa parte ainda fazem – do regime brasileiro o arbítrio palavreado, envolvendo num tecido de palavras os seus abusos, iludindo a todos com enormidades oficiais lustrosamente fraseadas, o mesmo é possível fazer nos âmbitos da prática judicial e do estudo do direito. Nesse sentido, Botelho de Mesquita, processualista de escol da FADUSP, não se cansa de denunciar essa prática admoestando-nos sobre a substituição da ciência pela retórica,[23] substituição essa que tem nos custado caríssimo, porquanto tem sido capaz de destruir tudo o que é penosamente construído com sacrifícios, muitas vezes, de povos e continentes inteiros.

8. Depuração do espírito e depuração do direito

Não nos parece, desta forma, que a efetiva tutela e o refinamento dos direitos e garantias fundamentais dependam unicamente da inteligência humana, pois ela guarda infinito potencial destrutivo quando desatrelada de qualquer valor fundado na solidariedade com o próximo. A depuração do direito passa, portanto, inevitavelmente, pela depuração do espírito humano. E temos, em verdade, a opção de perseguirmos essa depuração sem que necessariamente tenhamos de receber, previamente, alertas dolorosos em nosso cotidiano. Não é necessário, se quisermos, que qualquer circunstância tenebrosa nos atinja para que repensemos nossos caminhos e destinos. Existe a opção da transformação interna, dessa depuração, ser raciocinada, querida, conscientemente perseguida.

pelos quais seus habitantes possam tomar conhecimento do mundo e do que se passa nele. Os habitantes estão mergulhados em grande ignorância e sua conseqüência natural: o orgulho."

23. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Exposição introdutória. *Teses, estudos e pareceres de processo civil.* São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 18: "(...) Sovados [os problemas] pela evolução de nossa história política, econômica, e administrativa, metamorfoseiam-se, os não resolvidos, em outros problemas, alastrados para outras searas, resistentes às terapias anteriores, acabando por empurrar para longe as esperanças de solução a curto prazo. Daí a descrença na cultura jurídica, à substituição da ciência pela retórica, do universal pelo particular, da construção sistemática pelo empirismo imediatista, é um passo muito pequeno, e de preço muito alto."

E não há motivo para céticos duvidarem dessa postura generosa tornar-se maciça nas futuras gerações, só porque nas nossas atuais, em sua grande maioria, preferimos viver de ilusão. Basta notarmos que, certa vez, alguém se propôs a estudar a "pureza" do direito, ou melhor, uma "teoria pura" do direito que não olvidasse ou negasse a conexão do direito com objetos de outras ciências. Kelsen é considerado um dos maiores juristas do século XX. Sem dúvida, possui grandes méritos. No entanto, haverá o dia em que estudantes de direito, de todos os matizes, conscientemente esforçar-se-ão pela pureza de uma teoria do direito que nasça da pureza de seus próprios corações. Tal mudança de postura entre gerações, a nosso ver, é questão de tempo, porque será a diferença entre permanecer em sinistra escuridão própria das cavernas nas quais vivíamos milhares de anos atrás, ou libertar nosso pensamento colocando-o em fuga para suaves campos verdejantes forrados pela clara luz solar.

9. Direito e amor

Mas se há algo de que todos podemos nos vangloriar, a propósito, é sermos privilegiados pelas lições de inestimável valor de professor insuspeito, símbolo, que sempre procura em todas as tarefas de sua vida, com simplicidade, humildade e amor, honrar os mais altos fins da "disciplina da convivência". Não nos faltam advertências de Goffredo Telles Junior, em seus mais diversos escritos, do quanto o amor pelo próximo, ou o *primeiro mandamento*, é manancial necessário do direito legítimo.

Idéia que nos é suficiente para alumiar o espírito, pois nos indica que a luta contra o arbítrio palavreado atentatório dos direitos e garantias fundamentais, típico de culturas egoístas e autoritárias, deve ser orientada pelo *primeiro mandamento*, revigorando, aliás, conhecido dito "paulino" dirigido aos coríntios,[24] que nos mundos acadêmico e da prática judiciária é quase sempre abandonado às

24. Cor 13, 1-2.

traças. "In pride, in reas'ning pride, our error lies",[25] não por acaso cantou o maior poeta inglês do século XVIII. É erro mortal concluir que o aperfeiçoamento do direito dependa só dos exclusivamente cultos; sem qualquer intenção de diminuir seus méritos. Todavia, a nosso sentir a depuração contínua do direito depende, sobretudo, de almas sinceramente solidárias. Porque a essência do direito é servir ao ser humano, e não o tiranizar.

O direito é luz. Não trevas.

10. Bibliografia

BARBOSA, Rui. Juristas e Retóricos. *Antologia*. Seleção, prefácio e notas de Luís Viana. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1953.

_____. Oração perante o Supremo Tribunal Federal em 23 de abril de 1892. *Obras Completas de Rui Barbosa*, 1892, v. 4, t. III. Trabalhos jurídicos – Estado de sítio. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956.

BERGUER, Raoul. Due process law (cap. 11). *Government by Judiciary* – The transformation of the Fourteenth Amendment. Second edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1997 (originalmente publicado em 1977).

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Exposição introdutória. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005, v. 1.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Opere giuridiche*. Morano Editore, 1965, cap. X., v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. Questões polêmicas sobre a pronúncia. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do Júri*: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: RT, 1999.

25. Alexander Pope, *Essay on Man*, epístola I ("Of the nature and state of man with respect to the universe"), IV.

LINS E SILVA, Evandro. Sentença de pronúncia. *Boletim do IBCCrim*, v. 8, n. 100. São Paulo: IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, mar. 2001. Encarte da AIDP – Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/p_sentenca.htm>.

LYRA, Roberto. *Direito penal normativo*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

MARQUES, José Frederico. Do processo penal acusatório. *Estudos de direito processual penal*. Millennium: Campinas, 2001.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Ação penal* (análises e confrontos). São Paulo: RT, 1938.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5.ª ed. 2.ª tir. São Paulo: RT, 1999 (Coleção estudos de direito de processo de processo Enrico Tullio Liebman, v. 21).

NEUBORNE, Burt. An Overview of the Bill of Rights. *Fundamentals of American Law*. New York University School of Law. Oxford University Press: Oxford, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri* – princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. A dignidade do processo penal de Canuto Mendes a Lauria Tucci (Prefácio). In: TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Pronúncia e o *in dubio pro societate*. PIERANGELI, José Henrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002 (Coleção Jus Aeternum, v. 4).

POUND, Roscoe. *Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade*. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa (Instituição Brasileira de Difusão Cultural), 1965 (Biblioteca Clássicos da Democracia, n. 29).

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional.* 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *A folha dobrada*: lembranças de um estudante. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

_____. O primeiro mandamento (Estudo I). *Estudos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

_____. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Palavras do amigo aos estudantes de direito:* bosquejos extra-curriculares proferidos no escritório do Professor, em 2002. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: RT, 2002.

Crimes contra a administração pública: um estudo sobre a possibilidade da não propositura da ação penal face ao princípio da insignificância

Gisela Brum Isaacsson
Especialista em Direito Processual pela Universidade Católica de Pelotas. Procuradora do Município de Pelotas. Advogada.

Resumo: Tem predominado, na jurisprudência pátria, a inaplicabilidade do princípio da insignificância e, por conseguinte, a obrigatoriedade da propositura da ação penal nos delitos contra a Administração Pública. Prendem-se os Tribunais à idéia de que a ofensa à moralidade e probidade administrativa, nos crimes de peculato, escolhidos como delito-exemplo do presente trabalho, basta para que seja proposta a competente ação penal, independentemente do valor envolvido. Discute-se ser essa a melhor solução à luz de princípios constitucionais, penais e processuais vigentes.

Palavras-chave: Insignificância – Obrigatoriedade da ação penal – Peculato – Administração Pública.

Resumé: L'inapplication du principe de l'insignifiance prédomine dans notre jurisprudence et par conséquent l'obligation de proposer l'action pénale aux délits contre l'Administration Publique. Les Tribunaux défendront l'idée qui offense la moralité et a la probité administrative en ce qui concerne les crimes de péculat, choisis en tant que délit-exemple dans ce travail. Cette idée suffit à faire proposer l'action pénale, quelle que soit la valeur en question. On discute ici s'il s'agit de

la meilleure solution à la lumière des príncipes constitutionnels, pénaux et de la procéduraux en vigueur.

Mots-Cléf: Insignificance – L'obligation de proposer l'action pénale – Péculat – Administration publique.

"Toda pena, que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico."

Cesare Beccaria

Sumário: Introdução – 1. Bem juridicamente protegido: 1.1 Processo de escolha: 1.1.1 Teorias constitucionais amplas; 1.1.2 Teorias de fundamento constitucional restrito; 1.2 O bem jurídico: conceito, escolhas e função – 2. Dos princípios inicialmente envolvidos no tema: 2.1 Princípio da legalidade; 2.2 Princípio da ofensividade; 2.3 Princípio da insignificância – 3. Dos crimes contra a Administração: 3.1 Conceito de Administração Pública; 3.2 Diferenças entre o ilícito penal e ilícito administrativo; 3.3 Objeto jurídico – 4. Da ação penal pública: 4.1 Considerações iniciais; 4.2 Princípio da obrigatoriedade da ação penal; 4.3 Aspectos históricos: 4.3.1 Evolução a partir do Império; 4.3.2 Do Código de Processo Penal atual; 4.3.3 Tratamento na Constituição Federal de 1988; 4.4 Princípio da oportunidade regrada – 5. Dos crimes contra a Administração e a não propositura da ação penal face ao princípio da insignificância: 5.1 Primeiras colocações; 5.2 Do peculato; 5.3 Da jurisprudência; 5.4 Algumas críticas ao entendimento dominante; 5.5 Solução mais adequada – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

Área do direito: Penal-Processo penal; Administrativo

Introdução

O Direito Penal, tamanha sua invasividade na esfera particular do cidadão, deve ter sua atuação circunscrita a situações que não possam ser resolvidas por outros meios à disposição do Estado, ou seja, deve-se atentar ao princípio da necessidade, tendo em vista a sua utilidade social.

Pretende o presente estudo, utilizando-se do método da pesquisa bibliográfica, discutir a respeito da possibilidade do emprego do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública e, conseqüentemente, sobre uma possibilidade de *mitigação* na obrigatoriedade de propositura da ação penal, situação, ainda hoje, muito discutida nos nossos Tribunais.

Parte-se de uma análise superficial acerca do bem juridicamente tutelado, passando-se pelos princípios do Direito Penal, tipicidade e delimitação dos delitos contra a Administração Pública. Além disso, busca-se aprofundar o tema no estudo do princípio da insignificância frente aos princípios da obrigatoriedade da ação penal e da oportunidade regrada, esta como uma primeira exceção àquela e originária de técnicas de despenalização e descriminalização próprias da moderna política criminal.

A fim de melhor delimitar o tema em discussão, coloca-se como questionamento principal a possibilidade, ou não, da utilização do princípio da insignificância como fator mitigador da obrigatoriedade da propositura da ação penal nos crimes contra a Administração Pública. Ademais, decide-se restringir o âmbito desses crimes, utilizando-se um delito-exemplo: o peculato, por ser este um dos mais incidentes dentre aqueles.

Como solução do problema proposto, estudam-se as seguintes hipóteses: a) decisões pacíficas da jurisprudência a respeito da obrigatoriedade da ação penal nesse tipo de delito, independente do valor envolvido; b) atipicidade material da conduta, por envolver quantias irrisórias, resultando na não-obrigatoriedade da propositura da persecução judicial.

Sabe-se que o tema é amplo e encontra diversos obstáculos e divergências, mas, sem a pretensão de esgotá-lo, propõe-se trazer a lume algumas provocações que possam influir no desenvolvimento da polêmica.

1. Bem juridicamente protegido

1.1 Processo de escolha

O bem jurídico-penal encontra variações ao longo da história sendo sua mutabilidade um requisito essencial para se adaptar às novas realidades que se impõem.

Essa situação, de constantes mutações, dá-se em decorrência de novos princípios e valores que surgem das estruturas políticas, ditas dominantes, tendo em vista determinadas sociedades e os momentos de evolução que elas atravessam.

Em um Estado pluralista, no qual é pressuposto a concorrência de diversos valores, a tarefa de se estabelecer um bem jurídico penalmente tutelável torna-se mais árdua. Socorre-se, portanto, para se iniciar uma apreciação mais delimitada, dos valores elementares de determinada comunidade dispostos em sua lei maior, qual seja, a Constituição.

Apesar de estarem consagrados nesse documento primo valores que podem algumas vezes contrariar muitos estratos sociais, tem-se que representam a vontade da maioria da população, sempre encarando-os como reflexo de uma sociedade democrática.

Não se quer adentrar aqui na discussão de tais valores representarem apenas a opinião da elite dominante, tendo em vista ocupar esta posição superior em relação à grande massa da minoria social e economicamente submetida, assim, apenas para se seguir no desenvolvimento do presente estudo, coloca-se como ponto pacífico que os valores expressos na Carta Magna de um país refletem os valores máximos de um determinado povo.

Com isso, deve-se criminalizar condutas atentatórias aos valores constitucionalmente postos, tarefa que cabe ao Poder Legislativo.

Partindo-se desse ponto, surgem as teorias constitucionais ou valorativas utilizadas na determinação do bem a ser juridicamente protegido pelo sistema penal.

Tais teorias, muito bem expressas por ALICE BIANCHINI,[1] podem ser bipartidas em: a) teorias constitucionais amplas; e b) teorias constitucionais de caráter restrito, a seguir rapidamente analisadas, com base nos ensinamentos da autora.

1.1.1 Teorias constitucionais amplas

Estas teorias nasceram na doutrina italiana, sendo a primeira tese desenvolvida por Franco Bricola, em 1973, tendo por base a Constituição Italiana.[2]

Servem-se da Constituição, de modo genérico, a qual seria usada apenas como parâmetro de legitimação da lei penal, sem, no entanto, exaurir a proteção única e exclusiva dos bens nela postos, assim, plenamente possível a escolha de bens jurídicos que não constam no seu corpo, necessária, tão-somente, a inexistência de antagonismo do bem escolhido com o seu texto.

A liberdade concedida ao legislador ordinário é ampla, sendo que a Constituição teria por fim apenas uma orientação positiva, assinalando limites da tutela penal e sendo um marco para o desenvolvimento da política penal.

A Constituição, desse modo, serviria de base para fomentar uma expansão do sistema penal, resposta rápida e eficaz às transformações sociais, que não ficariam

1. BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 43-50.

2. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*: el objeto protegido por la norma penal. Barcelona: PPU, 1991. p. 126.

sem resposta imediata, apesar do ineditismo de suas proposições, solucionando o *deficit* na relação do direito penal e a sempre mutabilidade da realidade.

A crítica a essas teorias seria a falta de limitação ao poder criminalizador, alargando a sensação de insegurança jurídica, custo muito alto, o que não se pode desconsiderar no momento em que se quebra o equilíbrio entre a vinculação constitucional e a liberdade do legislador.

1.1.2 Teorias de fundamento constitucional restrito

Também foram desenvolvidas pela doutrina italiana, tendo em vista o texto constitucional em vigor (art. 13),[3] a previsão da liberdade pessoal como valor que somente pode ser vulnerado pelo Estado, quando se haja produzido uma lesão contra um bem de similar importância, ou seja, de fundamento constitucional.

Há uma orientação constitucional predominante e limitadora da função legislativa. Dentro de parâmetros estabelecidos, equilibram-se, de um lado, direitos da vítima e da sociedade e, de outro, os direitos do agressor, todos albergados em sede constitucional. O legislador somente poderá criminalizar bens que, de alguma maneira, reflitam valores constitucionais.

3. "Art. 13. La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, diispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria [1116, 7] e nei soli casi e modi previsti dalla legge [253].

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di liberta [273].

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva."

Essa possibilidade, entretanto, não denota uma obrigatoriedade. A escolha de quais bens são merecedores da tutela penal fica a cargo da atividade legislativa, tendo em vista a subsidiariedade deste ramo do Direito.

Critica essas teorias, FRANCISCO JAVIER ALVAREZ GARCIA,[4] citado por ALICE BIANCHINI, ao dizer que:

"(...) limitar a tutela penal a bens constitucionalmente reconhecidos não é oportuna para o ordenamento em seu conjunto, já que se há de ter em conta que as constituições envelhecem, não resultando estranho que surjam novas exigências de tutela que nem sequer eram previsíveis no momento da elaboração do texto fundamental" (1991, p. 33).

Ainda, o mesmo autor acredita que se deva utilizar uma interpretação evolutiva, a fim de que se adaptem os preceitos da Constituição às, sempre em transformação, realidades sociais.

1.2 O bem jurídico: conceito, escolhas e funções

Independente das teorias acima apontadas, tem-se que o bem jurídico expressa uma estrutura valorativa do Estado e da sociedade em determinado momento histórico. Ele não pertence à sociedade em abstrato, mas surge de novas consciências e da dinâmica evolutiva do grupo social, sendo assim, puro reflexo do concreto.

Para ANÍBAL BRUNO,[5] o bem jurídico consistiria em "interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes eleva à categoria de bens jurídicos".

4. ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier. Bien juridico e constituicion. *Cuadernos de Política Criminal*, Madri, n. 43, 1991, p. 33.

5. BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 15.

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO[6] entende que o bem jurídico-penal seria:

"(...) o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma *realidade* contemplada pelo direito. Bem jurídico é *bem* protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e cuja preservação é disposta em norma jurídica" (1991, p. 265).

Cabe ressaltar, neste ponto, que a moral, em sentido estrito, não pode ser considerada um bem jurídico, tendo em vista o pluralismo ético-social prestigiado pelas sociedades contemporâneas atuais e tão valorizado nas Constituições contemporâneas, onde há a coexistência, pacífica, de zonas de conflito e zonas de consenso.

Ensinam EUGENIO RAÚL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI:[7]

"Sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito pode ser considerada um bem jurídico. A 'moral pública' é um sentimento de pudor, que se supõe ter o direito de tê-la, e que é bom que a população a tenha, mas se alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha, nem que se comporte como se o tivesse, na medida em que não lesionem o sentimento daqueles que o têm. (...) Além do mais, a moral é questão eminentemente individual e o direito não pode mais do que possibilitá-la, mas de modo algum tratar de impô-la, o que, por outro lado, seria irrealizável" (1997, pp. 467-468).

O Estado deve respeitar as opções de vida de cada um dos seus súditos, desde que não agridam a esfera do outro.

O Direito Penal nada mais é do que o instrumento de preservação da paz social, e não um meio de moralizar ou aperfeiçoar o homem espiritualmente.

6. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 265.

7. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. pp. 467-468.

Ademais, como bem colocam MORRIS e HAWKINS, citados por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANOEL COSTA ANDRADE:[8] "Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contando que não lesem diretamente [ao alheio]."

No tocante às funções, segundo ANTÔNIO CARLOS SANTORO FILHO,[9] tem-se que seriam duas: a) limitadora da intervenção da tutela penal, devendo ser o reflexo do que a sociedade, naquele momento, entende como lesiva ou atentatória ao convívio social, merecendo uma intervenção estatal para que o equilíbrio seja novamente retomado; e b) exigência de que, para que o delito se caracterize, haja a efetiva lesão ao bem juridicamente tutelado.

Assim, a primeira função seria estabelecer balizas ao legislador que, no momento de elaborar uma nova lei, deve respeitar a teoria do bem jurídico, a fim de que possa estabelecer o que deve ser passível de tutela penal e o que não merece essa preocupação.

Neste momento, é possível que o legislador, exercendo um juízo crítico a respeito do que realmente necessita de tutela estatal e o que já não mais desperta interesse, tendo em vista o já mencionado processo de evolução social, escolha os pontos sobre os quais deverá recair a tutela penal.

O cuidado maior, aqui, seria evitar-se uma inflação legislativa, inoperante e ensejadora de descrédito do ordenamento jurídico-penal. O excesso de normatização em cima de bens jurídicos não tão bem delimitados e sem qualquer motivação, traduz-se em uma poluição jurídico-penal que obnubila a visão da sociedade a respeito do que realmente está se tentando proteger e, por outro lado, não é capaz de exercer a intimidação necessária ao cidadão para afastá-lo do cometimento do delito.

8. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel Costa. *Criminologia.* Coimbra: Coimbra, 1984. pp. 405-406.

9. SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Bases críticas do direito criminal.* São Paulo: LED Editora de Direito, 2000. pp. 93-98.

A segunda função consiste em demonstrar o elemento material inserido no tipo penal. Para que o delito se configure, é indispensável a verificação de ofensa (lesão ou perigo) ao bem juridicamente protegido.

O direito penal não cria condutas, apenas as seleciona, atribuindo-lhes um determinado valor. Se o tipo penal é elaborado tendo em vista a proteção de valores, é claro que, para que determinado comportamento seja típico, o bem jurídico deve ter sido colocado, ao menos, em perigo por uma ação ou omissão de um sujeito.

Conclui-se, portanto, que um bem jurídico-penal deve ser escolhido sempre com parcimônia, levando-se em conta condutas atentatórias ou que exponham ao perigo bens concretos, delimitados, imprescindíveis a uma coexistência social qualificada e de fundamental importância para amplos setores da população, considerando-se os fatores de evolução de valores do grupo social como um todo. Além do mais, é imprescindível, para a configuração de um tipo penal, que haja ofensa (lesão) ou ao menos risco de ofensa (perigo) a esse bem.

Portanto, ambas as funções do bem jurídico se complementam, isto é, somente ocorrerá crime se houver um bem tutelado pelo Direito e este restar atingido ou colocado em perigo.

2. Dos princípios inicialmente envolvidos no tema

2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade encontra seus fundamentos na época medieval, em especial no direito ibérico e na magna carta inglesa de 1215, mas atribui-se ao iluminismo a sua elevação a princípio universal. O liberalismo político em contraposição ao absolutismo monárquico, tornou possível, através desse princípio, uma limitação ao poder punitivo e, especialmente, impositivo do Estado, assegurando, dessa forma, a liberdade individual.

O fundamento desse princípio encontra-se na ideologia do Estado de Direito, segundo a qual deve ocorrer uma subsunção dos poderes públicos à lei, em respeito aos direitos dos cidadãos.

Tal princípio traz, portanto, uma exigência de vinculação do Poder Executivo e do Poder Judiciário a leis formuladas, de modo abstrato, pelo Poder Legislativo, uma vez ser este a instância que mais diretamente representa o povo como titular de poder do Estado.

Tendo em vista a legalidade penal, sua função precípua é garantir o homem contra o Estado, preservando-se a liberdade de agir daquele em relação a este. O Estado deve ficar circunscrito aos limites da lei e assegurar, aos cidadãos, que somente em virtude do cometimento de determinadas ações ou omissões, previamente estabelecidas, eles poderão ser punidos.

Tal pensamento demonstra, também, a faceta intimidadora do princípio em comento, por vincular-se a uma idéia de prevenção geral, constrangendo potenciais delinqüentes de qual ação, ou omissão, é efetivamente proibida e de quais serão as conseqüências de uma possível infração ao estabelecido (sanção).

Na Constituição Federal Brasileira, de 1988 – como já ocorreu em todas as Constituições nacionais,[10] – ele está previsto, de forma genérica, no art. 5.°, II,

10. "Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei." (Constituição de 1824).

"Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 15 – Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada." (Constituição de 1891).

"Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 26) Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita." (Constituição de 1934).

"Art. 122 – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa." (Constituição de 1937).

sendo que a legalidade atinente ao Direito Penal vem expressa no inciso XXXIX desse mesmo artigo.

Em matéria penal, o princípio da legalidade consiste em que só haverá crime se houver lei anterior que o defina, bem como somente haverá pena se houver prévia cominação legal (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). Relaciona-se com o princípio da reserva legal e com o princípio da anterioridade da lei penal.

Interessa, ao presente trabalho, um aspecto da teoria de BINDING, segundo o qual, as normas penais incriminadoras não são proibitivas, mas descritivas. Dessa forma, quem pratica o crime não age contra a lei, mas de acordo com esta.

A função da lei é definir o crime, e não proibi-lo. Só haverá crime se houver uma perfeita correspondência entre o fato e a descrição penal (tipicidade em sentido formal).

2.2 Princípio da ofensividade

A ofensividade da conduta, segunda função do bem jurídico-penal, leva ao princípio da ofensividade ou da lesividade.

Tem-se não ser este um princípio novo, mas muitas vezes é deixado esquecido por não interessar a setores mais conservadores que insistem em enquadrar como típicos fatos que apenas se enquadram nos limites da norma, não acarretando nenhuma lesão à sociedade, como seria o bizarro caso de se condenar por furto alguém que subtraiu uma caneta em um grande supermercado.

Mesmo que seja realizada a consunção da ação concreta ao tipo penal (tipicidade formal), se o bem juridicamente protegido, isto é, o valor tutelado pela norma penal não for atingido ou ameaçado (tipicidade material), nenhuma

"Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 27 – Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior." (Constituição de 1946)

"Art. 150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16 – A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu." (Constituição de 1967)

relevância conterá essa conduta para o Direito Penal, sendo a sua atipicidade a única conclusão possível.

Já ensinava CARRARA[11] no parágrafo 100 de sua clássica obra:

"Assim, pois, nem todos os atos externos procedentes de intenção maligna podem ser elevados à categoria de delitos, mas apenas os que *causaram prejuízo*, ou que *eram aptos a prejudicar* os direitos alheios, ou aqueles que, no seu desenvolvimento, puseram o direito em perigo *atual*. Sem isso, o ato externo é civilmente inocente, embora possa ser reprovado pela moral ou pela religião" (1956, v. 1, p. 101).

Além disso, existem outras áreas, menos invasivas do Direito, que podem se preocupar com esses *quase-delitos*, como seria o caso do Direito Administrativo e do Direito Civil.

Para que se realize o fato típico por inteiro e sobre o qual o Direito Penal vai lançar sua atuação, torna-se imprescindível a presença de ambas as tipicidades, formal e material.

2.3 Princípio da insignificância

Consagrado no axioma *mínima non curat praetor*, CLAUS ROXIN[12] utilizou-se do princípio em tela como critério de interpretação restritiva dos tipos penais, pela primeira vez em 1964. KLAUS TIEDEMANN nominou-o de *princípio da bagatela*.

Embora lesado o bem juridicamente protegido, configurando-se assim a tipicidade formal, pode ocorrer que essa lesão seja tão ínfima que não apresente ofensividade suficiente para caracterizar a tipicidade material daquele comportamento, levando, com certeza, à atipicidade da conduta.

11. CARRARA, Francesco. *Programa de curso de direito criminal*. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra (Trad.). São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1, p. 101.

12. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1972 p. 53.

Exige-se, então, no dizer de CEZAR ROBERTO BITENCOURT,[13] uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta, que se pretende punir, e a drasticidade da intervenção estatal. Segue o autor:

"Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

(...)

Assim, a *irrelevância ou insignificância* de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao *grau de sua intensidade*, isto é, *pela extensão da lesão produzida*"(1999, p. 49).

Deve-se estabelecer, neste ponto, uma ponderação: não se deve aplicar o princípio da insignificância a qualquer conduta tida como uma infração de menor potencial ofensivo. Tais infrações afetam bens jurídicos definidos pelo legislador, tendo sido considerados social e penalmente relevantes, no entanto elas já foram consideradas nos limites do desvalor que apresentam e, de acordo com essa situação, foram previstas sanções penais compatíveis.

A insignificância da ofensa, suficiente para afastar a tipicidade material da conduta delituosa, somente pode ser aferida tendo em vista uma consideração global da ordem jurídica. Surgem, aqui, as idéias referentes à *tipicidade conglobante*, sustentada por ZAFFARONI.

No entender desse renomado autor, "tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição operante que surge da consideração isolada da tipicidade legal."[14]

13. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 49.

14. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., pp. 551-552.

A afetação do bem jurídico, como já se teve a oportunidade de referir, é requisito da tipicidade penal. Conforme ZAFFARONI:[15]

"Há relativamente pouco tempo observou-se que as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requeriam sempre alguma entidade, isto é, alguma gravidade, posto que nem toda afetação mínima do bem jurídico era capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal. Assim, a conduta de quem estaciona seu veículo tão próximo a nosso automóvel, a ponto de nos impedir a saída, não configura uma privação de liberdade; nem os presentes de uso, como as propinas aos servidores públicos por ocasião do Natal, configuram uma lesão à imagem pública da administração, configuradora da tipicidade do art. 317 do CP; (...)

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecido à simples luz da consideração isolada" (1997, p. 564).

Conclui-se de tais colocações que, enquanto o princípio da legalidade exprime a tipicidade formal, o da ofensividade (ou lesividade) traduz a tipicidade material, o princípio da insignificância, tendo em vista uma análise conglobada, pode conduzir a conduta praticada à atipicidade, tornando a lesão ou ameaça de lesão ao bem juridicamente protegido insuscetível de repreensão pelo sistema jurídico penal, devido à falta de expressão.

15. Idem, p. 564.

3. Dos crimes contra a Administração

3.1 Conceito de Administração Pública

No entender de CRETELLA JÚNIOR:[16]

"Administração não é só governo, poder executivo, como também a complexa máquina administrativa, o pessoal que a movimenta, a atividade desenvolvida por esse aparelhamento que possibilita ao Estado o preenchimento de seus fins. (...) É a atividade que o Estado desenvolve, através de atos concretos e executórios, para a consecução direta, ininterrupta e imediata dos interesses públicos" (1999, p. 16).

Liga-se a Administração a rígidas normas de direito público, que têm por escopo o interesse da coletividade visando sempre ao bem-comum. A par disso, o Direito Penal empresta sua contribuição, na medida em que tipifica delitos e prevê sanções para aqueles que tentarem impedir ou perturbar o desenvolvimento regular da atividade administrativa do Estado, entendida como um todo – entes que desempenham a função pública e atividades desenvolvidas para a satisfação do bem comum –, surgindo, dessa forma, os crimes contra a Administração Pública.

Cabe lembrar aqui, o caráter subsidiário do Direito Penal decorrente da sua fragmentalidade, ou seja, ele somente será chamado a agir no caso de a Administração não possuir outro meio menos lesivo de coerção para a situação que se apresenta.

Possui a Administração, em seu bojo, mecanismos de autoproteção como, por exemplo, o poder disciplinar ao qual todo servidor está submetido, se infringir algum dos seus deveres funcionais ou macular algum princípio administrativo.

Assim, somente caberá manifestação do Direito Penal no caso de a infração ser de tal monta que o poder disciplinar da Administração não seja considerado suficiente para puni-la. Estabelece-se, portanto, uma diferença entre o que será considerado um ilícito meramente administrativo, passível de correção e repressão

16. CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo.* Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 16.

através do poder disciplinar da Administração e o ilícito penal, que refoge desse âmbito, por ser considerado mais lesivo.

3.2 Diferenças entre ilícito penal e ilícito administrativo

Sabe-se que a ilicitude é uma só, bem como o dever jurídico a ser respeitado. O que varia são os graus de interesse que a sociedade deposita sobre algumas situações. Assim sendo, a diferença entre o ilícito penal e o administrativo encontra-se apenas no fato de o primeiro ser considerado mais gravoso do que o segundo.

Isso se percebe até mesmo nas sanções, sendo as administrativas (poder disciplinar do administrador) mais leves do que as criminais (penas).

Assim, como já se disse, justifica-se a atuação do Direito Penal de forma subsidiária, apenas com relação ao ilícito penal, representado por poucos pontos no universo das ilicitudes, e que se perfaz pela efetiva lesão ou ameaça de lesão a bens de tal relevância que mereceram ser juridicamente protegidos pela sociedade, sendo imputada pena a quem os desrespeitar.

Deve-se atentar igualmente que, apesar de ilícitos integrantes de um grande e único plano, são passíveis de ser analisados pelos dois ângulos, tanto criminal quanto administrativo, não implicando, necessariamente, o mesmo resultado.

3.3 Objeto jurídico

Segundo MANZINI,[17] o objeto jurídico desse tipo de crime seria:

"(...) o interesse público concernente ao normal funcionamento e ao prestígio da administração pública em sentido lato, naquilo que diz respeito à probidade, ao desinteresse, à capacidade, à competência, à disciplina, à fidelidade, à segurança, à liberdade, ao decoro funcional e ao respeito devido à vontade do Estado em relação a determinados atos ou relações da própria Administração" (1962, v. 5, p. 1).

17. MANZINI, Vicenzo. *Trattato di diritto penale italiano.* Turim: UTET, 1962. v. 5, p. 1.

Conseqüentemente, o principal bem jurídico escolhido pelo legislador, nesse tipo de delito, foi, sem dúvida alguma, a tutela da normalidade funcional, a probidade, o prestígio e o decoro da Administração Pública, entendida em sentido amplo.

4. Da ação penal pública

4.1 Considerações iniciais

Todos os delitos contra a Administração Pública são de ação penal pública incondicionada. Esta ação deve se submeter a princípios constitucionalmente estabelecidos, bem como a princípios de origem infraconstitucional.

Com o objetivo da delimitar ainda mais o tema em discussão, parte-se a análise de dois princípios em especial: princípio da obrigatoriedade da ação penal e princípio da oportunidade regrada, este como um primeiro exemplo de exceção daquele.

4.2 Princípio da obrigatoriedade da ação penal

O princípio da obrigatoriedade da ação penal determina que o Ministério Público deve exercitar a competente ação penal sempre que se encontrar frente a indícios de materialidade e autoria criminal.

Para a doutrina mais conservadora, o Estado não possui apenas o direito, mas tem também o dever de punir, daí não se admitir poderes discricionários com o intuito de apreciar a oportunidade ou a conveniência na instauração de um inquérito policial ou de uma ação penal aos órgãos responsáveis pela persecução penal.

Não se encontra expresso, claramente, na legislação processual penal, mas pode ser deduzido a partir dos arts. 24, 28, 42 e 576, todos do CPP,[18] configurando um princípio atinente a esse ramo do Direito.

18. "Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo."

4.3 Aspectos históricos

4.3.1 Evolução a partir do Império

O estudo acerca dos momentos históricos atravessados por este princípio, dentro do sistema processual brasileiro, torna-se imprescindível para a compreensão do porquê ser ele tão arraigado, hoje, na nossa doutrina.

Inicia-se por mencionar que o Código de Processo Penal do Império (29.11.1832), estabelecia a denúncia como meio de se iniciar a ação pública para o Ministério Público ou qualquer um do povo – nos casos de crimes cometidos por funcionários públicos –, mas também mantinha o procedimento *ex officio* para todos os casos,[19] característica de um sistema inquisitivo.

"Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender."

"Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal."

"Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto."

19. "Art. 37. Ao Promotor pertencem as atribuições seguintes:

1.° Denunciar os crimes públicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir à escravidão pessoas livres, cárcere privado, homicídio, ou a tentativa delle, ou ferimentos com as qualificações dos artigos 202, 203, 204 do Código Criminal, e roubos, calumnias, e injúrias contra o Imperador e membros da Família Imperial, contra a Regência, e cada um dos seus membros, contra a Assembléia Geral, e contra cada uma das Câmaras."

"Art. 150. Todo o cidadão póde denunciar, ou queixar-se, perante a autoridade competente, de qualquer empregado público, pelos crimes de responsabilidade, no prazo de tres annos, para que ex-officio se proceda ou se mande proceder contra os mesmos na fórma da Lei."

"Art. 154. A acção para verificar a responsabilidade dos empregados públicos deverá ser intentada ex-officio pela autoridade judiciaria, ou por ordem superior dentro em oito annos depois do crime commettido. Será também dentro do anno, e dia: 1° sendo intentada pelo próprio queixoso; 2° quando qualquer do povo o fizer por infracção de Constituição, usurpação do exercício de algum dos poderes políticos, contra a segurança interna, ou externa do Estado, e por suborno, peita, peculato, ou concussão. O estrangeiro também o póde fazer, mas em causa própria somente."

O Poder Judiciário era composto dos juízes de direito, que tinham como principal função presidir o Tribunal do Júri e eram de livre nomeação pelo Imperador; os juízes municipais, que possuíam uma jurisdição policial, de execução de sentenças dos juízes de direito, substituindo-os no caso de ausência e os juízes de paz, eleitos pelo povo para um mandato de um ano. A estes últimos era dada a iniciativa da ação penal *ex officio*; no entanto, eles somente julgavam contravenções às posturas municipais e crimes cuja pena restritiva de liberdade máxima seria de seis meses.[20]

Em seqüência, tem-se a Lei 261, de 03.12.1841, que reformou o Código de Processo Criminal do Império, e o Regulamento 120, de 31.01.1842, que trouxe modificações para a organização judiciária e Tribunal do Júri.

Tais legislações acarretaram a absorção dos poderes investigatórios do Judiciário pela polícia, que era controlada integralmente pelo Executivo. No tocante à iniciativa da ação penal, não houve maiores modificações a não ser que agora, como as funções do juiz de paz foram conferidas ao juiz municipal e ao chefe de polícia, este também poderia proceder à ação penal *ex officio*.[21]

A Lei 2.033, de 20.09.1871, veio limitar o procedimento judicial *ex officio* aos casos de flagrante delito, crimes policiais e omissão do Ministério Público (art. 15).

A obrigatoriedade do ingresso da ação penal se constatava no momento em que, a supracitada lei (art. 15, § 5.°), dispunha sobre a possibilidade de os Promotores

20. "Art. 149. O Juiz de Paz ainda que pelas primeiras informações não obtenha o conhecimento de quem é o delinquente, não deixará de proceder contra elle em qualquer tempo, que seja descoberto, enquanto não prescrever o delicto."

"Art. 12. Aos Juízes de Paz compete: (...)§ 7.°. Julgar: 1.° as contravenções as Posturas das Câmaras Municipaes; 2.° os crimes, a que não esteja imposta pena maior, que a multa até cem mil réis, prisão, degredo, ou desterro até seis mezes com multa correspondente à metade deste tempo, ou sem ella, e tres mezes de Casa de Correcção, ou Officinas públicas onde as houver."

21. "Art. 4.°. Aos Chefes de Polícia em toda Província e na Côrte, e aos seus Delegados nos seus respectivos Districtos, compete: § 1.° as atribuições conferidas aos Juízes de Paz, pelo artigo 12, §§ 1.°, 2.°, 3.°, 4.°, 5.° e 7.° do Código de Processo Criminal;(...)."

"Art. 17º. Compete aos Juízes Municipais: §2°. As atribuições criminais e judiciais que competião aos Juízes de Paz.(Lei 261/41)."

serem multados pelo Juiz de Direito, caso apresentassem a denúncia a destempo.[22] A iniciativa popular persistia, tal qual colocada no Código de 1832.

Com o advento da República e sob a forte influência federalista estadunidense de RUI BARBOSA, os Estados-membros da novíssima Federação passaram a ter competência para legislar sobre processo civil e processo penal.

Dessa forma, dispôs a Constituição Federal de 1891, em seu art. 34, 23.º item, que competia privativamente ao Congresso Nacional legislar, apenas, sobre matérias concernentes ao Direito Civil, Comercial e Criminal da República, assim como sobre matérias de Direito Processual da justiça federal.

A quebra da unidade processual justificou-se por ser mais adequada à dignidade ou à soberania dos novos Estados federados, nos moldes do Direito norte-americano, no entanto sofreu duras crítica por parte da doutrina, por ser considerada, a diversidade que então se estabelecia, atentatória à aplicação da lei penal.

Apesar disso, poucas inovações trouxeram o Direito Processual estadual, uma vez que era obrigado a respeitar os princípios constitucionais e leis federais de conteúdo material, em nada afetando a obrigatoriedade da ação penal.

A Constituição Federal de 1934 veio consertar essa situação, restabelecendo a unidade do sistema processual, atribuindo competência privativa à União para legislar sobre a matéria.[23]

A regra estabelecida na Lei 2.033, de 1871, ficou em vigor até 1890, quando o Código Penal de então voltou a referir-se sobre o tema, limitando ainda mais o procedimento *ex officio*, admitindo-o apenas no caso de crimes inafiançáveis em que o Ministério Público não oferecesse denúncia no prazo legal.[24]

22. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. v. 1, p. 242.

23. "Art. 5.°. Compete privativamente à União: (...) XIX – legislar sobre: *a*) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais; (...)".

24. "Art. 407. Haverá lugar a ação penal: § 1.°. Por queixa da parte ofendida (...); § 2.°. Por denúncia do ministério público em todos os crimes e contravenções. (...); § 3.° Mediante procedimento *ex officio*, nos crimes inafiançáveis , quando não for apresentada a denúncia nos prazos da lei."

Note-se que uma matéria, de conteúdo nitidamente processual, veio a ser tratada em um diploma que regula direito material, justamente para que pudesse ficar a salvo dos ventos federalistas, que redundaram na cisão do Direito Processual.

Não houve referência à ação penal de iniciativa popular prevista naquela norma, o que gerou alguma divergência da doutrina, tendo em vista o § 9.° do art. 72 da Constituição de 1891, que abria a seguinte possibilidade: "É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados."

Leis posteriores vieram a esclarecer tal situação quando modificaram o art. 407 do Código Penal, então vigente, estabelecendo essa possibilidade para os crimes políticos e de responsabilidade de funcionários públicos federais, crimes de casa de prostituição, crimes contra a propriedade intelectual e crimes contra o livre exercício dos direitos individuais.

Tendo em vista essa pequena digressão, constata-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal sempre esteve muito presente ao longo da nossa história, acarretando, até mesmo, situações de punição no caso de não ser observado.

De todos esses dados, o resultado não poderia ser diferente, qual seja, o dito princípio restou alçado à condição de dogma, dentro do Direito Processual Penal brasileiro, fazendo com que toda e qualquer modificação ou ponderação fosse trabalhosa e lenta.

4.3.2 Do Código de Processo Penal atual

A legislação em vigor segue a mesma linha de pensamento e disciplina acerca da ação penal pública, estabelecendo o seguinte:

"Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

(...)

Art. 26. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial."

Percebe-se, na comparação desses dois artigos com o histórico que até o momento desenvolvido, que o procedimento judicial *ex officio* para o oferecimento da denúncia com relação aos crimes foi eliminado, permanecendo apenas com relação às contravenções penais.

A justificativa encontra-se na exposição de motivos do diploma, ora em análise, e foi apresentada por FRANCISCO CAMPOS no item V, a saber:

"V – O projeto atende ao princípio *ne procedat judex ex officio*, que, ditado pela evolução do direito judiciário penal e já consagrado pelo novo Código Penal reclama a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal. O procedimento *ex officio* só é mantido em relação às contravenções, que, dado o caráter essencialmente preventivo que assume, na espécie, a sanção penal, devem ser sujeitas a um processo particularmente célere, sob pena de frustrar-se a finalidade legal. A necessidade de se abolirem, nesse caso, as delongas processuais motivou mesmo a transferência, respeitada pelo projeto de se permitir à autoridade policial, para efeito de tal processo, excepcional função judiciária."

A permanência do procedimento *ex officio* para as contravenções, lembrança do sistema inquisitório, foi duramente atacada pela doutrina sob o argumento de não mais se conceber, uma vez que existe um órgão próprio do Estado para exercer a atividade persecutória-penal, tal como o Ministério Público, a adoção de qualquer procedimento de ofício.[25]

25. "A função de julgar, no processo penal, não difere daquela que o juiz exerce nos processos não penais. A imparcialidade que se exige do magistrado que resolve uma lide civil, é a mesma que deve presidir aos atos do juiz que aplica a lei penal. Ora, se o juiz que vai julgar uma contravenção pode, antes, praticar atos persecutórios e dar início ao procedimento penal sem obedecer ao *ne procedat judex ex officio*, comprometida ficará esta imparcialidade. (...) Onde a atividade persecutório-penal está a cargo de um órgão próprio do Estado, como o Ministério Público, não se justifica de maneira alguma a adoção do procediemnto de ofício. Este e a ação penal popular tinham sua razão de ser, quando os promotores de justiça ainda eram em número escasso e o Ministério Público não se achava organizado, como atualmente se encontra" (MARQUES,

A mesma justificativa pode ser levantada para embasar o fim da ação penal popular, apesar de HÉLIO TORNAGHI[26] e TOURINHO FILHO[27] admitirem que ainda existe com relação aos crimes de responsabilidade do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários de Estados.

4.3.3 Tratamento na Constituição Federal de 1988

Consagrou, no art. 127, o Ministério Público como instituição permanente e essencial á função jurisdicional do Estado, atribuindo-lhe, no art. 129, a função de, privativamente, promover a ação penal pública na forma da lei.

Com isso, encerrou-se a possibilidade de uma ação penal *ex officio*, consolidando-se, dessa forma, um dos componentes mais significativos do sistema acusatório, no qual há a exigência de separação entre o Juiz e o acusador.

Outra novidade trazida pela Carta de 1988 foi a admissão de transação, como forma de extinção da punibilidade nos crimes de menor potencial ofensivo (art. 98, I) dando origem a uma primeira exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e, portanto, uma inicial e tímida flexibilização, originada em um sempre constante processo de evolução social em que se começa a compreender que a pena convencional pode não ser a melhor solução para muitos delitos, qual seja o princípio da oportunidade regrada ao qual passaremos a analisar.

4.4 Princípio da oportunidade regrada

Surgiu, como já foi dito, com base no art. 98, I, da CF/88, onde foi possibilitada a criação dos juizados especiais para conciliação, julgamento e execução

Frederico. Anotações. In: BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sobre o procedimento criminal brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959. p. 324).

26. TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1, p. 42.

27. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 465.

de infrações penais de menor potencial ofensivo, bem como foi permitida a transação.[28]

Foi implementado pela Lei 9.099, de 26.09.1995, que veio a regular o supracitado inciso, instituindo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e, posteriormente, foi reafirmado na Lei 10.259, de 12.07.2001, regulamentadora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

O ponto que mais interessa ao presente trabalho está colocado no art. 76 da Lei 9.099/95, que dispõe:

"Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta."

Esse artigo nos traz o instituto da transação penal.

Aqui, encontra-se o reconhecimento legal ao Ministério Público da oportunidade de deixar de pedir abertura de processo penal condenatório, ainda que haja a *opinio delicti*. Há uma mitigação do princípio da obrigatoriedade, pois, mesmo existindo um fato típico, com prova da materialidade e indícios de autoria, é possível que o Promotor não ajuíze a competente ação penal por motivos de conveniência legalmente disciplinados.

Transação penal é, portanto, no dizer de LUIS WANDERLEY GAZOTO:[29]

"(...) o acordo de vontades entre alguém que se diz ter praticado delito de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95 e art. 2.°, parágrafo único, da Lei 10.259/2001. Nesse acordo, aquele compromete-se a cumprir

28. "Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau."

29. GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública* – uma crítica ao funcionalismo do Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003. p. 128.

algumas obrigações que não implicam restrição à sua liberdade, mas, se forem adimplidas, provocarão a extinção da punibilidade" (2003, p. 128).

Discute-se, neste ponto, se a transação é uma faculdade regrada do Ministério Público ou direito subjetivo público do autor da infração.

Entende-se que é discricionária a transação, cuja titularidade cabe ao Ministério Público, assim como o perdão, existente na ação penal privada.

Comungam desse entendimento MARINO PAZZAGLINI FILHO, ALEXANDRE DE MORAES, GIANPAOLO POGGIO SAMNIO e LUIZ FERNANDO VAGGIONE,[30] para quem a transação penal é um novo instrumento à disposição do Ministério Público para uma rápida solução do litígio penal.

Da mesma forma, JÚLIO FABBRINI MIRABETE[31] insurge-se contra a idéia de ser a transação penal um *direito subjetivo do autor do fato*, cabendo ao Ministério Público, orientado por critérios de conveniência e necessidade de repressão, instaurar ou não a ação penal.

ADA PELEGRINI GRINOVER,[32] CEZAR ROBERTO BITTENCOURT[33] representam uma parte da doutrina que entende a faculdade do órgão do *parquet* de oferecer a transação penal, como um *poder-dever*, ou seja, presentes os requisitos legais, o representante do Ministério Público teria o *dever* de propô-la, sem prejuízo da eventual aplicação analógica do art. 28 do CPP.

Já DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS[34] entende que o vocábulo *poderá*, inserto no art. 76 da Lei 9.099/95 tem de ser interpretado como *deverá*, tornando obrigatória a proposição de transação caso haja os requisitos exigidos pela lei.

30. PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio, VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado Especial Criminal*: aspectos práticos da Lei 9.099/95. São Paulo: Atlas, 1996. p. 45.

31. MIRABETTE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*: comentários, jurisprudência, legislação. São Paulo: Atlas, 1996. p. 82.

32. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 125.

33. BITTENCOURTt, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 106.

34. JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 66.

Tendo em vista essas considerações, tem-se, claramente, como já foi dito, uma firme proposição de evolução do direito processual penal brasileiro.

Tanto a Constituição de 1988, quanto as Leis dos Juizados Especiais Criminais – Lei 9.099, de 26.09.1995, e a Lei 10.259, de 12.07.2001 – trazem, em seu bojo, novos ventos com relação à obrigatoriedade da propositura da ação penal.

O progresso nesse campo também se percebe do diversificado entendimento da doutrina, que chega até defender a idéia oposta, isto é, a obrigatoriedade de se propor a transação penal.

Convém lembrar, aqui, que o princípio, ora em comento, refere-se a uma discricionariedade que não pode ser tida como ampla e irrestrita; ao contrário, ela é regrada e limitada por regras objetivas e subjetivas.

O art. 76 da Lei 9.099/95, traz, em seu § 2.°, situações em que não poderá ser proposta a transação, *verbis*:

"Art. 76. (...)

§2.° Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida."

Além dessas balizas, tem-se que a transação penal somente poderá ser oferecida nos crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos, ou multa (art. 61, da Lei 9.099/95 c/c art. 2.°, parágrafo único, Lei 10.259/2001), os ditos crimes de menor potencial ofensivo.

5. Dos crimes contra a Administração e a não propositura da ação penal face ao princípio da insignificância

5.1 Primeiras colocações

Feitas as colocações que se faziam necessárias, parte-se, neste momento para a reta final do presente trabalho, atendo-se à discussão inicial, qual seja, existe

a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos delitos contra a Administração Pública, excepcionando, dessa forma, a obrigatoriedade da propositura da ação penal?

Para melhor analisar o problema, tanto junto à doutrina, já apresentada, quanto à jurisprudência atual, elege-se o delito de peculato próprio, por ser o mais comum crime praticado contra a Administração, como principal ponto de referência na discussão que se irá travar a seguir.

5.2 Do peculato

O peculato encontra-se previsto no art. 312, do CP, sendo tipificado como:

"Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa."

NÉLSON HUNGRIA,[35] quando faz referência à objetividade jurídica do crime em questão, ensina:

"É punido o peculato menos porque seja patrimonialmente lesivo do que pela quebra de fidelidade ou pela inexação no desempenho do cargo público; mas é absolutamente impensável à sua configuração o advento de concreto dano patrimonial" (1968, v. 9, p. 343).

Para DAMÁSIO DE JESUS,[36] há uma dupla proteção, qual seja, o interesse patrimonial da Administração, com o objetivo de se preservar o erário público, e moral, no sentido de se resguardar a fidelidade e a probidade dos agentes do poder.

Assim, para que se configure o peculato próprio, torna-se necessário, pelo que já se estudou até aqui, que haja lesão ou ameaça de lesão a dois pontos: patrimônio da Administração e moralidade administrativa.

35. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1968. v. 9, p. 343.

36. JESU, Damásio Evangelista de. *Direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1992. v. 4, p. 105.

No entanto, cabe lembrar que não só no peculato, como também em todos os crimes contra a Administração, é possível que terceiro, não funcionário público, seja co-autor do delito, com base no fato de que essa qualidade, por ser elementar do delito, pode se comunicar a particular, ainda que não funcionário.[37]

Dessa forma, não se pode sustentar que o peculato implique *sempre* violação de um dever de fidelidade – moralidade administrativa –, pois este não ocorre na situação acima delineada.

5.3 Da jurisprudência

O entendimento jurisprudencial, maciço e dominante, é de que não se pode aplicar o princípio da insignificância ao peculato, uma vez que este fere a probidade administrativa e a fidelidade do funcionário para como o serviço público ao qual pertence.

Vejam-se algumas ementas:

"Penal. Recurso criminal. Peculato (art. 312, § 1.º, do CP). Princípio da insignificância. Inaplicabilidade.

1. É inaplicável o princípio da insignificância ao delito de peculato, uma vez que o objeto tutelado é a probidade administrativa.

2. A quantia de R$ 8.000,00 não pode ser considerada insignificante para o fim de trancar a ação penal.

3. Precedente deste Tribunal.

4. Recurso Criminal provido." (TRF 1ª Região, ReCrim 2004.34.00.000884-3, 4ª T., rel. Des. Carlos Olavo, *DJ* 25.11.2004)

"Penal – Peculato – Materialidade, autoria e dolo comprovados – Ressarcimento do prejuízo – Arrependimento posterior – Princípio da insignificância – Inaplicabilidade – Sentença absolutória reformada. Prescrição. 1. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo do agente, impõe-se sua condenação pela prática do crime de peculato, imputado na denúncia. 2. O crime de peculato não ofende

37. "Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime" (Código Penal).

apenas o patrimônio, mas também a própria Administração Pública, cuja grandeza não pode ser quantificada em dinheiro; assim, não se aplica, *in casu*, o princípio da insignificância, ainda que diminuto o prejuízo econômico causado. 3. No crime de peculato doloso, o ressarcimento do prejuízo não produz a extinção da punibilidade e tampouco o arrependimento posterior. Restituída, porém, integralmente a quantia subtraída antes do recebimento da denúncia, faz jus o agente à diminuição da pena prevista no art. 16 do CP, que trata do arrependimento posterior. 4. Se o agente restitui a quantia subtraída logo após os fatos; se mostra que praticou a conduta em razão de dificuldades financeiras; se o crime foi fato isolado em sua vida; e se já se reintegrou plenamente à sociedade, exercendo atividade lícita, a diminuição da pena, decorrente do reconhecimento do arrependimento posterior, deve dar-se no grau máximo. 5. Aplicada pena inferior a um ano de reclusão e decorridos mais de dois anos entre os fatos e o recebimento da denúncia, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva deduzida na denúncia." (TRF 3ª Região, ApCrim 96.03.091225-5, 2ª T., rel. Des. Nelton dos Santos, *DJ* 03.12.2004)

"Penal. Processo penal. Peculato. Inépcia da denúncia por ausência de descrição pormenorizada da conduta delituosa. Inocorre. Princípio da insignificância. Não incide. Tutela da administração pública. Estagiário. não cabe desclassificação para estelionato. Função equiparada à pública. Substituição de uma das penas de prestação de serviços à comunidade por pena pecuniária. 1. É apta a denúncia que deixa claro do que o agente está sendo acusado, e quais as circunstâncias do crime, nos termos do art. 41 do CPP, não havendo que se falar, no caso, em agressão ao direito de defesa. 2. Consoante pacífica jurisprudência deste Regional, tendo em vista que o objeto jurídico do delito de peculato é a probidade administrativa, visando a tutela da Administração Pública, tanto do ponto de vista patrimonial quanto moral, não se aplica o Princípio da Insignificância nessa espécie de crime, uma vez que a caracterização da tipicidade independe do montante apropriado. 3. Estagiário que desempenha funções em entidade paraestatal, para fins penais, é equiparado a funcionário público, nos termos do art. 327, § 1.º, do CP. 4. Consiste em crime de peculato a apropriação, por estagiário da Caixa Econômica Federal, de valores particulares, dos quais tem a posse licitamente em razão do cargo, para

uso pessoal. 5. Afigura-se menos gravoso ao réu o cumprimento de duas sanções substitutivas nas modalidades de prestação de serviços à comunidade e de prestamento pecuniário, do que de duas penas de prestação de serviços à comunidade aplicadas simultaneamente." (TRF 4ª Região, ApCrim 2001.71.00.002428-1, 8ª T., rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado, *DJ* 16.06.2004)

"Penal e processual penal. Art. 312, § 1.º do CP. Princípio da insignificância. Impossibilidade. Prescrição retroativa. – Prática do delito de peculato praticado por funcionário da CEF consistente na subtração de numerários da conta de cliente daquela instituição comprovada através de laudo pericial. – Inaplicabilidade do princípio da insignificância nos delitos de peculato, pois não só o bem patrimonial é atingido, mas principalmente o aspecto da probidade e zelo para com a Administração Pública. – Sendo a pena aplicada igual a dois anos, considera-se extinta a punibilidade, desde que decorridos quatro anos, como estabelece o art. 109, V do CP. – Apelação provida. Prescrição retroativa. Extinção da punibilidade." (TRF 5ª Região, ApCrim 2002.83.00.015102-3, 4ª T., rel. Des. Marcelo Navarro, *DJ* 17.02.2005)

O que se pode inferir, dos arestos acima citados, que foram escolhidos aleatoriamente dentro de um universo quase que unânime, seria: a) o bem jurídico protegido pelo tipo peculato seria a probidade administrativa e o patrimônio público; b) o prejuízo econômico é irrelevante, podendo, até mesmo, ser irrisório; e c) a tipicidade caracteriza-se independente do montante apropriado, ou seja, importa apenas lesão a somente um dos bens protegidos: probidade administrativa.

5.4 Algumas críticas ao entendimento dominante

Parte-se por refletir, mais uma vez, acerca do bem juridicamente protegido.

O legislador, no momento da elaboração da norma, determina quais são os valores que a sociedade pretende tutelar a partir de cada construção típica.

No caso em que se está estudando, seriam dois os valores que estariam sendo resguardados no tipo penal peculato, quais sejam: patrimônio público e moralidade administrativa. Assim, pelo princípio da legalidade, ocorreria a tipicidade formal

no momento em que a ação de um funcionário público, ou alguém a ele equiparado, se enquadrasse na conduta prevista no tipo penal.

Para que se tenha a tipicidade material, necessário se faz que haja lesão (dano) ou perigo de lesão ao bem protegido pela norma. Desse modo, devem ser lesionados o patrimônio público e a moralidade administrativa concomitantemente, uma vez que se trata de delito pluriofensivo.

O interesse da Administração, nesse delito, segundo ANTÔNIO PAGLIARO e PAULO JOSÉ DA COSTA JR.,[38] conteria múltiplos aspectos:

"Em primeiro lugar, existe um interesse no mantenimento da coisa. Em outras palavras, se a Administração Pública destinou uma soma ou uma coisa móvel para a obtenção de determinado escopo, é claro que tem interesse nesta destinação. A apropriação ou o desvio da coisa frustra, conseqüentemente, este interesse. Se a coisa pertencer ao particular, o interesse da Administração Pública em não mudar ilegalmente o destino da coisa deriva, quando menos, da possibilidade de que daí advenha uma responsabilidade da Administração para com o particular.

Em segundo lugar, existe um interesse da Administração Pública em que o funcionário público não abuse de seu cargo para locupletar-se indevidamente, ou em benefício de terceiros.

Dois interesses correspondem a duas características que a Administração Pública deve possuir: o bom andamento e a imparcialidade. O bom andamento é ofendido quando o agente, em razão de sua arbitrária disposição sobre a coisa, determina uma atividade Administrativa que não corresponde às finalidades que o ordenamento atribui ao ente público. A imparcialidade é ofendida quando o funcionário público se aproveita de sua posição com respeito à coisa móvel para beneficiar a si próprio ou a um particular, pois que a apropriação ou o desvio de uma coisa móvel possuída em razão de uma função prejudica não só a imparcialidade, como o bom andamento da Administração Pública" (2006, p.39).

No momento em que os pretórios, apesar de entenderem ser o patrimônio público também um bem protegido pela norma, estão julgando que ocorre a ti-

38. PAGLIARO, Antônio. COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: DJP. 3. ed., 2006. p. 39.

pificação do peculato, independente de alguma lesão àquele, ou, mesmo que esta exista, seja irrisória, estariam indo de encontro ao que o legislador estabeleceu, infringindo a segunda função do bem juridicamente tutelado, qual seja, delimitar o campo onde deverá ocorrer a lesão, ou, ao menos, a ameaça desta, para que se configure a tipicidade material de certa conduta.

Leciona ALICE BIANCHINI[39] que a análise da ofensividade da conduta pode ser realizada por dois prismas: um, em nível legislativo e, outro, em nível jurisdicional. Segundo a autora:

"Pelo primeiro, busca-se impedir que o legislador configure tipos penais que não prevejam condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo o bem jurídico tutelado.

O segundo nível 'deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma'" (Palazzo, 1989, p. 80).

Quando o legislador insere no tipo dois bens juridicamente tutelados (pluriofensividade), como se apresenta no presente caso, ele deseja ver sua escolha respeitada pelos demais poderes.

Há, conforme já foi dito, uma vinculação à decisão do legislativo por este ser o que mais representa o povo como titular do poder do Estado.

Não pode, portanto, o Judiciário tomar o lugar do legislador e avaliar que o bem jurídico mais importante é este, e não aquele ou, ainda, que somente a lesão a um deve se configurar, não sendo relevante o ataque ao outro.

Ora, a lesividade é um princípio que deve ser respeitado, sob pena de ser a conduta materialmente atípica. Só será passível de tutela, pela lei penal, a atuação que trouxer, ao menos, uma ameaça de lesão ao bem escolhido, como valor de necessária guarda pelo invasivo Direito Penal.

A par dessas conclusões, entende-se que a ausência de lesão ao patrimônio público, no caso do peculato, não só autoriza o Judiciário a considerar o fato como

39. BIANCHINI, Alice. Op. cit., p. 52.

atípico, como, antes, traz uma permissão para que o Ministério Público excepcione o princípio da obrigatoriedade da ação penal e não denuncie.

5.5 Solução mais adequada

Com base no princípio da fragmentalidade, conforme já foi abordado, o Direito Penal assume um caráter subsidiário. Assim, esse ramo do Direito somente pode agir quando os outros ramos do ordenamento jurídico se mostrarem ineficazes e insuficientes para a repressão da conduta indesejável. Caso isso não ocorra, tem-se que a atuação penal será desnecessária e desproporcional.

No caso do peculato de valor irrisório, apesar da probidade administrativa ter sido lesada, nenhuma lesão, ou ínfima lesão, sofreu o patrimônio público, sendo, portanto, o fato atípico materialmente quanto a esse bem. Tal conduta pode, muito bem, ser combatida – quando o agente for um funcionário público e não particular ao qual se comunicou a elementar – dentro do âmbito do Direito Administrativo importando, até mesmo, em uma pena de demissão.

Se se tratar de particular, co-autor do delito, no mesmo caso, tem-se que também o princípio da insignificância deva ser aplicado, levando à não propositura da ação penal, pois nenhum dever direto existe entre o particular e a Administração, sendo que sua conduta seria típica por lesar os cofres públicos; inocorrendo essa lesão ou sendo de pequena monta, nenhuma razão persiste para o manejo da ação penal.

A propositura de uma ação penal, nesses casos, ofenderia o princípio da eficiência da Administração Pública, previsto no art. 37, *caput*, da CF/88, uma vez que o gasto com recursos materiais e humanos seria absurdamente desproporcional ao ganho que poderia se vir a obter.

Ressalta-se, por fim, a existência de julgados que, embora em expressivo menor número, atendem a tese aqui defendida, a saber:

"Inquérito policial. Atipicidade. Peculato. Insignificância penal. 1. Não configura peculato a doação de valores 'insignificantes' e 'inservíveis', sem qualquer proveito próprio ou alheio. 2. O peculato do art. 312 do CP 'não pode estar dirigido para ninharias' (Francisco de Assis Toledo). 3. Denúncia rejeitada." (TRF 1ª Região, Inq 93.01.24214-1, Corte Especial, rel. Des. Mário César Ribeiro, *DJ* 21.11.1996)

"Penal. Violação de correspondência. Subtração de valor ínfimo. Aplicação do princípio da insignificância. 1. Inexiste justificativa para o exercício do *ius puniendi* estatal em relação às condutas de pequena lesividade, que não chegam a atingir seriamente um determinado bem jurídico tutelado, cabendo, nesses casos, a adoção da regra de *minimus non curat praetor*. 2. Tratando-se de hipótese em que o apelado atuando como carteiro viola envelope, apropriando-se de cheque no valor de R$ 80,00 (oitenta reais), ainda que não chegados ao seu destino os demais componentes de tal invólucro, impõe-se a aplicação do princípio da insignificância uma vez tal valor se mostrar insuficiente para impor a movimentação da máquina judiciária, prestigiando-se, assim, o postulado do direito penal mínimo. 3. Recurso em sentido estrito improvido." (TRF 2ª Região, RSE 2001.02.01.015551-0, 4ª T., rel. Des. Rogério Carvalho, *DJ* 28.08.2001)

"Penal – Peculato (art. 312, *caput*, do CP) – Autoria e materialidade devidamente comprovadas – Princípio da insignificância penal – Princípio da moralidade administrativa. I. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas quanto à prática do tipo penal inserto no art. 312, *caput*, do CP. II. No princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal só vai até onde seja necessário para proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. III. Princípio da moralidade administrativa preservado pela demissão do funcionário por justa causa. IV. Apelo provido para absolver o réu com fulcro no art. 386, V, do CPP." (TRF 3ª Região, ApCrim 96.03.074511-1, 1ª T., rel. Des. Sinval Antunes, *DJ* 28.01.1997)

"Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Peculato desvio. Independência das instâncias. Ação penal. Trancamento. Princípio da insignificância. Ordem concedida. 1. A decisão proferida na esfera judicial não se vincula àquela adotada em sede administrativa, haja vista a independência das instâncias. 2. Hipótese em que inexistem elementos indiciários suficientes para justificar a promoção da ação penal impugnada, porquanto a mesma foi instaurada exclusivamente com base em processos administrativos onde o Paciente não foi sequer indiciado. 3. O ínfimo valor do prejuízo acarretado ao Erário pela conduta atribuída ao Paciente – concessão irregular de diárias de deslocamento – justifica a aplicação do princípio

da insignificância, excluindo-se a tipicidade daquela. 4. Concessão da ordem." (TRF 5ª Região, HC 2003.05.00.020910-0, 4ª T., rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, *DJ* 02.09.2003)."

Por oportuno, cabe ainda fazer referência a importante precedente jurisprudencial, acerca do tema em análise, firmado pelo STF no julgamento do HC 87.478/PA, publicado em 23.02.2007, cuja relatoria coube ao Eminente Ministro Eros Grau, ementado da seguinte forma:

"*Habeas corpus*. Peculato praticado por militar. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Conseqüências da ação penal. Desproporcionalidade. 1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar. 2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R$ 455,00 (quatrocentos e cinqüenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário. 3. A manutenção da ação penal gerará graves conseqüências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida."

Dessa forma, entende-se que a matéria ora apresentada não é de todo descabida, merecendo uma melhor reflexão e mais atenção por parte dos nossos julgadores.

6. Conclusão

O trabalho apresentado não pretendeu, em nenhum momento, defender a extinção ou a drástica redução do princípio da obrigatoriedade da ação penal face aos pequenos delitos.

Procurou-se demonstrar é que esse princípio não deve ser aplicado de forma impensada, muitas vezes por receio de passar uma idéia de desídia com o bem público ou falta de zelo com a moralidade administrativa.

Por óbvio, uma ação penal não deve ser instaurada e levada adiante apenas para mostrar à sociedade um poder público pseudamente moralista e preservador da ordem e dos bons costumes, não se importando com o custo econômico e social de tal atitude.

O histórico dogma da obrigatoriedade da ação penal já deu indícios de flexibilização, e isso deve ser refletido. Este início de mudança deve ser visto sob outros aspectos, como por exemplo, onde realmente se faz necessária a atuação do Estado através do Direito Penal, ou o que pode ser resolvido, com sucesso, por outros ramos do Direito, ou, ainda, se a pena é o instrumento mais adequado para se coibir qualquer tipo de delito contra a Administração, independentemente da lesão causada.

Neste ponto, já é possível se encontrar soluções mais compatíveis na área processual penal. As tentativas de descriminalização e despenalização estão ganhando fôlego na moderna política criminal, originárias da orientação da intervenção mínima do Direito Penal.

Conforme JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE,[40] existem três formas de estratégia para a descriminalização e a despenalização: *forma direta*, que ocorre pela revogação da norma incriminadora; *forma indireta*, que se dá pela adoção de determinadas regras de direito material, como o princípio da insignificância ou de bagatela ou de direito processual, como o princípio da oportunidade e da transação criminal; ou ainda uma *forma sutil*, por meio da manipulação de elementos integrantes do tipo, de modo a transformar uma conduta típica em atípica.

Assim sendo, por que não se utilizar do princípio da insignificância para que não seja dado início a uma ação penal, mesmo que o delito seja cometido contra a Administração Pública?

Lesões ínfimas ou, até mesmo, quase inexistentes, apenas porque praticadas contra a Administração, não podem ser tão consideradas sob pena de, na busca de justiça e de pregação moral, estar-se cometendo exatamente o oposto.

40. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminológica. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 417.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA JÚNIOR. João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. v. 1.

ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier. Bien juridico e constituicion. *Cuadernos de Política Criminal*, Madri, n. 43, 1991.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella (Trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *Manual de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARRARA, Francesco. *Programa de curso de direito criminal*. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra (Trad.). São Paulo: Saraiva, 1956.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo: ANDRADE, Manoel Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

_____. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminológica. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

FERNANDES, Antônio Scarance. Constituição da República, Código de Processo Penal e a sua reforma. In: PENTEADO, Jaques Camargo de (Org.). *Justiça penal*: críticas e sugestões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública* – Uma crítica ao funcionalismo do Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade no direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*: el objeto protegido por la norma penal. Barcelona: PPU, 1991.

HUGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1968. v. 9.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1992. v. 4.

_____. *Lei dos juizados especiais criminais anotada.* São Paulo: Saraiva, 1995.

MANZINI, Vicenzo. *Trattato di diritto penale italiano.* Turim: UTET, 1962. v. 5.

MARQUES, Frederico. Anotações. In: BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sobre o procedimento criminal brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados especiais criminais*: comentários, jurisprudência, legislação. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. *Manual de direito penal.* 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 3.

PAGLIARO, Antônio: COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública.* São Paulo: DPJ, 2006.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado especial criminal*: aspectos práticos da lei 9.099/95. São Paulo: Atlas, 1996.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal.* Barcelona: Bosch, 1972.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Bases críticas do direito criminal.* São Paulo: LED Editora de Direito, 2000.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Ação penal pública.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SOUZA NETTO, José Laurindo. *Processo penal* – Sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

3. Crime e Sociedade

Tipologia dos homicídios: uma análise sociológica das denúncias oferecidas pelo Ministério Público de Minas Gerais

Klarissa Almeida Silva
Mestre em Sociologia pela UFMG.
Pesquisadora do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública, vinculado a mesma instituição de ensino superior.

Resumo: Neste artigo, busco identificar quais são as características relacionadas aos tipos de homicídios que permitem categorizá-los a fim de buscar aproximações e diferenças entre os mesmos. Para tanto, uso 265 denúncias de homicídios consumados e tentados oferecidas, entre 2003 e 2005, pelo Ministério Público de Minas Gerais, na comarca de Belo Horizonte. Para analisá-las, utilizo métodos qualitativos (análise de conteúdo em relação aos textos das denúncias) e quantitativos (análises uni e bivariadas, análise fatorial, além de análises espaciais). Tais técnicas, aliadas às teorias estudadas, permitem categorizar tais crimes, de forma a tipologizá-los no intuito de compreender e explicar o fenômeno, ampliando, desta forma, o conhecimento acerca da temática "Violência e Sociedade".

Palavras-chave: Tipologia – Homicídio – Criminalidade – Ministério Público.

Abstract: In this paper we seek to identify the characteristics related to types of homicide, which allow their categorization, in order to find similarities and differences among them. To this end, we have taken 265 indictments from the Attorney General's Office of Minas Gerais, Belo Horizonte division. For this analysis, we use qualitative methods (content analysis of indictment texts) and quantitative methods (single and bivariate analysis, as well as factor and special

analyses). These techniques, along with theories, which have been studied, allow the categorization of those crimes in such a way as to typologize them, with the objective of understanding and explaining this phenomenon, thus expanding the knowledge regarding the topic "Violence and Society".

Keywords: Typology – Homicide – Criminality – Attorney general's office.

Sumário: 1. Considerações iniciais – 2. Discutindo a construção de tipologias – 3. Metodologia e principais achados – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

Área do direito: Penal-Processo Penal

1. Considerações iniciais[1]

Ampliando discussão realizada em trabalho anterior (SILVA, 2006), este artigo busca aprofundar a compreensão dos crimes de homicídios através da construção de tipologias.

Uma de minhas premissas reside na idéia de que discutir os "motivos" que levam um indivíduo a suprimir (ou tentar suprimir) a vida de outrem pode ser "relevante por ser indicativa das normas sociais de comportamentos vigentes, das expectativas de conduta que estabelecem uma gradação do ato homicida" (FAUSTO, 1984:103), mas incapaz de compreender toda a gama de desejos, impulsos e racionalização capazes de gerar uma conduta agressiva. Neste sentido, seguir a pista das tipologias de crimes torna-se fato instigante e inovador no entendimento deste fenômeno.

Parto do princípio de que não há um crime de homicídio, mas vários crimes de homicídios. Ou seja, postulo, em concordância com a visão do professor Gláucio Soares,[2] que é preciso diagnosticar os vários homicídios para viabilizar

1. Agradecimento especial à professora Dra. Corinne Davis Rodrigues, orientadora de minha dissertação e colaboradora neste artigo. Agradecimentos especiais aos professores Dr. Cláudio Chaves Beato Filho e Dra. Joana Domingues Vargas, também colaboradores.

2. Em palestra proferida no *Seminário internacional homicídios*: perspectivas e experiências de políticas públicas, realizado pela Fundação João Pinheiro, nos dias 30-31.05.2005, em Belo Horizonte/MG.

políticas públicas voltadas ao combate de tais crimes. Neste sentido, entende-se por tipologia a formulação de categorias classificatórias relacionadas, prioritariamente *(1)* ao contexto em que ocorreram os homicídios consumados e tentados – fatores estruturais; e *(2)* ao perfil sócio-biográfico dos agressores e das vítimas, principalmente no que tange às relações sociais entre os envolvidos – fatores individuais. A tipologia que desenvolvo não desconsidera a tipificação jurídica, as ditas qualificadoras dos crimes de homicídios, contidas no Código Penal brasileiro, art. 121, § 2.º, bem como seus agravantes e atenuantes.

O critério adotado em analisar também os crimes de homicídios tentados baseia-se na idéia de que o conflito pode ser entendido como uma ação social. Portanto, os crimes – consumados ou tentados – são aqui entendidos de acordo com o sentido weberiano (1964), uma vez que se trata de uma conduta humana onde o sujeito, ou os sujeitos da ação, atribui a ela um sentido subjetivo. Considerando o motivo como a conexão de sentido, que é para o ator o fundamento de uma conduta, defendo a idéia de que diferenciar eficácia de uma determinada ação da intencionalidade posta pelo sujeito a essa mesma ação seria reduzir o campo analítico da pesquisa. Ou seja, considero que tanto os homicídios consumados quanto os homicídios tentados constituem caso limite da agressividade física, que nada mais é senão uma ação social (WEBER, 1964; FAUSTO, 1984).

A fonte de dados utilizada são 265 denúncias oferecidas pelos promotores de justiça dos primeiro e segundo Tribunais do Júri de Minas Gerais, entre dezembro de 2003 e dezembro de 2005, na comarca de Belo Horizonte. Tais registros constituem o terceiro passo de todo o sistema de justiça criminal, sendo dotados de alto teor de detalhamento da informação e confiabilidade das descrições, constituindo o início da ação penal (VARGAS, 1999; NAVEGA, 1997; CORRÊA, 1983). Justamente por se tratar do início da ação penal, torna-se importante ressaltar que o número de casos aqui analisados será muito inferior ao número de crimes dessa natureza ocorridos de fato, dada a característica do aspecto de funil sob o qual funciona o Sistema de Justiça Criminal no Brasil (VARGAS, 2004; VARGAS et al, 2006; CANO, 2006; BATITUCCI, 2006; ADORNO, 1999).

O objetivo principal deste artigo é discutir a criação de tipologias como forma de compreender e explicar o fenômeno dos homicídios denunciados na comarca de Belo Horizonte. Para tanto, parto da hipótese principal de que, em virtude das informações contidas nas narrativas construídas pelos promotores de justiça referentes

tanto às características de perfil dos envolvidos quanto às caracterizações contextuais do momento de ocorrência do evento, é possível identificar determinados padrões que caracterizem diferentes tipos de homicídios, que se distribuem, inclusive, de forma heterogênea ou não aleatória dentro do território analisado.

2. Discutindo a construção de tipologias

Muitos estudos sociológicos que buscam compreender a criminalidade baseiam-se em categorizações, tipologias dos crimes computados pelas mais diversas fontes de dados de instituições de segurança pública.

Wolfgang e Sellin (1969) empreenderam um dos primeiros grandes estudos desta temática, priorizando a necessidade de se ampliarem as categorias de classificação criminal no lugar das categorias formuladas pelas instituições de segurança pública, através de um índice de criminalidade segundo dados de jovens ofensores. Influenciados por esse estudo, Braga et al (1999), Rosenfeld et al (1999) e Kubrin (2003) categorizaram, respectivamente, crimes envolvendo jovens e drogas, homicídios envolvendo gangues e homicídios. Em geral, os três estudos utilizaram informações contextuais dos casos e, principalmente, relacionamento entre vítimas e agressores.

Partindo desses dois principais critérios classificatórios e pressupondo que muitos homicídios ocorrem dentro de contextos normais e padrões rotineiros da vida, Williams et al (1988) categorizaram a relação social entre vítima a agressor, bem como os conflitos que desencadearam o crime. As correlações entre os tipos de homicídios por ele classificados e as relações sociais entre os envolvidos mostraram que pouco mais da metade dos homicídios entre familiares e entre conhecidos foram precipitados por algum tipo de conflito cotidiano, sendo que a imensa maioria dos homicídios entre estranhos ocorreu por outros motivos. Em geral, os homicídios envolvendo estranhos ocorreram em outras circunstâncias, enquanto homicídios entre parentes ou conhecidos ocorreram mais freqüentemente através de conflitos inter-pessoais.

Partindo do princípio de que o homicídio não é um fenômeno unidimensional, mas sim um fenômeno qualitativamente distinguível através da relação existente entre vítima e agressor, a exemplo de Wolfgang (1958) e Curtis (1974), Parker e Smith (1979) classificaram os homicídios em primário e não primário, baseando-se principalmente na relação entre vítima e agressor. Os homicídios primários são

aqueles que envolvem familiares ou conhecidos e estão usualmente ligados ao ato passional. A segunda categoria liga-se freqüentemente aos instrumentos utilizados quando do cometimento de outros crimes. Os homicídios da primeira categoria são geralmente movidos pela paixão ou impulso, enquanto os da segunda são premeditados ou programados. Em estudo complementar, Parker (1989) classificou os homicídios em: latrocínio, homicídios ocorridos concomitantes a outros crimes, homicídios primários ocorridos entre pessoas não íntimas (como amigos e conhecidos) e homicídios ocorridos entre pessoas íntimas (casados).

Em Campinas, São Paulo, Corrêa (1983) observou quatro categorias de motivos, ou temas apresentados pelos acusados de homicídios passionais, quando da análise dos processos relativos a tais crimes registrados: infidelidade da mulher, abandono ou separação do casal, briga ou agressão mútua e negativa de autoria do crime. Quando da relação existente entre vítima e agressor, os envolvidos foram classificados em maridos, amásios, amantes, noivos ou namorados, cunhado e vizinho das vítimas. Influenciado por esse estudo, Fausto (1984), ao analisar processos julgados na cidade de São Paulo entre 1880 e 1924, classificou os homicídios em temas como honra, afetividade; deveres conjugais ou familiares; disputas por interesses materiais; questões de serviço; jogo, aposta, troça; choque étnico-cultural; violência sexual seguida de morte; roubo e; transgressão da ordem pública. As categorias de relacionamentos compreenderam: parentes, vizinhos, negócios, colegas de trabalho, amantes, amigos, namorados, e outras formas de relacionamento.

Enfatizando outra fonte de dados inerente do Sistema de Justiça Criminal, inquéritos instaurados pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, Lima (2001) buscou explicar e compreender especificamente os homicídios nas metrópoles, principalmente aqueles "motivados" pelo tráfico de drogas, através da análise dos contextos em que tenham ocorrido e por meio da caracterização dos perfis de vítimas e agressores. A tipologia das possíveis causas dos homicídios registrados compreendeu quatro categorias: envolvimento com crime organizado e tráfico de drogas; conflitos inter-pessoais diversos (e.g. brigas entre familiares, nos bares, confrontos e vinganças não relacionadas a drogas); criminalidade não organizada (e.g. latrocínio) e; informação não disponível. A maioria dos homicídios cujos autores foram identificados possuía como causa os conflitos inter-pessoais diversos, como brigas em bares, em domicílios, permitindo supor que os envolvidos eram pessoas

próximas. Por outro lado, o crime organizado e tráfico de drogas representaram pouco mais de 20% dos homicídios cujos autores não foram identificados.

Guardadas as devidas especificidades teóricas e metodológicas de tais estudos, observa-se nitidamente a convergência dos mesmos quando da classificação dos crimes, principalmente, o de homicídios – através dos contextos precedentes e das situações em que eles ocorreram – em conflitos envolvendo questões de drogas, conflitos amorosos e conflitos provocados por discussões comuns à vida social. Por outro lado, os estudos mostraram que vítimas e agressores apresentam relações sociais de proximidade, como parentes, amigos. Tais estudos destacam a importância de tipologizar os crimes de homicídios, através do entendimento de variáveis fundamentais como relações entre vítimas e agressores e circunstâncias em que os crimes ocorreram.

Desta forma, em termos de fatores individuais, a teoria mostra que, em geral, características das vítimas são muito semelhantes às características dos agressores demográfica e socialmente, sendo que os crimes de homicídios ocorrem entre pessoas cujas relações sociais podem ser consideradas próximas ou muito próximas, como é o caso de parentes e amigos. Além disso, nota-se que a maior parte dos agressores é do sexo masculino, a arma de fogo é a mais utilizada e os homicídios geralmente ocorrem em vias públicas, quando advindos de conflitos cotidianos ou interpessoais diversos, e ocorrem em locais privados (domicílios) quando advindos de conflitos amorosos. Nota-se, ainda, a forte relação entre uso de álcool e drogas quando do cometimento dos crimes, o pertencimento ao mesmo grupo social quando se comparam as naturalidades de vítimas e agressores e, principalmente, o baixo status ocupacional das vítimas e dos agressores, caracterizado por ocupações manuais urbanas (PASTORE e VALLE SILVA, 2000). Por último, destaca-se a jovialidade dos envolvidos, entre 19 e 25 anos de idade (SOARES, 2003; CORREA, 1983; LIMA, 2001; FAUSTO, 1984, TOUSSAINT, 2002; BRAGA et al, 1999; WILLIAMS et al, 1988; HIDELANG, 1981; SAMPSON, 1986; KUBRIN, 2003).

Por outro lado, em relação às características estruturais, ou contextuais do momento de ocorrência do delito, é nítida a concentração dos crimes de homicídios em regiões de desvantagem social, com grande percentual de jovens, negros, famílias monoparentais e alto percentual de crianças, cuja média de renda dos chefes de domicílios é baixa, onde a desigualdade social é tida como fator de grande influência no advento da criminalidade como um todo. (COHEN et al, 1998; WILLIAMS et al, 1988; PARKER, 1989; PARKER et al, 1979; ROSENFELD et al, 1999;

KUBRIN, 2003; TOUSSAINT, 2002; SAMPSON, 1984 e 1986; BLAU, 1977; MESSNER et al, 1999; BEATO FILHO et al, 1999; CANO et al, 2001; LIMA, 2001; VARGAS, 2004).

3. Metodologia e principais achados

A problematização deste artigo é criar uma tipologia dos homicídios consumados e tentados denunciados pelo Ministério Público de Minas Gerais, classificando-os através das relações sociais existentes entre vítimas e agressores, e circunstâncias em que esses crimes ocorreram.

Para tanto, coletei 265 denúncias dos crimes de homicídios consumados e tentados oferecidas entre dezembro de 2003 e dezembro de 2005 pelos promotores de justiça dos Primeiro e Segundo Tribunais do Júri, do Ministério Público de Minas Gerais, comarca de Belo Horizonte. As datas de ocorrências desses homicídios estão compreendidas entre 1993 e 2005, exceto registros para 1995 e 1996.

Num primeiro momento, apliquei o método qualitativo da análise de conteúdo (RICHARDSON, 1999), a fim de não somente extrair das denúncias as variáveis componentes do banco de dados, mas principalmente, criar a variável dependente, os tipos de homicídios consumados e tentados. Correlações bivariadas foram elaboradas para medir o grau de associação entre relação social existente entre os envolvidos e a tipologia dos homicídios. Uma técnica analítica utilizada foi a chamada "jornada do crime", que busca medir a distância percorrida pelo agressor entre um local de origem – no caso, sua residência – e o local onde cometeu o delito. Geoprocessados os locais do cometimento dos crimes denunciados, estes foram pontuados em mapas de Belo Horizonte. A variável estrutural mapeada foi o índice de desvantagem social criado a partir de análise fatorial de quatro variáveis (IBGE, 2000): percentual de crianças na UP,[3] percentual de negros na UP, taxa de analfabetismo da UP e percentual de pessoas em idade economicamente ativa, mas sem ocupação profissional na UP (SOARES, 2003; COHEN et al, 1998; WILLIAMS et al, 1998; PARKER, 1989; SAMPSON, 1984 E 1986; ROSENFELD et al, 1999; VARGAS, 2004; MESSNER et al, 1999 e 2002; KUBRIN, 2003; LIMA, 2001). Para implementar essas análises utilizei três softwares, a saber: (1) SPSS, versão 13 para freqüências, crosstabs, correlações

3. Essa variável foi utilizada no lugar de "mortalidade infantil", mais comum aos estudos dessa área, em virtude da ausência desta última no banco de dados utilizado.

e análise fatorial; (2) Mapinfo, versão 6.5 para análises espaciais[4] (geocodificação) e; (3) Crimestat, versão II, para calcular a "jornada do crime".

A base de dados construída compõe-se de 482 casos, os crimes ou as ocorrências registradas que geraram as denúncias. Para evitar vieses analíticos, como a criação de correlações espúrias e interpretações equivocadas, julguei necessário dividir esta base de dados em quatro níveis analíticos, a fim de melhor interpretar os dados de ordem estrutural e individual. Neste ínterim, o primeiro nível de análise representa a base geral, com os 482 crimes computados, sendo que 54,1% referiam-se a homicídios tentados. O segundo nível analítico corresponde às características das denúncias, de ordem mais estrutural, que independem das características individuais dos envolvidos, 265 casos. A terceira base refere-se apenas aos dados dos agressores, ou seja, compõe-se de 343 casos. A última base diz respeito às vítimas dos crimes, abarcando 346 casos através dos quais pude analisar apenas o sexo e a companhia da vítima no momento do crime. Com os dados da primeira base, pude criar, por meio da análise de conteúdo, as tipologias dos crimes bem como as relações sociais entre vítimas e agressores, sendo que as primeiras contaram com a análise das qualificadoras dos crimes de homicídios, do art. 121, § 2.º do CP. Segue o rol das tipologias criadas através dos elementos principais das denúncias que permitiram as respectivas definições.

1. Bala perdida: envolvendo circunstâncias em que a vítima apenas se encontrava próximo ao local da ocorrência, no momento do crime. Na maioria das vezes, esses crimes foram enquadrados nos incisos II, III e IV do art. 121: "(...) os autores desembarcaram e continuaram a fuga correndo e efetuaram novos disparos contra os policiais, vindo a atingir as vítimas [nome1] e [nome2] que transitavam pelas imediações de onde ocorreram os fatos, por erro na execução do crime (...)" (trecho extraído de denúncia analisada).

2. *Caput*: este termo refere-se aos crimes em que as circunstâncias não foram suficientemente apuradas para qualificar o crime. Assim, no texto da denúncia, os agressores foram enquadrados no art. 121, *caput*, equivalente a "homicídio simples": "(...) Como apurado, o Denunciando, após a chegada de sua companheira [fulana de tal] na residência comum, começou a interpelá-la mediante altos brados, em tom ameaçador, apossando-se, ato contínuo, da faca referida, passando a golpeá-

4. Agradecimento especial ao colega de trabalho e competente pesquisador Bráulio Figueiredo Silva – mestre em sociologia pela UFMG e pesquisador do CRISP/UFMG – que, com presteza e atenção, orientou-me nas construções dos mapas e na análise da jornada do crime.

la, gritando de forma recorrente que iria matá-la, causando-lhe lesionamento. Tendo a vítima clamado por socorro, vieram em seu auxílio as vítimas [nome1] e [nome2], também residentes no mesmo domicílio, que intercederam fisicamente e impediram o Denunciando na consumação do ilícito contra a convivente. Inconformado com a intervenção das vítimas [nome1] e [nome2], o Denunciando passou a desferir-lhes golpes com o instrumento cortante contra ambas, com intuito de ceifar-lhes a vida, lesionando-as, não se consumando a volição homicida pelo dissenso dos ofendidos (...)." (trecho extraído de denúncia analisada)

3. Trabalho policial: esta categoria engloba todos os delitos envolvendo policiais militares ou civis, quando estes estavam em trabalho, uma vez que o conflito se deu justamente em virtude de obrigações profissionais desses indivíduos, não diferenciando se correspondiam a agressores ou a vítimas, a grande maioria dos casos. Em geral, esses crimes ocorreram em locais de risco, envolvendo traficantes e/ou criminosos que trocaram tiros com os policiais quando de investigação e/ou perseguição policial: "(...) Quando os denunciados estavam próximo à Rua dos Otoni, esquina com Av. Professor Alfredo Balena, o policial militar Sargento [nome] desembarcou da viatura e iniciou a perseguição a pé. Porém, quando os acusados estavam próximos ao Hospital de Pronto Socorro, os mesmos, fazendo uso das armas de fogo que portavam, efetuaram disparos contra o Sargento PM [nome], não o atingindo, contudo, por circunstâncias alheias às suas vontades (...)" (trecho extraído de denúncia analisada).

4. Drogas/Tráfico: todos os homicídios tentados ou consumados cujas vítimas ou denunciados possuíam envolvimento com drogas, podendo ser inimigos de gangues de tráfico na busca por controle territorial, ou pertencentes a mesma gangue, ou, ainda, possuir relacionamento de usuário e vendedor principalmente nos casos de dívidas relacionadas ao consumo dessas substâncias. A maioria dos casos foram qualificados nos incisos I e IV do art. 121, conjugado com outros artigos, como o 288 – formação de quadrilha ou bando – e art. 69 – quando agente concorre em dois ou mais crimes: "(...) O vínculo subjetivo do denunciado e dos partícipes, na realização dos dois crimes narrados surge cristalino pela prova dos autos, vez que na seara da marginalidade, o denunciado, executor material e seus comparsas, partícipes, em comunhão de propósitos e desígnios tinham por finalidade dar vazão à suas fúrias assassinas, no desejo de eliminar a gangue rival, Gangue do Brochado (...)" (trecho extraído de denúncia analisada).

5. Motivos financeiros: todos os casos cujas circunstâncias antecedentes envolveram questões financeiras como dívidas contraídas de outras ordens senão

por drogas. Geralmente qualificados nos incisos II e IV do art. 121: "(...) O crime foi cometido por motivo torpe, eis que o denunciado tentou ceifar a vida da vítima em virtude da partilha de uma herança (...)" (trecho extraído de denúncia analisada).

6. Vingança: corresponde àqueles casos onde o agressor tinha como objetivo vingar-se da vítima por razões outras que não advindas de drogas e relações amorosas, como brigas anteriores e desentendimentos de outra ordem. Geralmente, enquadrados nos incisos I, II e IV do art. 121: "(...) Segundo restou apurado, o denunciado possuía um arsenal que era guardado por [nome], v. 'Bocão', irmão da vítima, na residência deste. Contudo, durante uma abordagem policial, as referidas armas foram apreendidas, o que gerou no denunciado desejo de se vingar (...)" (trecho extraído de denúncia analisada).

7. Motivos amorosos: todos os casos onde os antecedentes indicavam brigas entre pessoas íntimas, casais de namorados, cônjuges, amantes e, ainda, retaliação devido a rompimento da relação por uma das partes. Geralmente, enquadrados nos incisos I, II, III e IV do art. 121: "(...) Consta do Inquérito Policial que, após um conturbado relacionamento entre o denunciado e a vítima, caracterizado por uma convivência às turras, influenciada pela presença maléfica do álcool, do ciúme e de constantes agressões, teve-se por termo este degradante relacionamento por iniciativa da vítima. Diante da separação em tela, o denunciado, sentindo-se uma profunda revolta e insatisfação materializou o seu instinto vingativo e sentimento de desprezo à genitora da sua filha (...)" (trecho extraído de denúncia analisada).

8. Conflitos cotidianos: envolvendo brigas e discussões de "somenos importância" entre pessoas conhecidas. Na maioria dos casos, qualificadas nos incisos II e IV do art. 121: "(...) Dúvida não resta que o ora denunciado agiu por motivo fútil, haja vista um banal desentendimento[5] desencadeado com sua companheira e seu cunhado [nome], fato que desagradou os outros dois cunhados, o que torna o seu gesto homicida desprovido de uma motivação significante e caracterizado por induvidosa desproporcionalidade (...)" (trecho extraído de denúncia analisada).

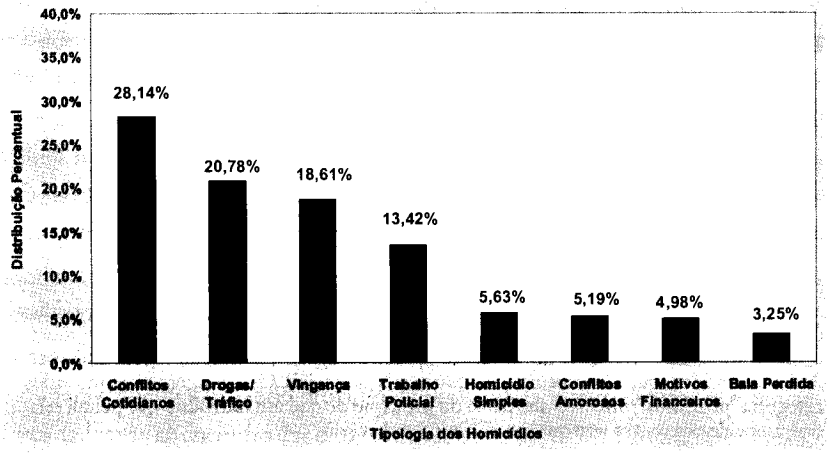
9. Outros não especificados na denúncia: outros casos que não se enquadravam no *caput*, nem havia detalhamento suficiente no texto da denúncia que permitisse caracterizar os crimes, embora qualificados no inciso IV, na grande maioria: "(...) Consta nos autos que no dia dos fatos, a vítima encontrava-se em uma festa em um ao local denominado 'Cantina', quando um amigo seu de nome [Fulano de Tal], o

5. Resumidamente, o desentendimento em questão se deu em virtude de a vítima (cunhado do agressor) não ter conseguido matar uma galinha que seria preparada como refeição do denunciado.

chamou para que fossem embora. O amigo da vítima o deixou em um local próximo de sua residência. [Fulano de Tal] passou a caminhar pela rua, quando já distante, viu que um desconhecido aproximou-se de [nome da vítima], e passou a golpeá-lo com um pedaço de pau. [Fulano de Tal] então, saiu correndo e chamou a polícia, que foi até o local onde estava ocorrendo o fato, sendo o acusado, abordado e preso pela polícia militar (...)" (trecho extraído de denúncia analisada).

O primeiro resultado encontrado mostra que aproximadamente 28% dos homicídios denunciados ocorreram por "conflitos cotidianos", como discussões de somenos importância e que geralmente foram enquadrados pelos promotores no "motivo fútil". Os homicídios envolvendo a temática "drogas/ tráfico" corresponderam a cerca de 20% das causas de homicídios denunciados. Tais resultados coincidem com os estudos de Fausto (1984), Kubrin (2003), Lima (2001) e Williams et al (1988), cujas classificações dos homicídios convergiram para a temática "conflitos cotidianos" ou "interpessoais diversos", em sua maioria, seguidos por questões de "drogas e tráfico".

Gráfico 1
Distribuição percentual das denúncias de homicídios consumados e tentados, oferecidas pelo Ministério Público de Minas Gerais, entre dezembro de 2003 e dezembro de 2005, na comarca de Belo Horizonte, de acordo com tipologia desses crimes



Fonte: Ministério Público de Minas Gerais, Primeiro e Segundo Tribunais do Júri de Belo Horizonte, 2003 a 2005.

N = 462 casos válidos

As correlações bivariadas entre os três tipos mais freqüentes de homicídios – conflitos cotidianos, drogas/tráfico e vingança – e tipos de relações sociais existentes entre vítimas e agressores mostraram-se estatisticamente significantes apenas para tipos de homicídios relacionados a questões de drogas e tráfico ilegal.[6] Os resultados mostraram que os homicídios envolvendo questões de drogas ou tráfico[7] ocorrem mais entre pessoas próximas, ou seja, cujas vítimas eram conhecidas dos agressores (p = 0,000 e coeficiente de Pearson = -0,167). O coeficiente de Pearson indica que essa correlação explica 16,7% dos casos de homicídios relacionados a questões de drogas/ tráfico cujos envolvidos são pessoas conhecidas entre si. Por outro lado, Braga et al (1999) encontraram que vítimas de homicídios não conheciam seus algozes quando de crimes envolvendo questões de tráfico de drogas.

Correlações bivariadas entre os três primeiros tipos de homicídios – conflitos cotidianos, drogas/ tráfico e vingança – e armas utilizadas mostraram-se estatisticamente significantes para armas[8] *x* conflitos cotidianos[9] e para armas7 *x* drogas/tráfico.[10] No primeiro caso, a correlação foi negativa (p = 0,000 e coeficiente de Pearson = -0,292), indicando que 29,2% dos homicídios incitados por conflitos cotidianos são explicados pelo uso de outras armas como arma branca ou agressões físicas do que por armas de fogo. No segundo caso, a correlação foi positiva (p = 0,002 e coeficiente de Pearson = 0,134), mostrando que 13,4% dos crimes relacionados a questões de drogas e/ou tráfico são explicados pelo uso de armas de fogo e não pelo uso de outros instrumentos.

Dos 482 casos coletados nas denúncias foi possível geocodificar 84,8% dos locais de ocorrências dos homicídios e 83,8% dos locais de residências dos agressores, índices que podem ser considerados como excelentes para uma aná-

6. Para tornar possível essa análise, a variável "relações entre os envolvidos" foi recodificada da seguinte forma: 0=muito próximos (e.g. parentes, amigos e relação amorosa); 1=próximos (e.g. conhecidos, vizinhos, relações de dívidas, relações de drogas ou tráfico, inimigos ou desafetos); 2=desconhecidos (que não possuíam nenhuma relação social). Os inimigos foram inseridos na categoria "próximos", uma vez que parto do princípio de que um indivíduo que possui relação de inimizade com outro tem que, no mínimo, conhecê-lo.

7. Codificação: 1=drogas/ tráfico; 0=outros tipos de homicídios.

8. Codificação: 1=armas de fogo; 0=outras armas.

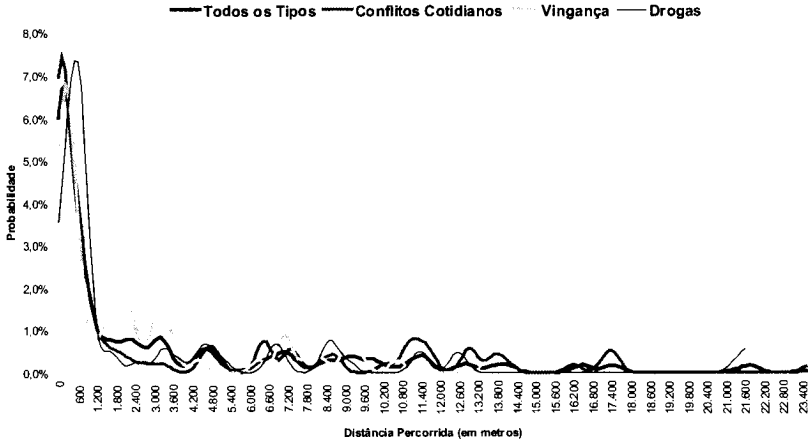
9. Codificação: 1=conflitos cotidianos; 0=outros tipos de homicídios.

10. Codificação: 1=drogas/ tráfico; 0=outros tipos de homicídios.

lise espacial. Dos 404 endereços de residência dos agressores, foram gerados 350 pontos (86,6%) que concomitantemente identificavam os locais das ocorrências e as residências dos agressores. Esse percentual permitiu elaborar a chamada análise de "jornada do crime", mensurando a distância existente entre a residência do agressor e o local da ocorrência. O objetivo principal desse tipo de análise é medir a probabilidade de um crime ocorrer tendo em vista a distância percorrida pelo agressor. (BEATO FILHO et al, 2004).

Para todos esses casos geocodificados, a maior distância percorrida por um agressor entre sua residência e o local do crime foi de 23.500 metros quando do delito causado por conflitos cotidianos, 13.400 metros para homicídios causados por vingança e 21.600 metros para os homicídios relacionados a questões de drogas/tráfico. O gráfico abaixo descreve a distribuição da probabilidade de um homicídio ocorrer em função da distância percorrida pelo agressor, por tipo de crime. Em geral, a maioria dos agressores cometeu os crimes de homicídios a menos de 1.400 metros de suas residências. A linha cinza escura representa as distâncias percorridas para os crimes de conflitos cotidianos, a cinza clara representa os homicídios causados por vingança e a linha preta e fina, os homicídios advindos de questões de drogas/tráfico. A linha preta mais grossa diz respeito a todos os homicídios analisados. As linhas mostram que a probabilidade de um homicídio do tipo conflito cotidiano ocorrer é cerca de 7,5% maior quando o agressor percorre até 700 metros. Para os homicídios relacionados a questões de drogas/tráfico, a probabilidade é 7,5% maior de ocorrer quando o agressor percorre distâncias entre 700 e 1.400 metros. Já para os homicídios ligados à vingança, a probabilidade é quase 7% maior de ocorrer quando o agressor percorre menos de 700 metros e 2% maior quando ele percorre entre 1.400 e 3.500 metros. Respectivamente, 54,3%, 49,1% e 64,4% dos agressores que cometeram homicídios por conflitos cotidianos, vingança e drogas percorreram até 1.400 metros entre suas casas e os locais dos crimes. Em geral, podemos concluir que à medida que as distâncias aumentam, a probabilidade de ocorrer um homicídio declina consideravelmente chegando próximo da probabilidade zero de uma ocorrência. Esses dados vão ao encontro dos estudos de Cohen et al (1998), Lima (2001), Paixão (1995) e Coelho (1978 e 1980), que afirmam que os agressores agem próximos a suas residências, independente dos tipos de homicídios, mas essa relação se torna mais forte quando de tipos relacionados a conflitos amorosos e cotidianos.

Gráfico 2
Probabilidade dos homicídios ocorrerem em função da distância percorrida pelo agressor entre a respectiva residência e o local do crime



Fonte: Ministério Público de Minas Gerais, Primeiro e Segundo Tribunais do Júri, comarca de Belo Horizonte – 2003 a 2005.

Estudos mostraram que a desintegração social, pobreza e percentual de negros associam-se aos homicídios. Além disso, mostraram que desigualdade e heterogeneidade social relacionam-se a homicídios ligados a conflitos interpessoais. Fatores como instabilidade residencial e desvantagens econômicas influenciam também o advento dos crimes de homicídios entre pessoas próximas. Esses estudos mostram, ainda, que os homicídios tendem a se concentrar em algumas poucas áreas das metrópoles e que diferentes características das vizinhanças atrelam-se a diferentes tipos de homicídios. Dessa forma, as áreas com maiores índices de desvantagem social são as que mais concentram as taxas de homicídios. (COHEN et al, 1998; WILLIAMS et al, 1988; PARKER, 1989; TOUSSAINT, 2002; SAMPSON, 1984 e 1986; BLAU, 1977; KUBRIN, 2003; MESSNER, 1999; VARGAS, 2004; PARKER et al, 1979).

A fim de "testar" empiricamente essas teorias, decidi por criar um "índice de desvantagem social – IDS" que compreendesse outras variáveis estruturais – percentual de crianças, percentual de negros, taxa de analfabetos e percentual de desocupados (IBGE, 2000), a partir de análise fatorial, com extração do tipo *varimax*. O índice *alpha* para a análise de confiança feita entre as variáveis com-

ponentes foi de 0,767, permitindo a elaboração sólida da análise fatorial. Todas as variáveis correlacionaram-se[11] forte e positivamente ao fator criado para o qual elas convergiam: desvantagem social. Além disso, os valores dos *eigenvalues*[12] foram de 75,8% para a variável "percentual de crianças", 18,28% para "percentual de negros", 4% para "taxa de analfabetismo" e 1,8% para "percentual de desocupados". Após a criação do novo fator, padronizei o mesmo através da fórmula desvantagem social = (10 * fator 1) + 50, onde 10 corresponde ao valor do desvio padrão e 50, ao valor da média para padronização de qualquer variável. Feito isso, os valores do índice padronizado apresentou uma amplitude entre 28,17% e 71,48%, indicando que uma divisão por quartil poderia ser satisfatória à análise proposta.

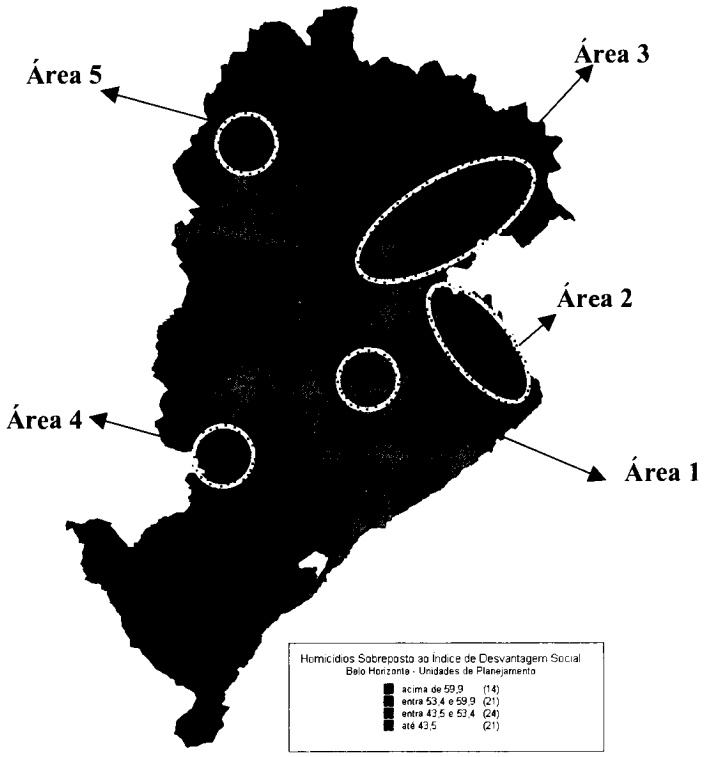
- 1.º quartil: IDS com valores até 43,5% – baixo; 2.º quartil: IDS com valores entre 43,5% e 53,4% – médio; 3.º quartil: IDS com valores entre 53,4% a 59,9% – alto; 4.º quartil: IDS acima de 59,9% – muito alto

As matizes cinzas do mapa representam os quartis, sendo o tom mais claro referente ao 1.º quartil e o tom mais escuro referente ao último quartil. Os endereços dos locais dos crimes encontram-se representados por pontos na cor preta e podem ser observados no mapa 1. Ele mostra que as ocorrências de homicídios consumados e tentados cujos autores foram denunciados concentram-se em cinco áreas de Belo Horizonte. Destas, apenas uma (área 1) possui índices no primeiro quartil. Três delas (áreas 3, 4 e 5) encaixam-se no terceiro quartil. A área 2 compreende UPs enquadradas no segundo e último quartis, podendo esses valores do índice ser respectivamente classificados em "médio" e "muito alto", corroborando a associação entre desvantagem social e homicídios, principalmente se considerarmos a nítida influência de regiões que possuem altos índices de desvantagem social sobre regiões próximas, agindo como pólo distribuidor da violência e da criminalidade, como discutido por Kubrin (2003) quando analisando a estrutura da vizinhança de determinadas regiões dos EUA. Esses resultados vão ao encontro dos estudos de Sampson (1984), Blau (1977), Kubrin (2003), Messner (1999), Cano et al (2001), Paixão (1995), Coelho (1978 e 1980) e Adorno (1993).

11. Coeficientes de correlação: percentual de crianças = 0,973; percentual de negros = 0,944; taxa de analfabetismo = 0,868 e percentual de desocupados = 0,668.

12. Os *eigenvalues* são valores que mensuram a proporção da variância total de cada variável ao fator criado.

Mapa 1
Distribuição territorial do número de denúncias de homicídios consumados e tentados, por local de registro da ocorrência, sobreposto ao Índice de Desvantagem Social, em Belo Horizonte

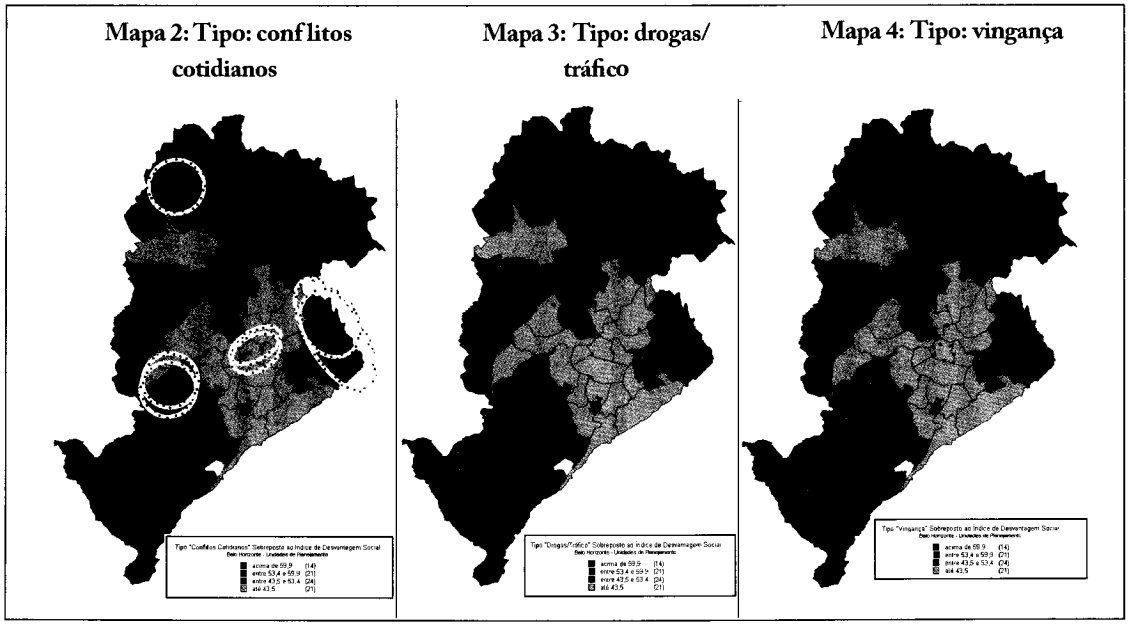


Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2000/Centro de Estudos em Criminalidade e Segurança Pública da UFMG, 2002/Ministério Público de Minas Gerais, Primeiro e Segundo Tribunais do Júri, 2003 a 2005. Nota: a área em branco indica ausência de dados.

Os mapas 2, 3 e 4 referem-se à localização territorial dos homicídios consumados e tentados dos três principais tipos de homicídios: conflitos cotidianos, drogas e/ou tráfico e vingança. Esses três tipos de homicídios somam 67,53% dos casos analisados. Assim, os homicídios consumados e tentados advindos de conflitos cotidianos apare-cem mais aglomerados em quatro das cinco áreas delimitadas no mapa

Mapas 2, 3 e 4:

Distribuição territorial do número de denúncias de homicídios de acordo com local de registro da ocorrência sobreposto ao Índice de Desvantagem Social, por tipologia desses crimes



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2000/ Centro de Estudos em Criminalidade e Segurança Pública da UFMG, 2002/ Ministério Público de Minas Gerais, Primeiro e Segundo Tribunais do Júri, 2003 a 2005. Nota: a área em branco indica ausência de dados.

anterior. Em relação aos homicídios oriundos de conflitos envolvendo drogas e tráfico ilegal, notam-se nitidamente dois pontos de concentração: um deles equivalente à área cujo índice encontra-se no 3.º quartil, alto índice de desvantagem social, e o outro localizado na área 2, mesclando os índices de desvantagem social classificados como médios e muito altos. Segundo Rosenfeld et al (1999), os homicídios relacionados a conflitos de gangues de drogas concentram-se em áreas com altos índices de desvantagem e instabilidade social, além de apresentarem altos percentuais de negros. Cohen et al (1998) detectaram que áreas com taxas de desemprego, onde há concentração de pobreza apresentam altas taxas de homicídios envolvendo jovens armados e gangues de drogas. Por último, os homicídios cujas características confluem para o tipo vingança concentram-se no Centro da cidade, onde o índice de desvantagem social é baixo, no 1.º quartil. Apesar de este resultado diferenciar-se dos achados da maioria dos estudos aqui considerados, uma possível explicação pode ser a alta concentração dos bares nessa região de Belo Horizonte, uma vez que contextos como brigas anteriores ocorridas nesses estabelecimentos foram considerados na análise de conteúdo das denúncias quando da classificação dos tipos de homicídios.

4. Considerações finais

Este artigo teve por objetivo discutir a criação de tipologias para os crimes de homicídios como uma nova forma de se compreender as características desses crimes, principalmente no que se refere à identificação de determinados padrões contextuais, de relacionamento social entre os envolvidos e distribuição territorial.

Os resultados mostraram que os tipos mais recorrentes de homicídios foram conflitos cotidianos, drogas/ tráfico e vingança, que, juntos somam 67,53%. Em geral, pode-se inferir que as vítimas conhecem seus agressores e as correlações mostraram que os homicídios causados por drogas envolvem pessoas conhecidas entre si, ao contrário de estudos como o de Braga et al (1999), onde esse tipo de crime envolve pessoas estranhas entre si. Além disso, à medida que as distâncias entre residência do agressor e local do crime aumentam, diminui a probabilidade de crimes de homicídios ocorrerem. Em relação ao uso de armas, a arma de fogo foi a mais utilizada pelos agressores (69%), sendo que os crimes envolvendo conflitos cotidianos foram cometidos mais pelo uso de outras armas como agressões físicas e armas brancas. Os crimes envolvendo drogas tiveram a arma de fogo como principal instrumento.

Esses dados concordam com a maioria dos estudos sobre o tema, principalmente o de Soares (2003) que mostra o grande aumento do uso de armas de fogo no Brasil, entre 1979 e 1995, indicando que o armamento da população civil deve ser combatido de forma eficiente na busca de poupar vidas. Os resultados encontrados mostram que as ocorrências dos crimes de homicídios consumados e tentados cujos agressores foram denunciados concentram-se em áreas desfavorecidas socialmente, conforme as leituras de Cohen et al (1998), Williams et al (1988), Toussaint (2002), Lima (2001), Sampson (1984), Paixão (1995), dentre outros. Tais áreas podem ser caracterizadas por médios e altos índices de desvantagem social.

Estudar os homicídios através da criação de tipologias indica a possibilidade de combater esses crimes por meio de políticas públicas focadas em cada um dos tipos, uma vez que tanto os perfis dos envolvidos como os contextos em que eles ocorrem se diferenciam demasiadamente. Esse ponto, a meu ver, é o de maior contribuição sociológica deste estudo.

Por último, destaco a importância de se discutir, no âmbito acadêmico e social, a criminalidade por meio de tipologias dos crimes. Assim também, uma maior exploração dos dados aqui apresentados, bem como análises críticas contribuem, sobremaneira para o crescimento da temática violência e criminalidade na sociologia .

5. Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio et al. O tempo da justiça: A questão da morosidade processual. In: PINHEIRO, Paulo Sergio. *Continuidade autoritária e construção da democracia* – relatório final. Núcleo de Estudos da Violência da USP. São Paulo, 1999.

BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. O homicídio em Minas Gerais: uma análise do fluxo de processamento dos crimes contra a vida na capital mineira. *Anais da ALASCIP*. Campinas, 04-06.09.2006.

BEATO FILHO, Claudio Chaves et al. Desigualdade, desenvolvimento sócio-econômico e crime. *Anais do Seminário Desigualdade e Pobreza no Brasil – IPEA*. Rio de Janeiro, 1999.

BEATO FILHO, Claudio Chaves et al. Using Journey to Crime for Differente Age Groups of Offender. In: LEVINE, Ned. *CrimeStat III*: A spatial sta-

tistics program for the analysis of crime incident locations (version 3.0). Ned Levine & Associates: Houston, TX/National Institute of Justice: Washington, 2004.

BRAGA, Anthony et al. Youth Homicide in Boston. *Homicide Studies*. 3-4.11.1999.

CANO, Ignácio. Mensurando a impunidade no sistema de justiça criminal no Rio de Janeiro. *Anais da ALASCIP*. Campinas, 04-06.09.2006.

COELHO, Edmundo Campos. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. *Revista de Administração Pública*, v. 12, n. 2. Rio de Janeiro, abr.-jun. 1978.

_____. Sobre sociólogos, pobreza e crime. *Revista de Ciências Sociais*, v. 23, n. 3. Rio de Janeiro, 1980.

COHEN, Jacqueline et al. The role of drug markets and gangs in local homicide rates. *Homicide Studies*, v. 2, n. 3, 1998.

CORREA, Mariza. *Morte em família*: representações jurídicas de papéis sexuais. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano*: a criminalidade violenta em São Paulo (1880-1924). São Paulo: Brasiliense, 1984.

HIDELANG, Michael J. Variations in sex-race-age-specific incidents rates of offending. *American Sociological Review*. v. 46, 1981.

KERLINGER, Fred N. et al. *Multiple regression in behavioral research*. New York University, 1973.

KUBRIN, Charis E. Structural covariates of homicide rates: does type of homicide matter? *Journal of Research in Crime and Delinquency*, v. 40, n. 2, 2003.

LIMA, Renato Sérgio. *Conflitos sociais e criminalidade urbana*: uma análise dos homicídios cometidos no município de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo. Dissertação de Mestrado (mimeo), 2001.

LITWIN, Kenneth. A multilevel multivariate analysis of factors affecting homicide clearances. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, v. 41, n. 4, 2004.

MESSNER, Steven F. et al. The spatial patterning of county homicide rates: an application of exploratory spatial data analysis. *Journal of Quantitative Criminology*, v. 15, n. 4, 1999.

_____ et al. The interchangeability of homicide data sources: a spatial analytical perspective. *Homicide Studies*, v. 6, n. 3, 2002.

NAVEGA, Elisabete Joly. *Manual prático de direito penal e processo penal.* São Paulo: Sugestões Literárias, 1997.

PAIXÃO, Antonio Luiz. Crime, controle social e a cultura oficial da sociologia. *Sociedade e Estado*, v. 4, n. 2, 1995.

PARKER, Robert Nash et al. Deterrence, Poverty and Type of homicide. *The American Journal of Sociology*, v. 85, n. 3, 1979.

PARKER, Robert Nash. Poverty, subculture of violence, and type of homicide. *Social Forces*, v. 67, n. 4. University of North Carolina Press, 1989.

PASTORE, José et al. *Mobilidade social no Brasil.* São Paulo: Makron Books, 2000.

RICHARDSON, Roberto. *Pesquisa social:* métodos e técnicas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ROSENFELD, Richard et al. Facilitating violence: a comparison of gang-motivated, gang-affiliated and nongang youth homicides. *Journal of Quantitative Criminology*, v. 15, n. 4, 1999.

SAMPSON, Robert. Group size, heterogeneity, and intergroup conflict: a test of blau's inequality and heterogeneity. *Social Forces*, v. 62, n. 3, University of North Carolina Press, 1984.

_____. Effects of inequality, heterogeneity and urbanization on intergroup victimization. *Social Science Quarterly*, 67:4, 1986.

SILVA, Klarissa Almeida. *Tipologia dos homicídios consumados e tentados*: uma análise sociológica das denúncias oferecidas pelo Ministério Público de Minas Gerais, comarca de Belo Horizonte. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, UFMG. Belo Horizonte, 2006.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. *Não matarás* – desenvolvimento, desigualdade e homicídio: as macrovariatas. Rio de Janeiro. (mimeo), 2003.

TOUSSAINT, Danielle Watts. *Risk-taking and homicide victimization*: a multilevel study. The University of Texas at Austin. United States of America. Tese de Doutorado (mimeo), 2002.

VARGAS, Joana Domingues. Familiares ou desconhecidos? A relação entre os protagonistas do estupro no fluxo do sistema de justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 40. Brasil, 1999.

_____. *Estupro*: Que justiça? Fluxo do funcionamento e análise do tempo da justiça criminal para o crime de estupro. Instituto Universitário de Pesquisas

do Rio de Janeiro (IUPERJ). Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. (mimeo), 2004.

VARGAS, Joana Domingues et al. O tempo e a morosidade processual na justiça criminal: discussões metodológicas. *Anais da ALASCIP*. Campinas, 04-06.09.2006.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*: esbozo de sociologia compreensiva. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires, 1964.

WILLIAMS, Kirk R. et al. The social production of criminal homicide: a comparative study of disaggregated rates in american cities. *American Sociological Review*, v. 53, n. 3, 1988.

WOLFGANG, Marvin et al. *Delinquency*: selected studies. John Wiley & Sons, Inc. University of Pensilvânia. United States of América, 1969.

4. Direito em Ação

4.1 Decisões paradigma

Prisão preventiva para extradição. Requisitos

HC 91657/SP – Sessão Plenária – STF – j. 13.09.2007 – maioria – rel. Min. Gilmar Mendes – *DJE* 14.03.2008 – **Área do Direito:** Constitucional/ Penal-Processo Penal.

HC 91657/SP – São Paulo.

Relator: Min. Gilmar Mendes.

Paciente: Fulano de Tal.

Impetrante: Eduardo Nunes de Souza.

Coator: Relator da PPE 588 do Supremo Tribunal Federal.

Ementa: Habeas corpus. *1. Pedido de revogação de prisão preventiva para extradição (PPE). 2. Alegações de ilegalidade da prisão em face da instrução insuficiente do pleito extradicional; nulidade da decisão que decretou a prisão do extraditando por falta de manifestação prévia da Procuradoria-Geral da República (PGR); e desnecessidade da prisão preventiva, sob o fundamento de que a liberdade do paciente não ensejaria perigo para a instrução criminal desenvolvida pelo Governo do Panamá. 3. Suposta insuficiência da instrução do pedido extradicional. Informações prestadas pelo relator da Extradição 1091/Panamá indicam que o pleito está sendo processado regularmente. 4. Alegação de nulidade da decisão que decretou a prisão do paciente por falta de manifestação prévia da PGR. Providência estranha ao procedimento da PPE, pois não há exigência de prévia manifestação da PGR para a expedição do mandado de prisão. 5. Alegação de desnecessidade da PPE. A custódia subsiste há quase quatro meses e inexiste contra o paciente sentença de condenação nos autos do processo instaurado no Panamá. 6. PPE. Apesar de sua especificidade e da necessidade das devidas cautelas em caso de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, é desproporcional o*

*tratamento que vem sendo dado ao instituto. Necessidade de observância, também n a PPE, dos requisitos do art. 312 do CPP, sob pena de expor o extraditando a situação de desigualdade em relação aos nacionais que respondem a processos crimina is no Brasil. 7. A PPE deve ser analisada caso a caso, e a ela deve ser atribuído limite temporal, compatível com o princípio da proporcionalidade; e, ainda, que esteja em consonância com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que com partilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. 8. O Pacto de San José da Costa Rica proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana (art. 7.º, 5). 9. A prisão é medida excepcional em nosso Estado de Direito e não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos (art. 5.º, LXVI). Inexiste razão, tanto com base na CF/88, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, para que tal entendimento não seja também aplicado às PPEs. 10. Ordem deferida para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da Extradição 1091/Panamá. Precedentes: Ext 1008/Colômbia, rel. (*sic*) DJ 17.08.2007; Ext 791/Portugal, rel. Min. Celso de Mello,* DJ *23.10.2000; AC 70/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence,* DJ *12.03.2004; Ext- QO 1054/EUA, rel. Min. Marco Aurélio,* DJ *14.09.2007.*

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do STF, em Sessão Plenária, sob a presidência da Sra. Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deferir a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator.

Brasília, 13 de setembro de 2007 – GILMAR MENDES, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Gilmar Mendes* (relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Eduardo Nunes de Souza, em favor de Fulano de Tal. Nestes autos, a defesa aponta como autoridade coatora o Min. Ricardo Lewandowski, relator da prisão preventiva para Extradição 588/Panamá (Ext 1091/Panamá).

Os presentes autos foram a mim distribuídos em 13 de junho de 2007 (f.).

Em 28.06.2007 (f.), proferi o seguinte despacho:

"Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora, o relator da PPE 588/Panamá, Min. Ricardo Lewandowski, acerca da atual fase de tramitação do feito.

Após, apreciarei o pedido de medida liminar" – (f.).

Na Petição 107.705, de 09.07.2007, o Min. Ricardo Lewandowski prestou as seguintes informações:

"Em 04.05.2005, o Exmo. Min. da Justiça, por meio do Aviso 854/MJ encaminhou pedido de prisão preventiva, para fins de extradição, formulado pelo Governo do Panamá contra o nacional colombiano Fulano de Tal.

Ao apreciar o pedido, em 07.05.2007, consignei que:

(...)

'Assim, mediante Providência de 17.05.2006, dispôs a detenção preventiva de Fulano de Tal, entre outros, por presunto infrator das disposições contidas no Capítulo VI, nomeada Branqueo de Capitais, do Título XII, nomeado Delitos contra a Economia Nacional, do Livro Segundo do Código Penal e do art. 1 do Texto Único de Drogas de 29.08.1994, que contém a Lei 23 de 30.12.1986, reformada pela Lei 13 de 27.07.1994, que sanciona o delito de associação ilícita para delinqüir em matéria de drogas.'

Em face do exposto, decretei a prisão preventiva para fins de extradição do nacional colombiano Fulano de Tal.

A decisão foi comunicada aos Senhores Coordenadores-Gerais da Política Criminal Internacional (Interpol) e da Polícia de Imigração por meio de telegrama eletrônico (f., respectivamente).

Também o Excelentíssimo Ministro da Justiça foi cientificado do quanto decidido, a quem solicitei informasse a esta Corte, para efeito do prazo aludido no art. 82 da Lei 6.815/80, sobre a data em que a Missão Diplomática do Estado requerente tomar ciência, formalmente, da efetivação da custódia (f.).

Em 10.05.2007, tanto a Polícia Federal como a Interpol comunicaram a prisão, declinando como local da custódia a Superintendência Regional de Polícia Federal de São Paulo (...)

A defesa de Fulano de Tal requereu, em 17.05.2007, a revogação da prisão preventiva.

(...)

'Isso posto, indefiro o pedido de revogação da prisão preventiva.'

Em 21.05.2007, o Ministério da Justiça informou que a prisão foi comunicada ao Ministério das Relações Exteriores, a fim de que o país requerente formalizasse o pedido de extradição, no prazo legal. (...)

O Consulado Geral da Colômbia, por meio do NC 298, apresentou argumentos que entendia abonadores da conduta de Fulano de Tal.

(...)

O Excelentíssimo Ministro da Justiça, por meio do Aviso 1129/MJ, encaminhou 'com base na promessa de reciprocidade de tratamento para casos análogos, a teor do art. 76 da Lei 6.815, de 19.08.1980, alterada pela Lei 6.964, de 09.12.1982, os anexos documentos justificativos e formalizadores do pedido de extradição do nacional colombiano Fulano de Tal, formulado pelo Governo do Panamá' (f. da Extradição 1091, a que foi apensada o Pedido de Prisão Preventiva para fins de Extradição 588).

Em face da robustez de documentos ofertados e em consonância com a previsão legal, expedi Carta de Ordem, em 29.06.2007 (f.), para um dos juízes da Seção Judiciária de São Paulo, após livre distribuição, para interrogatório e recebimento de defesa do extraditando (arts. 85 da Lei 6.815/80 e 211 do RISTF).

(...)." (f.)

Em 11.07.2007, a Ministra presidente, Ellen Gracie, indeferiu a medida liminar pleiteada (f. – *DJ* 02.08.2007).

Neste *habeas corpus*, as alegações da defesa são as seguintes:

a) ilegalidade da prisão preventiva do paciente em face da instrução insuficiente do pedido de extradição;

b) nulidade da decisão que decretou a prisão do paciente por falta de manifestação prévia da Procuradoria-Geral da República; e

c) desnecessidade da prisão preventiva, considerando que a liberdade do paciente não ensejaria perigo para a instrução criminal desenvolvida pelo Governo do Panamá.

Com relação à alegação de ilegalidade da prisão preventiva do paciente em face da instrução insuficiente do pedido de extradição (item *a* acima), a defesa considerou:

"[...] Ao se verificar atentamente os documentos que foram acostados ao pleito do Governo do Panamá, e encontram-se acostados às f. dos autos originais (ora reproduzido em sua íntegra nas cópias que acompanham o presente), com tradução às f., também daqueles autos, verifica-se que em nenhum momento, foram trazidos ao pedido, documentos – sequer cópias simples, autenticadas ou mesmo certidões – que comprovassem a existência ou de sentença condenatória, ou de auto de prisão em flagrante delito, ou de tentativa de fuga do ora paciente, e nem mesmo a existência de um mandado de prisão cautelar (preventiva, temporária, etc.) contra o mesmo" – (f.).

Com relação à alegação de nulidade da decisão que decretou a prisão do paciente por falta de manifestação prévia da Procuradoria-Geral da República (item *b* acima), a impetração asseverou:

"[...] Não bastasse a falta de documento obrigatório e apto a comprovar a existência da alegada ordem de prisão preventiva em desfavor do ora paciente, conforme mencionado no item acima, é de se ressaltar também, I. Ministros, que, diferentemente do que entendeu a douta Autoridade Coatora em seu r. despacho que indeferiu a revogação da prisão preventiva para extradição, o feito que originou a interposição do presente *mandamus*, s.m.j., não tramitou de forma correta e como determina nossa legislação e principalmente a nossa Constituição Federal, uma vez que mesmo antes da decretação inicial da prisão preventiva do ora paciente, não fora aberta vista dos autos ao douto Procurador-Geral da República, que deve sempre atuar em todos os processos de competência dessa C. Corte (art. 103, § 1.º, da CF), e especificamente também nos casos de pedido de extradição (art. 212, do RISTF), seja como parte, ou no caso em análise, como *custus legis*.

[...]

E como também não foram observados pela douta Autoridade Coatora tais dispositivos legais – principalmente o Constitucional –, que determinam a participação do Representante-Maior do Ministério Público Federal como fiscal da lei a ser aplicada, em todos os atos de competência dessa Corte, claro é que a r. decisão que determinou a prisão preventiva do ora paciente para fins de extradição e que indeferiu sua revogação, não pode produzir seus efeitos, visto que eivada de nulidade insanável, devendo, dessa forma, imediatamente ser expedido o competente alvará de soltura a favor do ora paciente.

Assim, claro fica que sua prisão preventiva para fins de extradição jamais poderia ter sido decretada e até mesmo cumprida, tratando-se de prisão cautelar totalmente nula, e que por tal motivo, deve ser liminarmente revogada por meio do presente *writ*, colocando-se o ora paciente em liberdade" – (f.).

Com relação à alegação de desnecessidade da prisão preventiva, considerando que a liberdade do paciente não ensejaria perigo para a instrução criminal desenvolvida pelo Governo do Panamá (item *c* acima), a defesa do paciente afirmou:

"[...] o ora paciente foi detido pelos agentes policiais federais da Interpol em São Paulo, por volta das 6:30 horas da manhã, em sua residência, e no endereço que o mesmo sempre forneceu às autoridades policiais e judiciárias no Brasil, onde fora anteriormente cumprido o r. mandado de busca e apreensão e onde na ocasião

estava dormindo, não tendo oferecido qualquer tipo de resistência, tendo, ainda, mesmo sem pedido da D. Autoridade Policial Federal da Interpol, espontaneamente, colocado seu passaporte à disposição daquela autoridade – que acabou por lavrar o respectivo auto de exibição/arrecadação e apreensão – demonstrando, assim, mais uma vez sua intenção de não fugir ou de se ausentar do Brasil, para responder aos chamados das autoridades nacionais ou estrangeiras.

Logo, pelos fatos acima narrados, e acontecidos nesse último ano, claro fica que o ora paciente nunca apresentou nenhum tipo de perigo para a instrução criminal desenvolvida pelo Governo do Panamá, de forma que não haveria motivo para que fosse decretada sua prisão preventiva para fins de extradição, como *in casu* acabou por ocorrer" – (f.).

Por fim, a defesa pleiteou:

"[...] diante da coação ilegal a que está sendo sujeito o ora Paciente, outro não pode ser o entendimento de V. Exas., senão o de, após a concessão da liminar pleiteada, ao final, conceder definitivamente a ordem de *habeas corpus* a favor do mesmo, a fim de que seja revogada integralmente a indevida prisão preventiva para extradição imposta ao ora paciente, colocando-se o mesmo em liberdade e dessa forma fazendo com que ele possa, se o caso, responder ao processo em liberdade, bem como não tenha seu direito de defesa cerceado, até sua decisão final, tendo em vista as ilegalidades que foram cometidas contra o ora Paciente pelas Autoridades Panamenhas e *s.m.j.*, equivocadamente, corroboradas pela douta Autoridade Coatora, fazendo com que ele retorne ao seu *status libertatis* anterior e que lhe é constitucionalmente assegurado e consagrado" – (f.).

O parecer do Ministério Público Federal (f.), da lavra da Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques, é pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Gilmar Mendes* (relator): O argumento principal do presente *habeas corpus* é o constrangimento ilegal pelo qual estaria passando o paciente, em virtude da decretação de sua prisão preventiva para fins de extradição.

A defesa alega ilegalidade da prisão preventiva do paciente pelo fato de o pedido extradicional não estar suficientemente instruído. Requer seja declarada a nulidade da decisão que decretou a referida prisão do paciente, por não ter havido manifestação prévia por parte da Procuradoria-Geral da República. Aduz, ainda, a

desnecessidade da prisão preventiva, considerando que a liberdade do paciente não ensejaria perigo para a instrução criminal promovida pelo Governo do Panamá.

O Governo do Panamá, nos autos da Extradição no 1091, requereu a extradição instrutória do ora paciente, que foi acusado, pela "Fiscalía Primera Especializada en Delitos Relacionados com Drogas", Ministério Público do Panamá, pela suposta prática de crime contra a economia nacional e outros (lavagem de dinheiro e associação ilícita para delinqüir em matéria de drogas).

Verifico, ainda, que o Governo do Panamá também encaminhou pedido de Cooperação Internacional do Ministério Público do Panamá para que o ora paciente fosse interrogado no Brasil, por estar sendo investigado, naquele País, por suposta prática de lavagem de dinheiro e associação para o tráfico internacional de entorpecentes. Referido pedido foi feito com amparo no art. 18 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo – Dec. 5.015/2004), pelo art. 35 da Convenção Única sobre Entorpecentes – Nova York (Dec. 54.216/64) e pelo art. 21 da Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas (Dec. 79.388/77) e refere-se ao mesmo inquérito que foi objeto do pedido de extradição.

A solicitação de cooperação internacional foi distribuída à 2.ª Vara Criminal Federal do Estado de São Paulo em 24.04.2007. (Apenso, cópia dos Autos 2007.61.81.004267-4, f.)

No que se refere ao item *a*, a saber, a suposta ilegalidade da prisão preventiva do paciente em face da instrução insuficiente do pedido de extradição, considero não assistir razão ao ora paciente, por entender, a partir das informações prestadas pelo relator da Extradição 1091/Colômbia, o Min. Ricardo Lewandowski, apontado como coator nestes autos de *habeas corpus*, que a instrução da extradição está sendo processada regularmente, de acordo com os ditames da Lei 6.815/80.

Sobre a questão, assim se manifestou a Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de lavra da Dra. Cláudia Sampaio Marques:

" (...) 7. Segundo a jurisprudência pacífica desse Tribunal e consoante os termos do art. 84, da Lei 6.815/80, a prisão preventiva é pressuposto *indispensável* para o regular processamento do pedido de extradição, *verbis:*

'Habeas corpus. Prisão preventiva para extradição. Condição de procedibilidade do pleito extradicional. Improcedência da alegação de que a ordem de prisão teria sido cassada pelo país requerente. Vícios de forma no mandado de prisão. Insubsistência, ante a formalização do pleito extradicional. 1. *A prisão preventiva*

para extradição constitui requisito de procedibilidade do processo extradicional, que só terá seu curso regular se o extraditando estiver preso à disposição do STF. (...)' (HC 90070, rel.: Min. Eros Grau, *DJ* 30.03.2007) (grifados).

8.Outrossim, quanto ao argumento de que não teriam sido trazidos aos autos documentos que comprovassem a existência ou de sentença condenatória ou de auto de prisão em flagrante ou de tentativa de fuga do paciente ou de mandado de prisão cautelar, conforme exige os arts. 80 e 82 da Lei 6.815/80, não assiste razão ao impetrante.

9.É reiterado o entendimento dessa Corte que o ordenamento jurídico brasileiro, no que concerne aos processos de extradição, não exige que a ordem de prisão tenha sido emanada, necessariamente, de autoridade estrangeira integrante do Poder Judiciário, bastando que se cuide de autoridade investida, nos termos da legislação do próprio Estado requerente, de atribuição para decretar a prisão (Ext 744, rel. Min. Celso de Mello. *DJ* 18.02.2000; Ext 746, rel. Min. Maurício Corrêa. *DJ* 06.08.1999; Ext 633, rel. Min. Celso de Mello. *DJ* 06.04.2001).

10. Ademais, o pedido de prisão preventiva para extradição foi encaminhado pelo meio diplomático, o que confere autenticidade e veracidade à toda documentação sob análise (art. 80, § 1.º do Estatuto do Estrangeiro), constando, dentre os documentos, a solicitação de detenção feita pelo Ministério Público panamenho à sua representação diplomática no Brasil (f.).

11. Pertinente esclarecer que não é suscetível de análise nesta via estreita do *habeas corpus* a existência ou não de legislação que outorgue competência ao Ministério Público panamenho para requerer a prisão preventiva, matéria esta que vem a se confundir com o próprio mérito da extradição. (Ext 837, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 30.04.2004)." (f.)

O item *b* refere-se à alegada nulidade da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, por falta de prévia manifestação da Procuradoria-Geral da República. Aqui também não vislumbro quaisquer irregularidades, como também afirmou o Min. Lewandowski quando, em despacho de 22.05.2007 indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva:

"(...) Melhor sorte não lhe assiste quanto ao argumento de que a ausência de manifestação da Procuradoria-Geral representa nulidade. É que o mencionado artigo do RISTF se refere ao prazo que é aberto à PGR, após o interrogatório do extraditando e ajuntada de sua defesa. Como se vê, trata-se de providência totalmente estranha ao procedimento de prisão preventiva." (f.)

Sobre o tema, opinou o *Parquet*:

"(...) 12. Por fim, ao contrário do que afirma o impetrante, não há a exigência da manifestação prévia do Procurador-Geral da República para a expedição do mandado de prisão, isto porque, além de tratar-se de medida de caráter urgente, como dispõe a própria Lei 6.815/80, é consabido que, antes do cumprimento do mandado de prisão preventiva, sequer há que se falar em processo de extradição, sendo aquela prisão premissa da extradição (HC 82.261-QO, rel. Min. Nelson Jobim. *DJ* 27.02.2004; Ext 579-QO, rel. Min. Celso de Mello. *DJ* 10.09.1993), segundo estabelece o art. 208 do RISTF (art. 208. Não terá andamento o pedido de extradição sem que o extraditando seja preso e colocado à disposição do Tribunal)." (f.)

No que concerne ao item *c*, entretanto, na parte em que a defesa do paciente alega a desnecessidade da prisão preventiva, sob o fundamento de que a liberdade do paciente não ensejaria perigo para a instrução criminal em curso pelo Governo do Panamá e para o processo de extradição, gostaria de tecer alguns comentários.

Há algum tempo venho expressando meu desejo, nesse Plenário, de que o tema da prisão preventiva para fins de extradição seja revisitado.

Vimos discutindo, por exemplo, a questão da demora no processo de extradição, por razões diversas (deficiência da instrução, realização de diligências) e a dificuldade de lidar – no atual Estado Democrático de Direito em que vivemos e a necessidade de que sejam respeitados os princípios fundamentais emanados da Carta de 1988 –, com o disposto no par. ún. do art. 84 da Lei 6.815/80 ("A prisão perdurará até o julgamento final do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão-albergue.") e a reiterada jurisprudência desta Casa, no sentido de que a prisão "deve perdurar até o julgamento final da causa, sendo sua razão a garantia da entrega do extraditando ao Estado requerente (Ext 845, rel. Min. Celso de Mello, em decisão monocrática, *DJ* 05.04.2006; Ext 987, rel. Min. Carlos Britto, em decisão monocrática, *DJ* 31.08.2005; HC 85.381/SC, rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 05.05.2006; HC 81.709/DF, rela. Ministra Ellen Gracie, *DJ* 31.05.2002, dentre outras)." (f.)

Em assentada no Plenário desta Corte sugeri que fizéssemos uma reflexão de *lege ferenda*, por entender injustificável o alargamento indefinido da custódia do extraditando (aparte no julgamento do HC 83.326, redator para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 01.10.2004).

Na ocasião do julgamento do HC 83.326 discutíamos justamente a realização de diligências e a conseqüente prorrogação da custódia do extraditando.

O fato de a jurisprudência desta Casa considerar que a prisão preventiva para fins de extradição não guarda relação com a prisão preventiva do Código de Processo Penal e, por conseqüência, haveria a desnecessidade de observância dos requisitos do art. 312 do CPP, acaba por expor o extraditando, por muitas vezes, a situação de clara desigualdade em relação aos nacionais que respondem a processos criminais no Brasil, regidos pelos códigos pátrios.

Sobre essa questão da demora no atendimento das diligências assim manifestou-se o Ministro Sepúlveda Pertence em aparte no julgamento do referido HC 83.326:

"(...)Esta forma de comunicação no processo de extradição é absolutamente medieval. Numa diligência desta é remetido um ofício ao Ministério da Justiça; do Ministério da Justiça ao Ministério das Relações Exteriores; o Ministério das Relações Exteriores, então, notifica a embaixada. Neste período, podem-se gastar 40 dias." (HC 83.326, redator para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01.10.2004).

Ao indeferir o pedido de revogação da prisão preventiva do ora paciente, o Min. Lewandowski o fez a partir da jurisprudência reiterada desta Corte:

" (...)Bem examinados os argumentos, entendo que o decreto de prisão preventiva deve ser mantido. Os arts. 78 e 80 do Estatuto dos Estrangeiros estabelecem as condições para a concessão da extradição, ao passo que o art. 82 do mesmo diploma legal versa sobre a prisão preventiva, *não sendo razoável concluir que, para a medida cautelar, devam ser observados os requisitos da extradição propriamente dita.*

(...)

Esta Corte, ademais, fixou entendimento de que *a prisão preventiva para fins de extradição constitui requisito de procedibilidade do processo extradicional* (*HC* 90.070/GO, rel. Min. Eros Grau, *DJ* 30.03.2007; Ext 1059, rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 09.04.2007), não se fundamentando nos requisitos do art. 312 do CPP (Ext 820, rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* 03.05.2002; HC 82.920/BA, rel. Carlos Velloso, *DJ* 18.06.2003, dentre outros).

A custódia cautelar para fins extradicionais, como se sabe, deve perdurar até o julgamento final da causa, sendo sua razão a garantia da entrega do extraditando ao Estado requerente (Ext 845, rel. Min. Celso de Mello, em decisão monocrática, *DJ* 05.04.2006; Ext 987, rel. Min. Carlos Britto, em decisão monocrática, *DJ* 31.08.2005; HC 85.381/SC, rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 05.05.2006; HC 81.709/DF, rela. Ministra Ellen Gracie, *DJ* 31.05.2002, dentre outras)." (f.) *[g.n]*

Diante o significado ímpar atribuído pela Constituição Federal de 1988 aos direitos individuais penso que se impõe a revisão deste entendimento.

Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (CF, art. 5.º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4.º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se envidem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

E no que se refere aos direitos de caráter penal, processual e processual-penal, talvez não haja qualquer exagero na constatação de que esses direitos cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito.

Como observa Martin Kriele, o Estado territorial moderno arrosta um dilema quase insolúvel: de um lado, há de ser mais poderoso que todas as demais forças sociais do país – por exemplo, empresas e sindicatos –, por outro, deve outorgar proteção segura ao mais fraco: à oposição, aos artistas, aos intelectuais, às minorias étnicas (Cf. KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado – fundamentos históricos de la legitimidad del estado constitucional democrático*. Trad. de Eugênio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 149-150).

O estado absolutista e os modelos construídos segundo esse sistema (ditaduras militares, estados fascistas, os sistemas do chamado "centralismo democrático") não se mostram aptos a resolver essa questão.

Segundo ressalta Kriele:

"(...) A Inglaterra garantiu os direitos humanos sem necessidade de uma constituição escrita. Por outro lado, um catálogo constitucional de direitos fundamentais é perfeitamente compatível com o absolutismo, com a ditadura e com o totalitarismo. Assim, por exemplo, o art. 127 da Constituição soviética de 1936 garante a `inviolabilidade da pessoa´. Isso não impediu que o terror stalinista ti-

vesse alcançado em 1937 seu ponto culminante. A constituição não pode impedir o terror, quando está subordinada ao princípio de soberania, em vez de garantir as condições institucionais da *rule of law*. O mencionado artigo da Constituição da União Soviética diz, mas adiante, que 'a detenção requer o consentimento do fiscal do Estado'. Esta fórmula não é uma cláusula de defesa, mas tão-somente uma autorização ao fiscal do Estado para proceder à detenção. Os fiscais foram nomeados conforme o critério político e realizaram ajustes ao princípio da oportunidade política, e, para maior legitimidade, estavam obrigados a respeitar as instruções. Todos os aspectos do princípio de *habeas corpus* ficaram de lado, tais como as condições legais estritas para a procedência da detenção, a competência decisória de juízes legais independentes, o direito ao interrogatório por parte do juiz dentro de prazo razoável, etc. Nestas condições, a proclamação da `inviolabilidade da pessoa´ não tinha nenhuma importância prática. Os direitos humanos aparentes não constituem uma defesa contra o Arquipélago Gulag; ao contrário, servem para uma legitimação velada do princípio da soberania: o Estado tem o total poder de disposição sobre os homens, mas isto em nome dos direitos humanos. (Kriele, Martín. *Introducción a la teoría del estado*, cit., p. 160-161)

A solução do dilema – diz Kriele – consiste no fato de que o Estado incorpora, em certo sentido, a defesa dos direitos humanos em seu próprio poder, ao definir-se o poder do Estado como o poder defensor dos direitos humanos. Todavia, adverte Kriele, "sem *divisão de poderes* e em especial sem *independência judicial* isto não passará de uma declaração de intenções". É que, explicita Kriele, "os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado na entrada em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos". (KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado*, cit. p.150)

Nessa linha ainda expressiva a conclusão de Kriele:

"Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente, todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a *potestas desnuda*, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo *status* jurídico seja respeitado pelo titular da competência.

Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. *Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição (g.n)*". KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado*, cit. p. 159-160.

Tem-se, assim, em rápidas linhas, o significado que os direitos fundamentais e, especialmente os direitos fundamentais de caráter processual, assumem para a ordem constitucional como um todo.

Acentue-se que é a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual – aqui merece destaque a proteção judicial efetiva – que permite distinguir o Estado de Direito de outros modelos.

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais. (Cf. MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz Kommentar*. Band I. München: Verlag C. H. Beck, 1990, 1I 18)

Na mesma linha, entende Norberto Bobbio que a proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária:

"A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A conseqüência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima 'Tem razão quem vence' é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima 'Vence quem tem razão'; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da 'supremacia da lei' (*rule of law*)." (BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*, p. 97-98)

Em verdade, tal como ensina o notável mestre italiano, a aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie.

Nesse sentido, forte nas lições de Claus Roxin, também compreendo que a diferença entre um Estado totalitário e um Estado (Democrático) de Direito reside na forma de regulação da ordem jurídica interna e na ênfase dada à eficácia do instrumento processual penal da prisão preventiva. Registrem-se as palavras do professor Roxin:

"Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito; os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário." (ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto; 2000, p. 258)

Nessa linha, sustenta Roxin que o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental. (Cf. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, cit., p. 10)

A idéia do Estado de Direito imputa, portanto, ao Poder Judiciário, o papel de garante dos direitos fundamentais. Por conseqüência, é necessário ter muita cautela para que esse instrumento excepcional de constrição da liberdade não seja utilizado como pretexto para a massificação de prisões preventivas.

Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos.

E não vejo razão, tanto com base em nossa Carta Magna, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e dignidade da pessoa humana, de que somos signatários, para que não apliquemos tal entendimento no que concerne àquelas prisões preventivas para fins de extradição.

O Pacto de San José da Costa Rica, celebrado com a finalidade de evitar a perpetuação da cultura da impunidade quanto à violação de direitos e garantias fundamentais nos âmbitos nacionais, e ratificado pelo Governo Brasileiro, proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana, e, como tal, tem caráter de universalidade e transnacionalidade.

Em sessão plenária de 22.11.2006, o STF deu um grande passo jurisprudencial quanto à questão da incorporação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

No julgamento do RE 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, e do RE 349.703, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, sete Ministros (Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio) votaram no sentido de se declarar a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia. Entendeu-se que, tendo em vista o caráter *supralegal* dos tratados sobre direitos humanos, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7.º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5.º, LXVII, da CF/88, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

Naquela assentada, ressaltei meu entendimento no sentido de que a prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos.

Disse, ainda, que era preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

Não se pode perder de vista que hoje vivemos em um "Estado Constitucional Cooperativo", identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais (HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 75-77).

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos, embora não possam afrontar a supremacia da Constituição, têm lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Apesar da especificidade das referidas custódias para fins extradicionais e a evidente necessidade das devidas cautelas em caso de relaxamento das referidas prisões ou de concessão de liberdade provisória, considero desproporcional o tratamento que vem sendo dado ao instituto da prisão preventiva para extradição.

No julgamento da Ext 1008/Colômbia, flexibilizei o entendimento da obrigatoriedade da prisão preventiva para fins de extradição, ao deferir prisão domiciliar em favor do extraditando, diante a notícia de que a condição de refugiado lhe fora atribuída pelo Conare.

Na Ext 791/Portugal, o rel. Min. Celso de Mello, em decisão de 18.10.2000 (*DJ* 23.10.2000), deferiu-se monocraticamente pedido de prisão domiciliar em favor do extraditando, sob o fundamento da excepcionalidade do caso. Tratava-se de pessoa em grave estado de saúde em situação que demandava tratamento que não poderia ser adequadamente fornecido pelo Poder Executivo, conforme reconhecido nos autos.

No mesmo sentido a QO na AC 70/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence (*DJ* 12.03.2004), quando o Plenário deste Tribunal reconheceu a possibilidade de deferimento de prisão domiciliar a extraditando em circunstâncias nas quais se afigurava densa a probabilidade de homologação da opção pela nacionalidade brasileira.

Em julgamento de QO na Ext 1054, da relatoria do Min. Marco Aurélio, em 29.08.2007, o Plenário desta Corte decidiu, por maioria, relaxar a prisão preventiva decretada contra o extraditando, ao considerar a demora, por parte do país requerente, no atendimento de diligências pleiteadas pelo relator da referida extradição.

Ademais, no caso, considerou-se o fato de o extraditando estar preventivamente preso há mais de um ano, tempo que estaria exorbitando a razoabilidade da medida prevista na Lei 6.815/80, bem como a proporcionalidade da pena, tendo em vista que o extraditando sequer havia sido condenado.

Ressaltou o Min. Marco Aurélio em seu voto:

"(...) Esses dados devem ser considerados para sopesar-se a razoabilidade, a proporcionalidade da prisão preventiva, presente a circunstância de o processo não ter desaguado ainda em julgamento em razão da deficiência da apresentação de documentos pelo Governo requerente. Não se pode levar às últimas conseqüências o preceito da Lei 6.815/80 que dispõe sobre a permanência da prisão até a apreciação final do pedido. Há de merecer interpretação consentânea com o

arcabouço normativo constitucional, com a premissa inafastável de, sendo a prisão preventiva exceção, ela deve ter limite temporal, tal como ocorre quando envolvido processo em curso na jurisdição brasileira. O excesso de prazo resultante está a merecer a glosa." (Ext 1054/EUA, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em Sessão Plenária de 29.08.2007).

Portanto, creio que a prisão preventiva para fins de extradição há de ser analisada caso a caso e, ainda, que se lhe seja atribuído limite temporal, compatível com o princípio da proporcionalidade, quando seriam avaliadas a sua necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Na espécie, o pedido de extradição foi formulado com base na Convenção Interamericana sobre Extradição, na Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de substâncias estupefacientes e psicotrópicas e na promessa de reciprocidade, por inexistir Tratado de Extradição entre o Brasil e o Panamá.

Dos documentos acostados aos autos pela defesa, observo que o ora Paciente é pessoa pública, há muito conhecida no Brasil nos meios desportivos e, quando da decretação de sua prisão preventiva, exercia as atividades de técnico de futebol junto ao Esporte Clube São Bento de Sorocaba, onde disputou vários jogos do campeonato paulista.

Aduz a defesa que o ora paciente foi detido por policiais da Interpol em sua residência, "não tendo oferecido qualquer tipo de resistência, tendo, ainda, mesmo sem pedido da digna Autoridade Policial Federal da Interpol, espontaneamente, colocado seu passaporte à disposição daquela autoridade – que acabou por lavrar o respectivo auto de exibição/arrecadação e apreensão – demonstrando, assim, mais uma vez sua intenção de não fugir ou de se ausentar do Brasil, para responder aos chamados das autoridades nacionais ou estrangeiras." (f.)

Em documento de f. o Cônsul-Geral da Colômbia, Mauricio Acero Montejo, declara que o ora paciente é pessoa "honrável, reta, cumpridora dos seus deveres tanto legais como profissionais e, com a sua atuação pessoal jamais tem representado um perigo à sociedade, nem pretendeu se evadir da justiça da República Federativa do Brasil nem da República do Panamá. Há mais de 13 anos o Senhor Fulano de Tal reside na cidade de São Paulo, Brasil, onde é uma figura pública, amplamente conhecida nos meios esportivos e sociais. O que me leva a afirmar que Fulano de Tal comparecerá as solicitações judiciais cada vez que assim manifestarem tanto as autoridades brasileiras como panamenhas."

Leio, ainda, na inicial desta impetração que, dois dias antes da decretação da prisão para fins de extradição, o ora paciente havia sido citado e intimado dos termos do Pedido de Cooperação Internacional promovido pelo Governo do Pa-

namá (Processo 2007.61.81.004267-4, da 2.ª Vara Criminal Federal da Subseção de São Paulo), e que compareceu espontaneamente àquela Vara, de onde saíra intimado para a audiência de interrogatório.

A prisão preventiva para a extradição do Paciente subsiste há quase quatro meses (o paciente foi preso no dia 10.05.2007) e inexiste contra ele sentença de condenação nos autos do processo instaurado no Panamá.

Ante o exposto, considerando os bons antecedentes do ora paciente e a necessidade de que seja verificada a compatibilidade desta custódia com o princípio da proporcionalidade, a fim de que esta seja limitada ao estritamente necessário, verifico, neste caso, a presença dos requisitos autorizadores da concessão do *habeas corpus* pleiteado.

Nestes termos, defiro o pedido de *habeas corpus* para que o ora paciente aguarde solto o julgamento da Extradição 1091/Panamá.

Determino a expedição de alvará de soltura, que deverá constar as seguintes cautelas: a) o depósito do passaporte do extraditando no STF; b) a advertência ao extraditando sobre a impossibilidade de, sem autorização do relator da Extradição no STF, deixar a cidade de seu domicílio no Estado de São Paulo; e c) a obrigação de atender a todos os chamados judiciais e comparecer quinzenalmente à 2.ª Vara Criminal Federal da Subseção de São Paulo, para informar sobre suas atividades.

O extraditando, antes de ser solto pela Superintendência Regional do DPF/SP, deverá assinar termo (a ser lavrado pela mencionada Superintendência e, posteriormente, encaminhado ao STF), de que tem conhecimento formal das condições estipuladas neste acórdão e cuja transgressão implicará imediata revogação da medida deferida.

Transmitam-se cópias desta decisão ao Ministro de Estado da Justiça, ao Senhor Diretor-Geral do DPF, ao Superintendente Regional do DPF/SP, e à 2.ª Vara Criminal Federal do Estado de São Paulo, solicitando-lhes a adoção de imediatas providências, junto à Divisão de Polícia Marítima, Aérea e de Fronteiras, em ordem a impedir que o extraditando deixe o território nacional sem autorização desta Suprema Corte.

É como voto.