ISSN.1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

59

março-abril de 2006

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN.1415-5400

Bimestral Ano 14 n. 59 março–abril de 2006

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

Diretor Responsável
Carlos Henrique de Carvalho Filho

Diagramação eletrônica
Oficina das Letras Apoio Editorial Ltda.
CNPJ 03.391.911/0001-85

Impressão e acabamento
Moore Brasil Ltda.
CNPJ 62.004.395/0026-06 Editora Parma Ltda.
CNPJ 62.722.103/0001-12

Serviço de atendimento ao consumidor:
Tel. 0800-702-2433 (ligação gratuita,
de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)
e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

EDITORA AFILIADA
Impresso no Brasil

Diretoria da gestão 2005/2006

Diretoria executiva

Presidente
Maurício Zanoide de Moraes

1º Vice-Presidente
Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2º Vice-Presidente
Sérgio Mazina Martins

1º Secretário
Tatiana Viggiani Bicudo

2º Secretário
Theodomiro Dias Neto

1º Tesoureiro
Roberto Mauricio Genofre

2º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Coordenadores – chefes

Biblioteca
Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Boletim
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Cursos
Carlos Alberto Pires Mendes

Estudos e Projetos Legislativos
Maria Elizabeth Queijo

Internet
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal

Relações Internacionais
Marina Pinhão Coelho

Revista Brasileira de Ciências Criminais
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Iniciação Científica
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Pós-Graduação
Alvino Augusto de Sá

Redes Internacionais
Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas
Renato Sergio de Lima

Comissões especiais

Convênios
Mariângela Lopes Neistein

Estudos e Debates
Carmen Silvia de Moraes Barros

História
Rafael Mafei Rabelo Queiroz

Monografias
Angélica de Maria Mello de Almeida

Seminário Internacional
Theodomiro Dias Neto

Coordenadores estaduais

Adeildo Nunes (PE), Adelino Marcon (PR), Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM), Carmen da Costa Barros (DF), Edmundo Oliveira (PA), Elmir Duclerc (BA), Fabio Roberto D'Avila (RS), Fabio Trad (MS), Fabiola Monteconrado Ghidalevich (AM), Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato (PB), Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE), Flavio Augusto F. de Lima (PE), Franciele Silva Cardoso (GO), Felipe Cardoso M. de Oliveira (SC), Guilherme Costa Câmara (PB), Heloisa Estellita (DF), João Guilherme Lages Mendes (AP), Lena Rocha (RN), Liliane Cristina de Oliveira (MG), Luiz Antonio Bogo Chies (RS), Marcelo Leonardo (MG), Maria de Salete da Costa Maia (AC), Maria Lúcia Karam (RJ), Maurício Kuehne (PR), Nilzardo Carneiro Leão (PE), Oswaldo Trigueiro Filho (PB), Paulo Vinicius Sporleder de Souza (RS), Selma P. de Santana (BA), Themis Maria Pachêco de Carvalho (MA), Vinicius Toledo Piza Peluso (Baixada Santista)-(Regional), Walter B. Bittar (PR).

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

Diretoria da Revista

Coordenadora
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Coordenadores – Adjuntos
Juliana Garcia Belloque, Maurides de Melo Ribeiro, Roberto Soares Garcia e Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho

Conselho Diretivo da Revista:

Adauto Alonso S. Suannes, Adriana Haddad Uzum, Alberto Silva Franco, Alberto Zacharias Toron, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexandre Jean Daoun, Alice Bianchini, Alvino Augusto de Sá, Andrei Koerner, Augusto Eduardo de Souza Rossini, Berenice Maria Giannella, David Teixeira de Azevedo, Denise Neves Abade, Eduardo Reale Ferrari, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Gomes Camacho, Fernando Castelo Branco, Flávia Rahal, Flávia Schilling, Flávio Américo Frasseto, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas Porfírio, Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, Helena Regina Lobo da Costa, Karyna Sposato, Luis Greco, Luís Guilherme Vieira, Márcia Maria Silva Gomes, Marcio Bártoli, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Marina Pinhão Coelho, Ranulfo de Melo Freire, René Ariel Dotti, Roberto Delmanto Júnior, Roberto Livianu, Rodrigo Sánchez Rios, Rony Hergert, Rosier Batista Custódio, Sérgio Salomão Shecaira.

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 Luisi, 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, Ana Messuti, Anabela Miranda Rodrigues, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Antonio Vercher Noguera, Bernardo del Rosal Blasco, Carlos Gonzales Zorrilla, Carlos María Romeo-Casabona, Claudia Maria Cruz Santos, Cornelius Prittwitz, David Baigún, Edmundo Hendler, Emilio Garcia Mendez, Ernesto Calvanese, Esther Gímenez-Salinas I Colomer, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando Acosta, Fernando Santa Cecília Garcia, Iñaki Rivera Beiras, Jésus-María Silva Sánchez, João Pedroso, Jorge de Figueiredo Dias, José Cerezo Mir, José Francisco de Faria Costa, Juan Bustos Ramírez, Juan Felix Marteau, Kai Ambos, Loïc Wacquant, Luis Fernando Niño, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Maria Paz Arenas Rodrigañez, Mauricio Martínez Sánchez Pedro Caeiro, Pilar Gomes Pavón, Raúl Cervini, Roberto Bergalli, Sergio Moccia e Stella Maris Martinez.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 60 – maio-junho – 2006

Causalidad y determinación – El problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos

Gabriel Pérez Barberá

Insider Trading

José Raimundo Leite Filho

Garantias constitucionais e prisões motivadas por conflitos agrários no Brasil

Renato Sérgio de Lima

Juvelino Strozake

Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a identidade do Direito Penal em tempos de indiferença

Fábio Roberto D'Avila

Derecho Penal Economico, Criminalidad Organizada y Union Europea

Vincenzo Musacchio

Sumário

1. Direito Penal

O costume como fonte do Direto Internacional: relembrando Nuremberg 9
Adauto Suannes

O risco permitido como critério de imputação do erro médico 37
Iberê Anselmo Garcia

Sobre o tratamento jurídico dado ao trabalho escravo: o movimento de descriminalização 90
João Gustavo Vieira Velloso

As lesões corporais (e a morte) no desporto 128
Manuel da Costa Andrade

Política criminal ambiental na Amazônia: preservação do ambiente e sobrevivência humana 184
René Ariel Dotti

2. Processo Penal

Processo penal do inimigo 223
Diogo Rudge Malan

A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida 260
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

3. Crime e Sociedade

A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro 287
Eduardo Luiz Santos Cabette

4. O Direito em ação

Técnicas forenses nos crimes de falsidade documental: perícias para determinação da contemporaneidade de tintas de caneta 325
Edson J. R. Justino, Cinthia O. A. de Freitas, Luiz S. Oliveira

4.1 Parecer

Crime de trânsito – Responsabilidade objetiva – Dolo eventual e culpa consciente 346
Sérgio Salomão Shecaira

4.2 Ementário de jurisprudência 374

Roberto Delmanto Junior, Fabio Machado de Almeida Delmanto e Luciana Russo

5. Índice Alfabético-Remissivo 397

1. Direito Penal

O costume como fonte do Direito Internacional: relembrando Nuremberg

Adauto Suannes
Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo e membro fundador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

"A reflexão sobre o Direito é um jogo de espelhos. Pois o Direito se pensa, e assim se vê ao espelho. Aí verá imagens de si próprio. E, ao ver, teorizará. E, ao teorizar, verá. Ver para teorizar; teorizar, vendo."
(Paulo Ferreira da Cunha, *Pensar o Direito*,
Livraria Medina, Coimbra, 1990)

"Some men are born mediocre, some men achieve mediocrity, and some men have mediocrity thrust upon them."
(Joseph Heller, *Catch-22*,
Simon and Schuster Ed., *1961)*

Resumo: A questão que me proponho discutir é: havia fundamento jurídico para condenar juizes alemães que agiram de acordo com a lei do III Reich? Para respondê-la será necessária uma incursão pela evolução do Direito Internacional e suas principais fontes.

Palavras-chave: Ética – Direitos Humanos – Fontes do Direito – Dignidade Humana.

Dizer que o Direito é, antes e acima de tudo, um fato social,[1] surgido da evolução da civilização, será falar do óbvio, pois até mesmo o mais leigo dos mortais tem conhecimento de que a tendência dos animais sempre foi a de se imporem sobre os demais, sejam ou não da mesma manada, donde sobreviverem os mais aptos, regra a que, evidentemente, não estavam imunes os hominídeos.

"O exame sociológico do Direito não diz apenas com as normas legais e seu substrato social, mas também com o comportamento e a atividade humanos. Que o Direito seja entendido como produto de forças sociais significa que ele é produto da atividade humana, determinada por forças sociais e determinando forças sociais", diz Neumann.[2]

É certo, portanto, que, em certo momento histórico, o direito da força começou a ceder terreno à força do Direito, visto ele como um conjunto de regras e princípios que normatizam a vida social dos seres humanos, algo que passou a acompanhar a vida da Humanidade, expresso em vários arquétipos, como o confronto entre Caim e Abel, símbolo mítico do que ocorre nos inter-relacionamentos humanos, com freqüente infração das regras de convívio.

Quando isso teria ocorrido? Por que teria ocorrido? Tudo o que temos são conjecturas, meras suposições, quer quando se fala da relação interpessoal existente dentro dos limites do país, como quando se cuida de grupos humanos organizados juridicamente e seu inter-relacionamento, o que chamaremos de fatos ocorrentes *extra muros*.

Isso quando não estamos diante do comodismo positivista,[3] assim censurado por Paulo Ferreira da Cunha: "A identificação lei-Direito é hoje praticamente total. E pode-se ter estudado ao pormenor a teorização das fontes de

1. "Where we find that such rules come into existence, there is the source of them. They rise from facts in the historical development of a community (L. Oppenheim, *International Law*, vol. I, 18. ed., 1955, Longmans, p. 24)

2. Franz L. Neumann, *The Rule of Law*, Berg Publishers, Dover, 1986, p. 27

3. "Quando Bugnet afirmava nem sequer saber o que era o Direito Civil, pois só ensinava o Código Napoleão; quando Demolombe proclamava como seu dever e profissão de fé a fidelidade

direito, conceptuais ou hipotéticas e institucionais ou legais, que não vale a pena: tudo isso é teoria. Com grande pragmatismo e sentido do real, quase todos sabem que a lei é que manda, e o resto é floreado".[4]

Supõe-se que, chegando à conclusão de que a predominância do argumento da força, a nível meramente *intra muros,* seria extremamente desgastante, transformando a vida em uma eterna disputa por território, tal como ocorre com muitos dos animais irracionais, sem haver tempo para mais nada, resolveram os seres humanos dividir melhor seu curto tempo de vida. Quando se considera o que ocorre com os símios, começa-se a alçar uma das pontas do véu do mistério: num grupo composto de adultos e jovens, masculinos e femininos, um deles, no geral do sexo masculino, acaba por impor-se, vindo a ser aceito por todos os membros do grupo, como seu líder, até que, envelhecendo, venha a ceder o posto a um membro mais jovem. Até esse momento tal liderança é respeitada, não sendo raro que o ex-líder imponha a si próprio a pena do ostracismo, após ceder, forçado pelas circunstâncias, o posto ao novo líder. Essa escolha de liderança é feita, à falta de melhor critério, ainda pela imposição física, mas o grupo já possui certas normas de conduta que regem a inter-relação dos seus elementos componentes, sendo notável a continuidade dessas normas de comportamento, qualquer que seja o líder do grupo.

Donde dizer Paulo da Cunha que, no que se refere ao Direito, "se está diante de um produto sofisticado da civilização, uma criação eminentemente cultural, do mais cultural que há: uma construção epistemológica".[5]

aos textos e a nada mais, ambos poderiam dizer não possuir uma filosofia do Direito, porque este, na sua cegueira, se resumiria à lei. Mas é para qualquer observador claro, claríssimo, que eram fiéis devotos desse positivismo legalista a tapar o sol da Filosofia com a peneira da sua negação – afinal, uma lupa de aumento" (Paulo Ferreira da Cunha, *Pensar o Direito*, Livraria Medina, Coimbra, 1990, tomo I, p. 13).

4. Ob. cit., p. 42.

5. Ob. cit., p. 44.

Extra muros, ainda temos muito a avançar, pois é de nossos dias o modo ajurídico como desavenças entre nações são resolvidas, com número incontável de vidas humanas sacrificadas nessas contendas.[6]

A unidade ética da vida moral impõe considerarmos que o Direito não pode ser algo absolutamente apartado das regras que as consciências bem formadas têm por indispensáveis à vida social. Daí mostrarem os autores a convergência entre tais normas, que costumam ser sublinhadas em uns tantos princípios, situados acima do próprio direito positivo, tais como o reconhecimento da *vulnerabilidade humana*.

"As exigências comuns do Direito e da Moral consistem, na sua maior parte, não em serviços activos a serem prestados, mas em abstenções, as quais são usualmente formuladas na forma negativa, como proibições. Destas, as mais importantes para a vida social são as que restringem o uso da violência para matar ou causar ofensas corporais. A natureza fundamental de tais regras pode exprimir-se numa pergunta: se não houvesse estas regras, que sentido poderia ter, quanto a seres como nós próprios, o facto de termos regras de *qualquer* outro tipo?", indaga-nos Herbert L. A. Hart.[7]

O mesmo autor nos lembra que "constitui um facto de muito grande importância para a compreensão das formas diferentes do Direito e da Moral a circunstância de nenhum indivíduo ser muito mais poderoso do que os outros, de tal modo que alguém seja capaz, sem cooperação, de dominar ou subjugar os outros por tempo superior a um período curto."[8] Por isso, a vida social constitui "um sistema de abstenções mútuas e de compromisso que está na base, quer da obrigação jurídica, quer da moral. A vida social, com suas regras a exigir tais absten-

6. cf. Adauto Suannes, *Entre a Civilização e a Barbárie*. Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, cap. I.

7. *O Conceito de Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, trad. de A. Ribeiro Mendes, 2. ed., 1996, p. 210.

8. Ob. cit., p. 211.

ções, é, por vezes, penosa, mas é, de qualquer modo, menos desagradável, menos brutal e menos abrupta do que a agressão sem restrições, para seres aproximadamente iguais", como são os humanos.[9]

No campo interno não é difícil imaginar como teriam surgido essas normas. Para não irmos muito longe, vejamos um fato bastante conhecido e não tão remoto que bem ilustra isso: o estabelecimento de normas disciplinando as atividades do rei da Inglaterra, como expressão de seu poder.

Desde antes de William, o Conquistador (1066-1087), assumir a ilha, os reis ingleses exibiam uma crueldade ímpar, à conta da necessidade de impor o poder sobre os súditos, ainda que fosse à custa do terror. Por exemplo, "a caminho da Terceira Cruzada, Ricardo Coração de Leão (1189-1199) fez uma lei contra o furto praticado por marinheiros, que dizia: 'Quem quer que seja condenado por furto, terá sua cabeça raspada, besuntada com piche, sobre o qual se despejarão as penas de um travesseiro, para que ele seja reconhecido (como ladrão); e será ele posto na primeira praia que seja tocada pela embarcação e ali deixado'."[10]

Os métodos de julgamento beiravam o ridículo, não fossem as conseqüências trágicas que quase sempre produziam. Assim era o julgamento pelo *corsned*.[11] "Godwine, o pai do Rei Harold (janeiro-outubro de 1066), foi acusado de assassinato durante o reinado de Eduardo, o Confessor, e julgado de acordo com o metido do *corsned*. Uma onça de pão foi consagrada pelo exorcista e determinado ao réu que o comesse, mas o pão entalou na garganta de Godwine e ele morreu."[12]

9. Id., ib.

10. Nigel Cawthorne, *The Strange Laws of Old England*, Piatikus Books, London, 2004, p. 27

11. "A species of ordeal in use among the Saxons, performed by eating a piece of bread over which the priest had pronounced a certain imprecation. If the accused ate it freely, he was pronounced innocent; but, if it stuck in his throat, it was considered as a proof of his guilt" (Black's Law Dictionary).

12. Cawthorne, ob. cit., p. 34

Morto Richard, na batalha de Chalus, assumiu o trono John the Lackland, seu irmão, que, em vida, por mais de uma vez havia tentado, sem êxito, destroná-lo.

"John I não era, como fora seu irmão, um guerreiro. Entretanto, herdou a situação caótica do Reino, que Ricardo havia levado praticamente à falência com gastos realizados em atividades bélicas no Exterior. Os barões, que não aceitavam o modo como os reis vinham limitando a autoridade deles, não tinham, porém, um pretexto adequado para insurgirem-se contra o soberano. O próprio rei, contudo, deu-lhes esse motivo quando, afrontando a autoridade papal, se recusou a aceitar a designação de Stephen Langton para assumir o Arcebispado de Canterbury, em 1206. O papa Inocêncio III, em represália, além de excomungar o rei, determinou o fechamento de todas as igrejas do país, o que significou ficar o sofrido povo inglês sem o refrigério trazido por sua fé. A insatisfação popular levou o soberano a reconsiderar seu ato, submetendo-se à autoridade papal em 1213. Esse precedente seria habilmente explorado pela nobreza no futuro.

"De fato, no ano seguinte, uma fracassada tentativa do rei de retomar parte das terras ocupadas pela França elevou o clima de confronto entre o baronato e o soberano. Estrategicamente, encarregaram ninguém menos do que o arcebispo de Canterbury para redigir uma petição dirigida ao rei, na qual era reivindicado o reconhecimento de alguns direitos dos súditos em face do monarca. Eram 63 temas, a maioria dos quais, porém, interessando apenas ao baronato.

"Inicialmente o rei recusou-se a apor o selo real no documento, o que justificou que bispos e nobres realizassem a marcha do Exército de Deus e da Santa Igreja em direção à cidade de Londres, que foi por eles tomada, ameaçando alastrar a revolta por todo o país. No dia 15 de junho de 1215 John I finalmente reconheceu que não tinha escolha e acolheu a petição, comprometendo-se a pautar sua conduta em relação aos súditos de acordo com o ali proposto. Após o selo real no documento, exclamando a frase célebre: *As well may they ask for my crown!*[13]

13. Segundo outros autores, a frase seria interrogativa: "*Why do they not ask for my kingdom?*"

"Formalizou-se, assim, a *Magna Carta Libertatum, seu Concordia inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliæ*,[14] semente do constitucionalismo moderno."[15]

Ora, a exclamação do soberano aponta claramente para um fato: o acordo que havia acabado de fazer com a nobreza e o alto clero era, na prática, limitações de seu poder, pois lhe deixaram apenas o símbolo dela, sua inútil coroa. Mesmo porque esse poder jamais poderia, na evolução da Humanidade, ser absoluto, como pretendia o monarca, cujas atribuições, daí em diante, só fizeram diminuir.

Na história inglesa tal fato é inequívoco. "James I cometeu um grave erro quando, em 1607, quatro anos depois de haver chegado da Escócia e estando ainda pouco afeito às normas locais, haver resolvido julgar um caso relativo a disputa de terras, dando a ele seu julgamento. A decisão foi reformada de acordo com as normas locais, pois incidia aí o *common law.* Ele justificou-se dizendo, ironicamente, que julgava que o Direito estava fundado na razão e que ele, tanto quanto os juizes, possuía bom discernimento. Mas o Lord Chief Justice da Inglaterra, Sir Edward Coke, notável jurista, negou que isso bastasse".[16] Travou-se uma queda de braço entre o rei e o jurista, que acabou sendo preso, porém sempre sustentando que o rei extrapolara de seus poderes constitucionais. Continuou ele a afirmar que Deus havia provido Sua Majestade de muito conhecimento e excelente discernimento, mas Sua Majestade desconhecia as leis do Reino da Inglaterra, as quais determinavam que as causas relativas à vida, herança e bens não deveriam ser decididas pelo

(cf. Pontes de Miranda, *História e Prática do* Habeas Corpus, Saraiva, 8. ed., 1979, tomo I, p. 16).

14. Pontes de Miranda, ob. e loc. cits.

15. Cf. Adauto Suannes, *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 115.

16. Nigel Cawthorne, *The Strange Laws of Old England*, Piatikus Books, London, 2004, p. 2

senso comum, pela razão natural, pois são questões que exigem longa formação e muita experiência.[17]

A submissão do governante à lei, naquele país e em todos os países democráticos, é fundamental para que o Direito não seja fruto do capricho do legislador nem do desdém do seu executor, mas ato que expresse o sentir médio do povo, ao qual há de submeter-se não só quem tenha a atribuição de formalizar as normas jurídicas como quem as deva executar e fazer cumprir, bem como quem deva apreciar as dúvidas que sua aplicação possa gerar.

"Todos são tentados por vezes a preferir os seus próprios interesses imediatos e, na ausência de uma organização especial para a sua descoberta e punição, muitos sucumbiriam à tentação. Indubitavelmente, as vantagens das abstenções recíprocas são tão palpáveis que o número e a força dos que cooperariam voluntariamente num sistema coercivo serão normalmente maiores do que qualquer associação possível de malfeitores", diz Hart, com otimismo.[18] "Contudo, excepto em sociedades muito pequenas e fortemente coesas, a submissão a um sistema de restrições seria loucura, se não houvesse nenhuma organização para a coerção daqueles que tentariam então obter as vantagens do sistema, sem se sujeitarem à suas obrigações", diz ele, realisticamente.[19]

Entretanto, quando dizemos que, no campo interno, a soberania é o poder de querer coercitivamente, centralizado em alguém, estamos a omitir algo que culturalmente sempre esteve presente nesse conceito: esse poder não pode ser absoluto. Seja por força do poder maior atribuído aos deuses, seja por respeito à pessoa humana, digna desse respeito pelo só fato de ser humana, há na idéia de Direito, qualquer que seja o conceito que nossa ciência possa traçar para defi-

17. Cawthorne, ob. cit., p. 3.
18. Hart, ob. cit., p. 214.
19. Id., ib.

ni-lo, esse ponto que não parece ser mais discutível: nenhum poder humano deve ser absoluto. Seu limite é a dignidade do ser humano.

Força é convir, no entanto, que, naquilo que chamamos sistema *intra muros,* há uma relação vertical entre o titular do poder e cada uma das pessoas subordinadas a ele. Esse é o modo gráfico de se entender o conceito de soberania nesse tipo de relacionamento. Já no que diz com as relações ocorrentes *extra muros,* a soberania não pode manifestar-se verticalmente, por isso que inexiste o tal "querer coercitivamente".

Assim, a mesma palavra designa agora fenômeno outro: soberania significa a possibilidade de uma nação organizada juridicamente relacionar-se com outra nação, também assim organizada, e ambas estabelecerem normas definidoras de seus mútuos interesses. Lá, soberania diz com poder de imposição: aqui, diz com liberdade, com poder de escolha.

Sendo tão diverso o conceito de soberania quando se cuida de fenômenos que ocorram para lá ou para cá do muro demarcatório da nação, é para perguntar se o Direito se forma da mesma maneira lá como cá. É a tormentosa questão da fonte do Direito.

"Como a base do Direito das Nações é o consenso dos Estados-membros da Família das Nações, é evidente que devem existir muitas fontes do Direito Internacional, dada a multiplicidade de fatos sobre os quais esse consenso pode incidir. Um Estado, tanto quanto um indivíduo, deve dar seu consentimento, seja diretamente, numa declaração expressa, seja tacitamente, pela conduta que ele tomaria caso não concordasse com a proposta feita."[20]

Se Estado é, por definição, sinteticamente falando, uma nação organizada juridicamente,[21] temos na própria definição a exigência de existência de normas que identificarão essa nação, fazendo-a diferir de todas as demais nações,

20. Oppenheim, ob. cit., p. 25.

21. "A people permanently occupying a fixed territory bound together by common-law habits and custom into one body politic exercising, through the medium of an organized government,

dotadas igualmente de soberania. Para conhecer esse Estado, vamos buscar conhecer o modo como essa nação se constituiu em Estado, como funcionarão seus órgãos representativos e como serão tratadas as pessoas físicas que compõem a população que habita esse país, palavra a designar o limite físico da nação. E essa nação, na medida em que sua população se dispõe a constituir-se juridicamente em Estado, estabelecerá o estatuto dela, que outro nome não poderia ter, dada sua finalidade, senão Constituição, conjunto de *têtes de chapitres,* disposições programáticas a serem observadas pelos órgãos administrativos e pela população, uma vez explicitados em normas complementares os princípios e as normas constantes dessa lei primeira.

O Direito, pois, no campo interno, só será Direito quando componha um conjunto de normas (regras e princípios) cuja observância há de ser imposta pelas autoridades constitucionalmente designadas para tanto. O chamado "Direito Natural" é, em termos pragmáticos, um conjunto de princípios gerais de que o exegeta seguramente se valerá quando cuidar de dar ao Direito formalizado ou ao costume o seu desejável sentido, dada precisamente a ausência da coercitividade.

Sintetizando-se isso numa fórmula teremos: *potestas* + *norma* = *jus*.

Bem diverso é o que ocorre além dos muros nacionais. Como em tal campo não há *potestas,* falta um dos elementos para o surgimento da mesma equação. Logo, não é em uma super-lei que se irão buscar as normas que regularão as relações entre nações soberanas. Sendo a soberania, em tal terreno, o poder de contratar, é nesse contrato que se assentarão as regras e os princípios que regerão aquelas relações.

Mas, ainda assim, estamos diante de um impasse: se no campo interno a obediência daqueles que estão sujeitos à norma jurídica é imposta coercitivamente, como poderá dar-se esse cumprimento por parte de organizações inter-

independent sovereignty and control over all persons and things within its boundaries, capable of making war and peace and of entering into international relations with other communities of the globe", na longa definição do Black's Law Dictionary.

nacionais livres, como são as nações organizadas juridicamente, vale dizer, os Estados soberanos? Note-se que não mais estamos diante de algo que graficamente poderia ser mostrado como uma relação de verticalidade, mas sim de uma relação de horizontalidade, pois só a igualdade dos Estados, em termos de serem titulares do poder de contratar, justifica que tal relacionamento não se faça pela força.

Não há dúvida de que isso decorrerá do fato de, ao longo do tempo, as nações entenderem ser de sua conveniência respeitarem a palavra dada, mesmo não havendo, como não poderia haver, norma de Direito dizendo isso. Há no relacionamento entre nações a presença necessária da boa-fé, no sentido de que as partes contratantes estão supondo que a outra parte honrará a palavra empenhada, que de outro modo não poderá ser cobrada, ao reverso do que ocorre no campo do Direito interno. É o costume que alicerça essas normas.

Fácil dizer; difícil comprovar. Já houve quem afirmasse serem as normas consuetudinárias como que esfinges, à espera de decifradores.[22]

"Geralmente se considera que o costume deve ter dois elementos: a prática do Estado e a *opinio juris*. A prática do Estado refere-se a uma prática geral e consistente por parte dos Estados, enquanto a *opinio juris* significa que essa prática é seguida da crença de ser ela legalmente obrigatória."[23]

Alguns autores encontram paradoxo na exigência do elemento subjetivo, pois, que motivos haveria para alguém supor que a norma fosse obrigatória senão o erro? Sendo isso assim, seria lícito atribuir ao erro a causa do direito? Robert Kolb expõe tal tese e procura refutá-la com respeitáveis argumentos.[24]

22. "As with everything which cannot be seen or grasped, costumary law remains something of a smiling sphinx in the realm of legal theory." (Robert Kolb, Elected Problems in the Theory of Costumary International Law, *Netherlands International Law Review*, 2003, p. 119.)

23. Anthea Elizabeth Roberts, Traditional and Modern Approaches to Customary International Law, *The American Journal of International Law*, vol. 95, p. 757.

24. *Selected Problems*, p. 137.

Pode dizer-se que "a natureza fundamental de tais regras pode exprimir-se numa pergunta: se não houvesse regras, que sentido poderia ter, quanto a seres como nós próprios, o facto de termos regras de qualquer outro tipo? A força desta questão retórica repousa no facto de que os homens são simultaneamente levados a efectuar, de forma ocasional, ataques físicos e, normalmente, são vulneráveis a estes".[25] Dito de outro modo, é o conhecimento da natureza humana que nos dá a certeza de que sem o estabelecimento desses pactos de convivência e a disposição de serem eles mantidos, por força da boa-fé com que foram instituídos, a vida em coletividade, seja *intra muros*, seja *extra muros*, perigaria.

É o que sublinha a melhor doutrina. "O Direito Internacional tem-se expandido desde 1945, para incluir muitos temas morais, tais como direitos humanos, o uso da força e a proteção ambiental. Louis Henkin caracteriza esse desenvolvimento como um movimento dos valores do Estado para os valores do ser humano, e de um Estado liberal para um *welfare system*. As práticas dos Estados são menos importantes na formação dos modernos costumes porque estes costumes estabelecem padrões de conduta ideais mais do que descrevem práticas já existentes. Por exemplo, a consuetudinária proibição da tortura expressa mais uma rejeição moral da tortura do que uma precisa descrição de uma prática de algum Estado."[26]

Os internacionalistas falam haver costume quando "um claro e contínuo hábito no modo de fazer algo é observado, sob a égide da convicção de que estas ações estão de acordo com o Direito Internacional, sendo pois obrigatórias."[27]

É isso algo que diz com a Ética, não com o Direito, como é de todo curial. E essa postura foi sendo observada ao longo do tempo pelas nações,[28] que viram

25. Hart, ob. cit., p. 210.

26. Roberts, ob. cit., p. 764.

27. Oppenheim, ob. cit., p. 26, onde ele distingue *custom* from *usage*, havendo este, não aquele, quando não há aquela convicção de obrigatoriedade na prática usual.

28. Quer individualmente consideradas, quer como partes integrantes de organismos internacionais, os quais devem ser incluídos no rol de sujeitos de Direito Internacional (cf. Kolb, ob, cit., p. 120).

nisso algo que era de seu interesse. Esse modo de agir reiterado, essa *consuetudo*, é que se tornou a norma. Donde podermos estabelecer outra fórmula, diversa daquela: *modus (consuetudo) + tempus = jus.*

"O elemento objetivo do direito internacional costumeiro, a prática, é baseada em três elementos: duração, uniformidade e generalidade", diz a doutrina, ressalvando Kolb que "o direito costumeiro não é *duration + uniformity + generality,* mas um complexo desses três elementos.[29]

Não nos esqueçamos, porém, de que a *opinio juris*, como elemento subjetivo, deve fazer-se presente, no sentido de que tal prática, era, de fato, obrigatória. No dizer de Kolb, "se se considerar que a formação do costume é um processo gradual, pode-se perfeitamente aceitar que uma *legal conviction* (isto é, a concepção de que a prática é, em primeiro lugar, legalmente útil, depois é legalmente emergente e, por fim legalmente obrigatória) amadurece lentamente.[30]

Intra muros, a observância do preceito decorre do *jus*, fruto da *potestas*, a possibilidade de impor-se coercitivamente tal observância, enquanto que, *extra muros,* dá-se exatamente o inverso: o *jus* decorre da observância de um preceito, que as partes estão aceitando como sendo de obrigatória observância, ainda que não haja possibilidade de impor-se ele coercitivamente. Ainda uma vez valemo-nos da sempre oportuna lição de mestre Oppenheim: Como o mero uso tem uma tendência para tornar-se costume, a questão que se apresenta é: *"at what stage does an usage turn into a custom?"* Quando o mero uso se transforma em costume? Esta questão, diz ele, não é uma questão de fato, mas de teoria. Tudo o que a teoria pode dizer é: sempre que uma linha de conduta, no campo internacional, é adotada com freqüência por Estados, sendo considerada por eles de observância obrigatória, a regra que pode ser retirada dessa conduta é uma regra de direito costumeiro internacional.[31]

29. Ob. cit., p. 134.
30. Ob. cit., p. 139.
31. Id., p. 27.

Registre-se que os elaboradores do Estatuto da Corte Internacional de Justiça parece não haverem levado em conta essa inversão, ao enumerar as fontes do Direito Internacional: "a) convenção internacional, seja geral ou particular, estabelecendo regras expressamente reconhecidas pelos Estados signatários; b) costume internacional, 'as evidence of a general practice accepted as law' (art. 38)."

Fosse-nos permitido o atrevimento de propor modificação do texto, ele apresentaria as duas fontes em ordem inversa, dada a relevantíssima importância do costume, alterando-se sua redação: "international custom, as a general practice accepted as law". Por outro lado, tanto no primeiro como no segundo caso, temos regras e princípios de Direito (Law's rules and principles).

Essa distinção é fundamental quando se cuida do problema da fonte do Direito.

Que é fonte? "A palavra fonte apresenta, normalmente, o sentido de lugar de onde provém alguma coisa. Quando dizemos fonte de água, estamos distinguindo a água da fonte, muito embora uma exista necessariamente com a outra (sem água não se poderia falar em fonte; sem fonte não se produziria a água)", dissemos alhures.[32]

Dizíamos mais: "quando falamos em fonte do Direito, nós queremos indicar esses dois sentidos: como nasce o Direito (fonte de produção) e como é o Direito (fonte de conhecimento)".[33]

Oppenheim não concorda com isso. E se utiliza desse mesmo símile para distinguir entre o conhecimento do Direito e a produção do Direito. Subirmos o regato da norma jurídica até atingirmos o local onde essa água brota jamais nos mostrará como a água se formou, pois isso se dá nas profundezas da terra, lá onde o oxigênio, casando-se adequadamente com o hidrogênio, dará nascimento ao precioso líquido. Tudo o que a fonte pode nos proporcionar é o conhecimento

32. cf. Adauto Alonso S. Suannes, *Noções de Direito Público e Privado*, Max Limonad, São Paulo, 2. ed., 1980, p. 50.

33. Id., ib.

do Direito, jamais como ele se forma, diz ele. Há, a seu ver, que distinguir, entre *causa* do Direito e *fonte* do Direito, coisas que os juristas, a seu ver, bastas vezes confundem. "Fontes do Direito (*sources of law*) é, na verdade, o nome para um fato histórico do qual regras (*rules*) de conduta surgiram e adquiriram força legal".[34] Note-se a necessária distinção feita por ele entre *law* e *rule*, o que, como quase tudo em Direito Internacional, não é tema pacífico.

De fato, observa Oppenheim que diferentes escritores que escreveram sobre a Lei das Nações discordam largamente com respeito às espécies e número das fontes do Direito Internacional. O fato é que o termo fonte do Direito (*source of Law)* é usado com diferentes significados pelos diferentes autores, seja quando se cuida de Direito Internacional, seja de Direito em geral.[35]

Tradicionalmente afirma-se haver uma fonte primária do Direito e fontes secundárias dele, no sentido *oppenheimiano* de que a água não brota necessariamente de uma única nascente. "Além da lei, que é a fonte do Direito Positivo por excelência, quando mais não seja porque o Estado, ao promulgá-la, se compromete a emprestar sua força para proteger de fato aquele que na lei aparece como titular do direito aí previsto, devemos considerar aquelas outras fontes que, juntamente com a lei ou em sua falta, permitem que a vida social não sofra solução de continuidade, no conflito de interesses que essa vida social pode propiciar", dizíamos, falando do costume, ao cuidar do que ocorre *intra muros*.[36]

Sobre o costume, sempre em face do Direito interno, e tendo em mente as especificidades do Direito brasileiro, dizíamos: "O direito que se contém nas fontes mediatas ou indiretas não pode, evidentemente, ser contrário ao direito que está na lei. É possível, realmente, que o costume acabe por impor a modificação da lei. Na realidade, historicamente, é o costume que mostra ao legislador

34. Ob. cit., p. 25.

35. Id., ib.

36. cf. Adauto Alonso S. Suannes, *Noções* cit., p. 61.

aquilo que deve conter a lei, sendo, sob tal aspecto, anterior à lei. Entretanto, em sistemas de direito escrito, é sempre perigoso pretender-se colocar o costume acima da lei ou no mesmo pé de igualdade, tanto assim que nossa legislação determina que se lance mão do costume no caso de falta ou omissão da lei.[37]"

E a prática consuetudinária possui alguns pressupostos que se poderiam chamar naturais, tal como o natural acontecer das coisas, o *quod plerumque accidit.*

"Os homens não são demônios dominados por um desejo de se exterminarem uns aos outros e a demonstração de que, por força apenas da finalidade modesta da sobrevivência as regras básicas do Direito e da Moral são coisas necessárias, não deve ser identificada com o ponto de vista falso de que os homens são predominantemente egoístas e não têm uma preocupação desinteressada na sobrevivência ou no bem-estar dos seus semelhantes. Mas, se os homens não são demônios, tão-pouco são anjos; e o facto de que estão a meio caminho entre estes dois extremos é algo que torna um sistema de abstenções recíprocas simultaneamente necessário e possível."[38]

Destarte, até mesmo para que não nos precipitemos no desespero decorrente de uma visão catastrófica da vida, é necessário que nos esforcemos para acreditar que há no ser humano uma tendência para o bem, da mesmíssima forma como os vegetais tendem para a luz, por mais adverso que seja o ambiente em que eles vicejam. Isso deve constituir um pressuposto básico, seja quando se cuida de normas jurídicas, seja quando nos empenhamos em descobrir quais são os comportamentos que, por sua reiteração, possam ser chamados de costume.

E se isso é assim no campo interno, algo um pouco diverso ocorre no campo externo, ainda que os pressupostos sejam os mesmos, até porque a vida *extra muros*, tanto quanto a vida *intra muros*, tem o mesmo ser humano como seu protagonista. É que, como já dito, a norma primária do Direito no ambiente externo é e só

37. Ob. cit., p. 62.

38. Hart, ob. cit., p. 212.

pode ser o costume. Antes de os Estados resolverem registrar por escrito as normas que regerão suas relações, havia o proceder generalizado de que aquilo que as nações juridicamente organizadas costumavam fazer tinha o caráter de norma obrigatória, assentando-se isso não na lei, que não havia, mas na *bona fides* que sempre regeu tais relações.

Realmente, os tratados constituem uma segunda fonte (*second source*) do Direito Internacional, e uma fonte que é de suma importância, ressalva Oppenheim.[39] Eles são a cristalização daquilo que os Estados entendem ser a melhor regência de suas recíprocas relações, dando-se seu surgimento depois do tempo necessário à maturação do proceder que ali será cristalizado. É simplesmente impensável que os Estados resolvam reunir-se para criar do nada regras que regerão suas futuras relações.[40] Da mesma forma como é impensável que um Estado não se faça representar (ou presentar, como prefere o jurista brasileiro Pontes de Miranda, no sentido de que a pessoa jurídica, um ser abstrato, se *faz presente* por intermédio da pessoa física) por alguém dotado de poderes tais que possa obrigar o Estado que o designou para aquele conclave. E o adjetivo que se dá a tal representante não deixa margem a dúvida: plenipotenciário. A soberania do Estado está nas mãos de seu representante, que tem amplos poderes para falar por quem o designou.

A ser assim, é simplesmente impensável que um Estado que, por seu ministro plenipotenciário, se tenha obrigado a observar determinada conduta, ou a abster-se disso, venha no futuro negar valor à palavra dada, o que, no campo do Direito interno, se vitupera com o *nemo allegare turpitudinem suam potest.*

Se não for para alegar a própria torpeza, que motivos seriam invocáveis para tal rompimento? Eticamente falando, nenhum.

39. Ob. cit., p. 27.

40. Uma das exceções a esse princípio, citadas pelos autores, é o Tratado de Paz, que, evidentemente, propõe que se faça exatamente o inverso do que os Estados-partes estavam fazendo até ali.

O mesmo raciocínio vale quando a manifestação do Estado não se faz de modo formal e explícito, pela assinatura e ulterior formalização do tratado, como quando se cuida de outros atos cuja aprovação necessitou do consentimento de vários Estados, ainda que não estejam sujeitos a tais ratificações. Pense-se, por exemplo, na redação e aprovação do estatuto de uma organização plurinacional.

Temos aqui duas possibilidades. De um lado, muito embora o Estado não tenha formalizado sua adesão ao ato de que se cuida, passou ele a agir em conformidade com tal ato. Ora, em tal caso, a origem da obrigação não estará na fonte secundária do Direito internacional (o tratado), mas na fonte primária: o costume. *Modus* (a observância do preceito sugerido) mais *tempus* (a reiteração dessa observância) dará origem ao dever jurídico (*jus*).

Tal raciocínio permite resolver, por exemplo, a abrolhosa questão da pretensa não-obrigatoriedade das recomendações baixadas por organismos internacionais.

Há a considerar aqui dois aspectos. Em primeiro lugar, esses órgãos plurinacionais existem no interesse das nações que os compõem. É de presumir, portanto, que suas deliberações reflitam o pensamento da maioria desses Estados, se não for o da totalidade de seus membros. Ora, se a norma que rege a aprovação dessas deliberações foi baixada de acordo com o estatuto dessa entidade, o que sempre se presume tenha ocorrido, segue-se que, ao aprovarem esse estatuto, os Estados deram, *ex ante,* ao órgão deliberativo poder de representá-los quando não se exija manifestação expressa de todos os membros da entidade.

Por outro lado, se meras recomendações passaram a ser observadas por alguns ou por todos os Estados, como se obrigatórias fossem, caímos na vala comum da fonte primária do Direito internacional: o costume, expressão de uma conduta ética que se presume. É que, "quando o altruísmo não é ilimitado, exige-se um processo permanente destinado a regular os actos autovinculativos, com a

finalidade de criar uma forma mínima de confiança no comportamento futuro dos outros e para assegurar a previsibilidade necessária à cooperação."[41]

Como desdobramento destas reflexões, deveríamos ater-nos ao papel da jurisprudência, como inequívoca fonte de conhecimento do Direito, no sentido de que o declara a cada caso concreto julgado.[42] Se for verdade o dito célebre de Benjamin Cardozo, no sentido de que a Constituição norte-americana diz aquilo que a Suprema Corte diz que ela diz, uma vez que os Estados reconheçam que cabe a um tribunal internacional declarar o Direito, tal papel será de grande utilidade quando se procurar conhecer o real alcance daquilo que, com as naturais limitações humanas, o costume tanto quanto o tratado, procuraram explicitar.

Ainda uma vez, a aceitação do papel da Corte feita pelos Estados, implica aceitação também das normas que ele, exegeticamente, explicitará. A Corte Internacional, embora não considere suas decisões anteriores com força vinculativa, refere-se a elas com grande freqüência (*"The International Court, while prevented from treating its previous decisions as binding, has referred to them with increasing frequency."*)

É provável que, em face das dificuldades de se obter uma codificação do Direito Internacional, "os tribunais internacionais contribuam, no futuro, de modo cuidadoso mas eficiente, na grande tarefa de desenvolver os princípios do Direito Internacional."[43]

É que "os costumes podem mudar e realmente mudam de tempos em tempos, sendo uma fonte do Direito fluida *("is a fluid source of law")*. O conteúdo do costume não é algo fixo; ele pode desenvolver-se e mudar à luz de novas circunstâncias. A formação e a modificação do costume é um processo incerto porque o Direito Internacional não tem nenhum critério obrigatório para indicar o

41. Hart, ob. cit., p. 213.

42. "The insufficiency of the traditional theory of custom is equally visible in the filed of international jurisprudence law", destaca Kolb (ob. cit. p. 128).

43. Oppenheim, ob. cit., p. 31.

número de vezes, a duração e a freqüência de uma prática de Estado requeridos para desenvolver ou mudar um costume."[44]

Daí a importância da Corte, como local de conhecimento do Direito Internacional, especialmente quando se cuida de Direito consuetudinário, ou quando trata da interpretação de cláusulas de um tratado ou de uma convenção.

No dizer de Hart, "os juizes não estão confinados, ao interpretarem, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução mecânica de regras com um sentido pré-determinado. A sua escolha é guiada muito freqüentemente pela consideração de que a finalidade das regras que se está a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes."[45]

Assim, "uma simples afirmação feita por um juiz de que aquela proposição se aplica além do vínculo que liga as partes contendoras poderá fazer dessa proposição uma norma aplicável pelo Direito Internacional, uma vez que, por uma ficção legal, os tribunais declaram o Direito.[46]

Esse tipo de entendimento, no que diz com as tradicionais fontes do Direito Internacional, auxiliará, segundo cremos, na resolução de alguns problemas jurídicos que vêm desafiando os internacionalistas, como, por exemplo, o da legitimidade da Corte de Nuremberg, para trazermos à reflexão um caso extremo.

Como se sabe, encerrada a II Guerra Mundial, suscitaram alguns governantes a questão da responsabilização jurídica dos autores de atos consistentes na imposição desnecessária de sofrimento a número incalculável de pessoas, principalmente em face de serem não-arianos ou homossexuais, conduta que se pautava pelo Direito germânico, que a lastreava. Como, porém, julgá-los, se não

44. Roberts, ob. cit., p. 757.
45. Ob. cit., p. 220.
46. Kolb, ob. cit., p. 128.

havia ainda nenhuma Corte Internacional com competência para tanto? Como julgá-los se não havia ainda documento escrito, de valor transnacional, a dizer que o genocídio constituía crime contra a Humanidade? Como julgar quem havia agido *secundum jus?*

Doug Linder assim relata o impasse, que os mais novos talvez não conheçam em seus pormenores: Em 1944, quando eventual vitória sobre as forças do Eixo parecia provável, o Presidente Franklin D. Roosevelt pediu ao Departamento de Guerra (*War Department*) para esboçar um plano para punição dos criminosos de guerra. Antes que aquele Departamento apresentasse tal plano, o Secretário do Tesouro, Henry Morgenthau, mandou ao Presidente um projeto sobre o assunto. A sugestão de Morgenthau era que se eliminassem os mais destacados líderes nazistas, aplicando-se o olho-por-olho, a pena de Talião, tão logo fossem eles presos, banindo-se líderes inferiores para locais distantes. Pelo plano de Morgenthau, a Alemanha deveria ser forçada a reconstruir a Europa. O objetivo do Secretário do Tesouro era destruir o que sobrasse do parque industrial alemão, tornando-a um país fraco, dependente apenas da agricultura.

O Secretário da Guerra Henry Stimson via as coisas de modo diverso. A contra-proposta de Stimson, elaborada pelo coronel Murray Bernays, do setor de projetos especiais (*Special Projects Branch*), era no sentido de se responsabilizarem os líderes nazistas nos tribunais. O Departamento de Guerra considerava as atrocidades cometidas como crimes de guerra. Além disso, propunha que se tratasse o regime nazista como autor de conspiração criminosa *("as a criminal conspiracy").*

O presidente Roosevelt preferiu o plano do Departamento de Guerra. Outros líderes aliados, contudo, tinham suas próprias idéias. Winston Churchill informou Joseph Stalin de que era favorável à execução dos líderes nazistas, ao que Stalin objetou: na União Soviética nós não executamos ninguém sem prévio julgamento *("in the Soviet Union, we never execute anyone without a trial.").* Churchill concordou com isso, dizendo *"of course, of course. We should give them a*

trial first." Os três líderes reuniram-se em Yalta, em fevereiro de 1945, concordando na redação de regras para tal julgamento.[47]

Deliberada a realização do julgamento, nos termos do costume invocado por Stalin, a ubiquação jurídica dos fatos a serem imputados aos réus e qual o tribunal competente para o julgamento, escolheu-se para tanto o local onde se deram os fatos.

Havia base jurídica para isso?

Realmente, no dizer da Magna Carta, que desde 1215, havia antecipado aquilo que viria a se constituir no *due process of law*,[48] cláusula que permanece em vigor até os dias de hoje,[49] nenhum réu poderia ser julgado por fato que ainda não constituía crime ao tempo do cometimento. Nem poderia ser julgado por tribunal *ad hoc*. O "*Nullum crimen sine prævia lege*" e o "*Nullum judex post factum*" estão aí compreendidos, quando se diz que o rei não poderá substituir o Juízo natural, devendo, outrossim, a infração estar prevista na lei da terra, o que supõe sua necessária anterioridade ao fato.

Na narrativa de Linder, em abril de 1945, duas semanas depois da morte do presidente Roosevelt,[50] o juiz da Suprema Corte norte-americana Robert Jackson recebeu em sua casa Samuel Rosenman, que, em nome do presidente Harry S. Truman,[51] convidou-o para ser o chefe dos acusadores, representando os Estados Unidos no julgamento que ocorreria tão logo a guerra terminasse. Truman queria para tal função uma figura respeitável, um homem de integrida-

47. cf. Doug Linder, Artigo The Nuremberg Trials. *Famous World Trials*, no sítio da Internet www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/ftrials.htm, 2000.

48. Textualmente, "ne corpus liberi hominis capiatur, nec imprisonetur, nec dissuasietur, nec utlagetur, nec exsuletur, nec aliquo modo destruatur, nec rex eat vel mittat super eum vi, nisi per juditium parium suorum vel per legem terrae".

49. Nigel Cawthorne, ob. cit., p. 5.

50. Franklin Delano Roosevelt died in 1945, while on vacation in Georgia.

51. Harry S. Truman became the new USA's President. Truman did not have a middle name, but only a middle initial. It was a common practice in southern states to use initials rather than names.

de moral inatacável, para representar o país naquela Corte. Três dias depois Jackson aceitou o convite. Em maio Harry Truman formalmente o indicou como chefe dos acusadores (*"formally appointed him chief prosecutor"*). Mas, indaga o autor, acusador de quem, e sob que autoridade? Essa e outras questões permaneceram sem resposta.[52]

Como quer que fosse, passados dez dias de discussão, o perfil do procedimento a ser observado foi ficando mais claro. A corte de tal julgamento seria chamada Tribunal Militar Internacional (*the International Military Tribunal*) e cada país indicaria um juiz e um suplente. O sistema acusatório, preferido por norte-americanos e ingleses, seria o utilizado no julgamento. As acusações evitariam falar em cumprimento de ordens superiores (*"The indictments against the defendants would prohibit defenses based on superior orders"*). Os delegados dos países foram instruídos a não permitir que os acusados e seus defensores pusessem em dúvida a conduta das forças aliadas (*"Delegates were determined not to let the defendants and their German lawyers turn the trial into one that would expose questionable war conduct by Allied forces."*).[53]

52. cf. Doug Linder, Artigo The Nuremberg Trials, *Famous World Trials*, no sítio da Internet www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/ftrials.htm, 2000

53. Diz ainda Linder: "Jackson believed that the war crimes trials should be held in Germany. Few German cities in 1945, however, had a standing courthouse in which a major trial could be held. One of the few cities that did was Nuremberg, site of Zeppelin Field and some of Hitler's most spectacular rallies. It was also in Nuremberg that Nazi leaders proclaimed the infamous Nuremberg Laws, stripping Jews of their property and basic rights. Jackson liked that connection. The city was 91% destroyed, but in addition to the Palace of Justice, the best hotel in town – the Grand Hotel – was miraculously spared and would serve as an operating base for court officers and the world press. Over the objection of the Soviets (who preferred Berlin), Allied representatives decided to conduct the trial in Nuremberg. On August 6, the representatives signed the Charter of the International Military Tribunal, establishing the laws and procedures that would govern the Nuremberg trials. Six days later, a cargo plane carrying most of major war trial defendants landed in Nuremberg. Allied military personel loaded the prisoners into ambulances and took them to a secure cell block of the Palace of Justice, where they spent the next fourteen months. Judges for the IMT met for the first time on October 13. The American judge was Francis Biddle, who was appointed to the job by Harry Truman – perhaps out of a feeling of guilt after the President dismissed him as Attorney General. Robert Jackson pressured Biddle, who desperately wanted the position of chief judge, to support instead the British judge, Sir Geoffrey Lawrence. Jackson

Para muitos internacionalistas, "O Tribunal de Nuremberg aplicou fundamentalmente o costume internacional para a condenação criminal de indivíduos envolvidos na prática de crimes contra a paz, crime de guerra e crimes contra a Humanidade", tal como constou do Acordo de Londres, pelo qual se criou aquela Corte, pouco importando que se cuidasse de *lex post factum comissum*.[54]

Pouco importou aos internacionalistas que os acusados houvessem obrado em perfeita conformidade com o Direito germânico, não demonstrando terem consciência da gravidade do que haviam confessadamente feito. Realmente, quem veio aos julgamentos esperando encontrar ali monstros sádicos, ficou desapontado. O que era chocante no julgamento de Nuremberg era precisamente isso: os réus eram homens comuns, que deviam ser bons pais de família, amantes dos animais, e que haviam, mesmo sem o assumir, cometido crimes indescritíveis. Anos mais tarde, referindo-se ao julgamento de Adolf Eichmann, Hannah Arendt escreveu sobre a banalidade do mal. Como Eichmann, muitos réus de Nuremberg nunca haviam pensado em virem a ser vilões. Além disso, eles se identificavam com uma causa ideológica e sofreram de falta de imaginação ou de empatia em relação às vítimas: eles não poderiam apreciar de modo total as conseqüências de suas decisões políticas.[55]

Ou seja, o que ali se viu foram bons *pater famílias*, que haviam agido de acordo com o sadio espírito do povo alemão, o *Volksgeist*, princípio superior de Direito que informava toda a hermenêutica nazista.

thought the selection of a British as president of the IMT would ease criticism that the Americans were playing too large a role in the trials. Votes from the Americans, British, and French elected Lawrence chief judge. With a November 20 opening trial date approaching, Nuremberg began to fill with visitors. A prosecutorial staff of over 600 Americans plus additional hundreds from the other three powers assembled and began interviewing potential witnesses and identifying documents from among the 100.000 captured for the prosecution case." (loc. cit.)

54. cf. Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, São Paulo, 5. ed., 2002, p. 136, com farta citação doutrinária.

55. cf. Doug Linder, ob. e loc. cits.

De fato, a partir de abril de 1934, o direito de julgar casos de traição, por exemplo, que até então havia sido da jurisdição exclusiva da Suprema Corte alemã, foi transferido para uma nova corte, a *Volksgerischtshof*, ou Corte Popular, que logo se tornou o tribunal mais temido do país. Tinha a forma de escabinado, sendo composta de dois juízes togados e cinco juízes laicos, escolhidos dentre os funcionários do partido, da polícia e das forças armadas.

Lembremos, *en passant*, que o "espírito do povo", que Savigny, inspirado em Hegel, concebia como a fonte por excelência do Direito, era para Weber produto de inumeráveis variáveis culturais e não o fundamento real de todos os fenômenos culturais de um povo, como ocorria na Alemanha nazista. O desconhecimento dessa diferença é que teria levado aquelas autoridades a concluir que *omne quod licet honestum est*, esquecidos de que outra era a lição dos sábios romanos.

"Não há dúvida de que a teoria Nacional Socialista e sua prática rejeitam o postulado da regra do Direito. Direito é nada mais do que a vontade do Líder", diz Neuman.[56] Aliás, é para perguntar se essa estrutura de poder não desnaturaria aquilo que se entende por Estado de Direito. *"Is the National Socialist state a Rechtstaat?"* indaga o mesmo autor.[57]

Entretanto, é para indagar se, ao aceitar que a vontade do Fuhrer, como síntese da vontade do povo alemão, fosse, por excelência, a fonte do Direito, sem fazer cogitações de ordem moral, estariam as autoridades germânicas sob erro desculpável? Seria lícito dizer que elas poderiam escolher entre impor o sacrifício da vida aos não-arianos e o sacrifício da própria vida (pois a tanto levaria a recusa ao cumprir a vontade do Fuhrer), em um clima de terror oficial, como havia na Alemanha nazista? Não nos esqueçamos que a punibilidade do criminoso se assenta em um pressuposto ético: a exigibilidade de conduta diversa.

56. Neumann, ob. cit., p. 293.

57. Ob. e loc. cits.

Difícil, pois, responder tais indagações, já que tanto o Direito quanto a Moral não almejam que os seres humanos atinjam a santidade, mas apenas que pautem sua vida de tal modo que, sendo seu exemplo observado por todos, em todo tempo e em todo lugar, não só o ser humano, como o ambiente em que ele vive tenderão a evoluir, no sentido do ótimo, e não involuir no sentido do péssimo.

Digna de recordar a indagação de Herbert Hart: "Em que medida, quando se está confrontado com pedidos moralmente iníquos, é melhor pensar 'isto não é direito em nenhum sentido', em vez de 'isto é direito demasiado iníquo para se lhe obedecer ou para o aplicar'?"[58]

Dito de outro modo: "Tornaria isto os homens mais esclarecidos ou prontos para desobedecer, quando a moral o exige? Conduziria isto a modos mais eficazes de resolver problemas, tais como os que o regime nazi deixou atrás de si?"[59]

Como quer que seja, importa anotar que doze julgamentos, envolvendo uma centena de réus e várias Cortes, tiveram lugar em Nuremberg de 1945 a 1949. De longe, a maior atenção, por motivos óbvios, foi dada ao primeiro desses julgamentos, quando vinte e um réus, dentre os mais graduados membros do governo nazista, foram julgados. Muitos dos onze julgamentos restantes, contudo, também envolveram casos interessantes, como, por exemplo, o julgamento de dezesseis juízes germânicos e oficiais do Ministério do Reich, quando se discutiu a responsabilidade criminal dos juízes que aplicavam leis imorais ("*German judges and officials of the Reich Ministry considered the criminal responsibility of judges who enforce immoral laws.*")[60]

Assim relata Ferencz a constituição do Tribunal e suas conseqüências futuras: dezenove outras nações adeririam à chamada Carta de Nuremberg. Os princípios vigentes no julgamento e o próprio julgamento foram confirmados

58. Ob. cit., p. 226.

59. Id., ib.

60. Ferencz, ob. e loc. cits.

pela Assembléia Geral da ONU em 1945. Impressionada pelas desumanidades reveladas pelos julgamentos de Nuremberg, as Nações Unidas prontamente nomearam comissões para codificar os Princípios de Nuremberg em um código penal e para criar uma jurisdição criminal internacional onde tais ofensas, incluindo o crime de genocídio, poderiam ser julgados e punidos.[61]

Em resumo, tal precedente sugere que mentes bem formadas não podem invocar desconhecimento daquilo que é intuitivo, como o respeito à dignidade humana e a possibilidade de responsabilização jurídica em caso de descumprimento a tal norma costumeira.

De outra parte, também se conclui que a existência de norma interna negando tal costume, tal como aquela que, em nome do *Volksgeist*, determinava o genocídio, não é de proveitosa invocação, da mesma forma como o *timor reverentialis* e a obediência hierárquica não se podem sobrepor a um costume que diz com o devido respeito à dignidade da pessoa humana, que se presume conhecido e aceito por todas as pessoas razoavelmente civilizadas.

"O conteúdo moral da moderna concepção do costume explica a forte tendência para não se dar importância às práticas contrárias dos Estados. A não ser que o assunto dos costumes modernos não seja moralmente neutro, a comunidade internacional tende a não aceitar norma estabelecida pelo Estado que afronte princípios morais de genérica aceitação" pelas nações civilizadas.[62]

Dito de outra forma, nem mesmo o estado de necessidade (o sacrifício de bem jurídico alheio em proveito próprio, em circunstâncias especialíssimas, como o risco de morte a que estavam sujeitos os agentes do Estado germânico em caso de desobediência), pode justificar o agente que se tenha afastado dessa exigência superior a qualquer norma jurídica em sentido diverso.

61. Benjamin B. Ferencz, *The Evolution of International Criminal Law*, Silverburg, Sanford R., McFarland Publishing, 1999.

62. Roberts, ob. cit., p. 765.

Há nessa paradoxal conclusão uma proposta ética embutida: uma vez reconhecido pelos homens de bem, assim considerados aqueles cuja consciência sempre se pautou pela observação dos mais elementares preceitos morais (sendo o principal deles o reconhecimento da dignidade do ser humano), que a autoridade constituída institui normas jurídicas que atentam contra a dignidade humana, não estaremos diante do direito individual de descumpri-las, mas diante de um dever de lutar para que tais normas sejam revogadas, pena de pecarmos por omissão. Luta que, evidentemente, não poderá ser a de um só indivíduo, mas de uma multidão de heróis anônimos. Negar-se a isso será pactuar com as atrocidades cometidas com supedâneo na lei iníqua.

Sendo o Direito, tanto quanto a Moral, um conjunto de regras e princípios voltados, não para o presente, menos ainda para o passado, mas voltado para o futuro, o compromisso do ser humano com a espécie humana e com o meio ambiental,[63] onde se desenvolvem ele e os demais seres humanos a que está naturalmente vinculado, inclui-se no costume, como fonte de direitos e obrigações, pois a vida só se justifica tendo-se dela uma visão escatológica, no sentido teológico, não no sentido fisiológico, como é a de muitos seres humanos.

Será ela uma vida que não é digna de ser vivida, enquadrando-se o omisso no rol dos medíocres, a quem José Ingenieros dedicou páginas candentes.

"La continuidad de la vida social sería posible sin esa compacta masa de hombres puramente imitativos, capaces de conservar los hábitos rutinarios que la sociedad les trasfunde mediante la educación? El mediocre no inventa nada, no cría, no empuja, no rompe, no engendra, pero, en cambio, custodia celosamente la armazón de automatismos, prejuicios y dogmas acumulados durante siglos, defendiendo ese capital común contra la asechanza de los inadaptables."[64]

63. cf. Ian Brownlie, A Survey of International Costumary Rules of Enviromental Protection, *Natural Resources Jornal*, Oxford, 1973.

64. José Ingenieros, *El Hombre Mediocre*, Editora Latino Americana, Buenos Aires, 1957.

O risco permitido como critério de imputação do erro médico

Iberê Anselmo Garcia
Bacharel em Direito, mestrando em Direito Penal na Faculdade de Direito da USP e médico.

Sumário: 1. Introdução – 2. O risco penalmente relevante: 2.1 Risco social e direito penal; 2.2 A sociedade de risco; 2.3 A medicina como atividade de risco – 3. O risco permitido: 3.1 Dever de cuidado e risco permitido; 3.2 A concretização dos limites do risco permitido – 4. O risco permitido no ato médico: 4.1 A justificação do ato médico e a caracterização do risco permitido pelo consentimento informado do paciente; 4.2 A concretização dos limites do risco permitido e a imputação objetiva das condutas dolosas no ato médico; 4.3 A concretização dos limites do risco permitido e a imputação objetiva nas condutas negligentes no ato médico – 5. Análise de dois casos concretos – 6. Considerações político-criminais – 7. Conclusões – 8. Bibliografia.

Resumo: Toda interação social implica em riscos de danos aos membros da sociedade. Tais riscos estão ainda mais presentes na sociedade contemporânea, já que esta se caracteriza pela utilização de tecnologia potencialmente geradora de riscos ainda maiores. Para que os contactos sociais possam realizar-se, entretanto, determinados riscos são aceitos como inevitáveis, e são por isso considerados riscos permitidos. Algumas atividades estão particularmente propensas a gerar riscos, entre elas a medicina. No papel de proteção social aos bens jurídicos mais importantes da sociedade, o Direito Penal deve avaliar os riscos gerados pelas condutas dos agentes sociais caso estas condutas gerem lesões ou perigos de le-

são aos bens protegidos. Por essa razão, também a atividade médica deve ter seus riscos intrínsecos controlados pelas normas penais. O presente trabalho avalia o conceito de risco permitido na imputação penal das condutas médicas que causam danos aos bens jurídicos integridade corporal e saúde, procurando situar esse conceito em relação às normas técnicas e jurídicas que regulam a atividade médica.

1. Introdução

Em todos os países tem ocorrido um aumento significativo das ações judiciais motivadas por erro médico.[1] O Brasil não é uma exceção.[2] Há inúmeras explicações para esse aumento, tais como a expansão em números absolutos do atendimento médico, a procura cada vez maior da justiça estatal para a solução dos conflitos sociais, a inadequada preparação dos profissionais de saúde, as más condições de trabalho na maioria dos hospitais, a crônica falta de recursos, e também, o aumento do risco médico causado pelas novas tecnologias.

A medicina é por si só, uma atividade de risco. A imprevisibilidade da reação do organismo humano às manobras terapêuticas aliada às freqüentes incertezas diagnósticas obriga o médico a considerar o risco gerado por seus procedimentos como fator fundamental de suas decisões profissionais. Todo ato médico tem por finalidade a manutenção ou a melhora da saúde, mas por outro lado incrementa o risco de lesões orgânicas. Tais riscos só podem ser justificados se estiverem contidos dentro de determinados limites.

O risco que se mantém dentro de limites toleráveis pela sociedade é chamado de *risco permitido*. É do interesse de toda a sociedade que os médicos atuem na preservação e no restabelecimento da saúde, e os riscos inevitáveis desses pro-

1. Esther HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, p. 11.

2. Fábio TAKAHASHI, Conselho cria teste de qualidade para médico, *Folha de S. Paulo*, 13.07.2005, p. C1.

cedimentos são tolerados em razão da utilidade da medicina. As condutas médicas que geram apenas esse nível aceitável de risco são na maioria das vezes lícitas. Pode-se afirmar, portanto, que o risco deve ser o critério norteador da responsabilidade penal do médico.

Para estudar o risco permitido como critério de imputação penal das condutas médicas, recordar-se-á em primeiro lugar as características da sociedade atual, a chamada *Sociedade de Risco* (2). Posteriormente, será esboçado o conceito de risco permitido na doutrina penal (3) e os critérios para determinar os limites do risco permitido na prática médica (4). Serão vistos exemplos da jurisprudência nacional (5) para finalmente, analisar algumas questões político-criminais referentes às lesões causadas pelos atos médicos e seu controle social pelo direito penal (6). Como conclusão, serão indicados os pontos mais relevantes (7).

2. O risco penalmente relevante

2.1 Risco social e direito penal

Atribui-se ao Direito Penal a missão de proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade.[3] As normas penais protegem esses bens de condutas que podem causar-lhes danos mais severos, em particular as condutas que não podem ser eficazmente desestimuladas por outros ramos do Direito. A proteção realizada pelo Direito Penal, porém, não implica a conservação *absoluta* desses bens, o que seria não só impossível como também desfavorável ao desenvolvimento da sociedade. De início, porque há bens jurídicos que naturalmente se perdem como a vida e a saúde. Outros, além disso, perdem-se ao serem usufruídos pelos seus titulares, como alguns bens materiais objeto do direito de propriedade. O verdadeiro objetivo do Direito Penal, na verdade, é a preservação

3. Urs KINDHÄUSER, *Derecho Penal de la Culpabilidad*, p. 67. Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I p. 34-35.

das condições de pleno e livre exercício desses bens por seus titulares, incriminando as ações tendentes a limitar esse exercício.

Pode-se afirmar assim, com um pouco mais de exatidão, que a função específica do Direito Penal não é a conservação de bens jurídicos, mas, *a diminuição da probabilidade de lesão desses bens.*[4] Em outras palavras, a missão do Direito Penal é a de controlar a geração de *riscos* de dano aos bens jurídicos objetivando a diminuição da ocorrência de lesões dos mesmos.[5] Proíbem-se por isso, as condutas consideradas pela sociedade potencialmente lesivas aos bens jurídicos em razão do grau de risco de lesão que acarretam. Decorre desse fato a importância da análise do risco gerado pela conduta como causa de dano a um bem jurídico de dignidade penal.

Risco é a probabilidade de ocorrência de um evento considerado ruim e por isso mesmo, indesejável. Toda interação social implica na criação de riscos para os que dela participam. Os riscos a que aqui se refere são probabilidades de ocorrência de danos para os *bens jurídicos.*[6] Assim, exemplificando, um simples aperto de mão pode transmitir uma doença grave atingindo o bem saúde; uma declaração na mídia pode atingir o bem jurídico honra de um cidadão; uma decisão governamental pode gerar prejuízo financeiro para o patrimônio de milhões de pessoas. Alguns autores denominam o risco inevitável existente em todo tráfego jurídico *risco geral de vida.*[7]

4. Ver Günther JAKOBS, *¿Qué protege el derecho penal: Bienes Jurídicos o la Vigencia de la Norma?*

5. Essa proteção é altamente seletiva, só são protegidos pelas normas penais os bens sociais mais significativos e carentes de proteção. Também só as condutas que podem atingi-los de forma mais grave são proibidas. São os Princípios da Fragmentariedade, da Subsidiariedade, da Lesividade, da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos. Em síntese, essa proteção obedece aos princípios informadores do Direito Penal Mínimo. Ver Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I, cap. III.

6. Aqui se consideram bens jurídicos as condições para o pleno desenvolvimento pessoal e coletivo oferecidas pela sociedade e garantidas constitucionalmente.

7. Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal*, p. 316. Não se fará aqui a distinção entre risco e perigo, por considerar-se esta distinção irrelevante para este trabalho. Estes conceitos são englobados no termo Princípio do Risco.

O risco geral de vida está relacionado ao estágio de avanço técnico e cultural de cada sociedade. No século XIX, no início do tráfego de veículos automotores, foram formuladas medidas de prevenção de acidentes que hoje são absolutamente descabidas. Da mesma forma, as medidas preventivas de acidentes nas atuais instalações nucleares talvez sejam consideradas inadequadas no futuro. Os riscos permitidos, para alguns autores, demonstram a *adequação social* (no sentido definido por WELZEL) de cada ação.[8]

Por outro lado, tal como em relação aos danos, a eliminação total dos riscos para os bens jurídicos é impossível, pois para isso seria necessária a paralisação de todas as atividades sociais.[9] Daí dizer-se que o objetivo do Direito Penal é o *controle* dos riscos passíveis de serem evitados e não sua total eliminação. Na verdade, a utilização plena e satisfatória dos bens jurídicos de dignidade penal implica na exposição dos mesmos a riscos variados.[10] Já que somente parte dos riscos gerados pode ser proibida, a análise dos riscos presentes em todas as atividades sociais é fundamental na área penal.

O risco juridicamente tolerado em cada interação social é denominado *risco permitido.* Qualquer lesão inevitável decorrente de uma atividade realizada dentro dos limites do risco permitido não pode ser proibida pelo Direito Penal, pois faz parte do risco geral de vida. Para que possa servir de parâmetro para a ação permitida, esse risco deve ser reconhecível e previsível pelo agente médio de cada atividade social, já que não se admite responsabilidade penal apenas por dar causa a um determinado resultado.[11] A configuração da Sociedade Pós-Industrial do fim do século, a chamada *Sociedade de Risco*, no entanto, acarretou a geração de novos riscos que vêm desafiando os institutos clássicos do Direito Penal iluminista.

8. Hans WELZEL, *O Novo Sistema Jurídico-Penal*, pp. 58-60.

9. Günther JAKOBS, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, p. 45e 46; Hans WELZEL, *O Novo Sistema Jurídico-Penal*, p. 78.

10. C. M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, pp. 91-92.

11. *Ibid.*, p. 15.

2.2 *A sociedade de risco*

Na sociedade contemporânea a freqüência dos riscos é mais elevada do que nas sociedades do passado. A configuração atual de vida exige o uso intenso de tecnologia em quase todas as atividades. Essa tecnologia se faz presente pelo uso constante de máquinas e equipamentos, pelo surgimento de novos compostos químicos, e pelas novas formas de produção que deles derivam. Este cenário é o pano de fundo em que o sociólogo alemão ULRICH BECK[12] definiu a sociedade pós-industrial da segunda metade do século XX como a *Sociedade de Risco.* Nessa sociedade, os riscos habitualmente existentes em todo contato social são acrescidos de perigos de outra natureza, que tendem a estar presente em todos os momentos.

Os principais riscos característicos das sociedades contemporâneas são *artificiais* e de origem *tecnológica.* No passado o homem convivia com riscos de basicamente duas origens: os causados pela força da natureza, como nos desastres naturais, e os causados pela atuação direta de outros homens. O controle desses últimos riscos era o objetivo do Direito Penal clássico. Os riscos dentro da sociedade globalizada pós-industrial, porém, têm dimensão muito maior do que as ameaças do passado, pois além daqueles riscos historicamente presentes, incluem os relacionados ao uso das novas tecnologias. Tais ameaças podem atingir quase ao mesmo tempo inúmeras pessoas distantes entre si. O paradigma desses riscos é o acidente nuclear, como o ocorrido em Chernobyl, em abril de 1986. Esse caráter, por assim dizer *globalizado* dos riscos torna-os incontroláveis por cada Estado isoladamente,[13] diminuindo a eficácia do Direito Penal de origem iluminista, já que este está fortemente ligado à atuação do Estado Nacional, em que pesem as recentes iniciativas internacionalistas na área criminal.

12. *La sociedad del riesgo,* passim.
13. Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo,* pp. 42-43.

Esses riscos originados pelo uso intensivo da tecnologia são gerados em todos os países independentemente do seu grau de desenvolvimento econômico e social, já que mesmo os países menos desenvolvidos têm acesso a parte dessa nova tecnologia. Leve-se em conta, por outro lado, como já visto, que quando ocorrem danos para o meio ambiente, as conseqüências podem atingir a própria população local e também as de regiões distantes. Neste caso, atingem-se da mesma forma os países e indivíduos ricos e pobres, já que a deterioração do meio ambiente afeta a qualidade de vida de ambos os grupos.

A atribuição da responsabilidade por esses riscos é tarefa difícil, porque com relação a eles, verifica-se a chamada *complexidade organizativa das relações de responsabilidade*. Esta complexidade decorre do grande desenvolvimento da cadeia de produção de bens e serviços, que é formada por um número *a priori* indefinido de participantes. A responsabilidade de cada um dos envolvidos nesse processo é também indefinida pela complexidade das relações entre eles É o que BECK denomina de *irresponsabilidade organizada.*

Acentua essa dificuldade de identificação dos responsáveis o próprio desconhecimento dos *efeitos secundários* que cada *nova tecnologia* apresenta. As conseqüências indesejáveis da utilização das novas técnicas, geralmente, só são conhecidas depois de um longo prazo de sua implantação, tornando esses danos imprevisíveis. É certo que esses efeitos secundários são indesejados e constituem, portanto, condutas de natureza "não dolosa". Ora, se não há dolo, já por não ser possível prever essas lesões, não é possível identificar responsáveis pelos danos causados a partir da geração dos novos riscos. Além disso, o próprio dever de cuidado no uso dessas tecnologias é insuficientemente esclarecido, já que não se sabe o que evitar. Alguns autores, partindo dessas constatações, consideram os institutos clássicos do Direito Penal incapazes de responder às exigências de controle de danos surgidos nas novas sociedades industriais.[14]

14. Blanca MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, pp. 51-64.

Outra característica da sociedade de risco é a *sensação generalizada de insegurança* que prevalece no meio social em relação a essas novas tecnologias. A sucessão de acidentes industriais e de danos para o meio ambiente divulgados pela mídia reforça a idéia de ineficácia dos meios de controle social na prevenção dos mesmos. Entre esses meios de controle está o Direito Penal, que partilha assim do insucesso geral do Estado no controle dos riscos da Sociedade de Risco. Esta é uma das causas da ineficácia do Direito Penal nas sociedades contemporâneas.

As conseqüências sociais e políticas dessa sensação de insegurança são evidentes, e são analisadas por BECK em sua obra. Escapa do objetivo deste trabalho abordá-las.[15] Porém, a sensação de insegurança das sociedades atuais colabora para que cada vez mais o controle dos riscos esteja na pauta do Direito Penal contemporâneo, fazendo parte da agenda política em todos os países.

2.3 A medicina como atividade de risco

Há atividades que geram riscos maiores do que o risco geral de vida. A medicina é com certeza uma dessas atividades. A natureza da atividade médica é a razão da existência desses riscos adicionais. O exercício da medicina implica a intervenção direta e por vezes agressiva do médico na integridade física e mental de outros indivíduos, com a intenção de melhorar esses bens jurídicos, mas sob o risco de lesioná-los de forma grave ou irreparável.[16] Estes riscos que sempre acompanharam a Medicina em todas as épocas foram multiplicados com o advento das novas tecnologias características da sociedade de risco.

É inegável que a Medicina evoluiu acentuadamente em razão desses avanços. Como resultado deles, durante o último século observou-se notável aumen-

15. Ver Renato M.J. SILVEIRA, *Direito Penal Supra-Individual*, passim.

16. C. M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, p. 197.

to da expectativa e da qualidade de vida. As complicações e efeitos colaterais, porém, aumentaram significativamente, expondo os beneficiários das novas tecnologias a lesões muitas vezes desconhecidas.

Há diversas causas do aumento do risco pela utilização de novas tecnologias médicas. As novas possibilidades diagnósticas e terapêuticas avalizam procedimentos cada vez mais pretensiosos. Os médicos apresentados a essas novas alternativas procuram intervir em casos antes considerados incuráveis e sem opção de tratamento. Para empregar as novas técnicas, porém, é necessário treinamento sofisticado e dispendioso, não acessível a todos os profissionais. Esses fatores acarretam maior probabilidade de criação de situações arriscadas por profissionais que não conseguem manejá-las corretamente.

De mais, outras características da atividade médica contemporânea favorecem a geração de riscos. O profissional médico de hoje não apresenta o perfil do médico generalista que era comum na primeira metade do século passado. Este médico, muitas vezes era o médico de confiança da família, atuava sozinho, com recursos diagnósticos baseados na observação clínica direta, e utilizando principalmente medicamentos e medidas de apoio simples em seus tratamentos. Tal forma de atuar permitia a esse médico ser responsável de maneira integral pela saúde de seu doente, contando, em contrapartida, com a confiança quase irrestrita de seus clientes.

Hoje, em contraste, o médico faz parte de um sistema de atendimento fragmentado em partes quase estanques e encarrega-se apenas de um aspecto do atendimento global do doente. Os profissionais são especialistas em um órgão ou aparelho e dependem de informações e atuações de outros profissionais, não respondendo sozinhos pelas complicações na saúde do doente. Tudo isso leva o médico a ser considerado como um técnico, devendo prestar contas de suas atividades como tal. Essa nova situação gera a possibilidade de mais riscos nos tratamentos por afastar médicos de pacientes criando expectativas de desconfiança entre os dois grupos. É a já citada *irresponsabilidade organizada*, situação gerada

pela complexidade da cadeia produtiva em ambientes de alta tecnologia característicos da Sociedade de Risco.

Por essas razões, hoje mais do que nunca, não é possível separar a atividade médica do risco envolvido no seu exercício. A cada resultado obtido correspondeu a geração de um risco superior ao surgido em outras situações de interação social. Se este resultado foi danoso para a saúde ou para a vida, deve-se, portanto, analisar o risco gerado na conduta médica, para verificar se estava contido dentro dos limites do risco geral de vida para essa atividade, em outras palavras *se o risco era permitido*. Se para determinada conduta médica estava previsto o risco que levou ao resultado indesejado, e se as medidas para evitá-lo foram tomadas, o profissional envolvido não pode ser responsabilizado penalmente pelo dano ocorrido. É necessário, para demonstrar isso, entretanto, que algumas condições estejam presentes. Entre essas condições estão a observância da norma de cuidado devido para o caso, o consentimento do paciente, as condições individuais do profissional, as circunstâncias do caso concreto etc.

O conceito de risco permitido, porém, ainda é questão muito debatida pela doutrina penal. A seguir serão revistas algumas opiniões sobre a caracterização do risco permitido na teoria do delito.

3. O risco permitido

O reconhecimento do risco permitido é evolução do conceito de *adequação social* formulado por WELZEL. Para este autor a adequação social consiste em uma causa de *exclusão da tipicidade* de certas ações que embora possam ser subsumidas ao tipo penal, são toleradas pela sociedade por não serem consideradas lesivas a bens jurídicos. Essa tolerância está relacionada a fatores culturais e históricos. WELZEL fornece alguns exemplos dessas ações, como entregar presentes de pequeno valor para funcionários públicos e as condutas que causam

lesões nos acidentes de tráfego viário.[17] No primeiro caso, o ato de presentear não é considerado ofensivo ao bem jurídico "correto funcionamento da administração pública" porque é conduta habitual nas relações sociais. No segundo exemplo, as condutas que causam acidentes de trânsito são toleradas porque estão situadas dentro da configuração de risco aceita pela sociedade como inevitável e, portanto implicitamente normal.

Para alguns autores, porém, o conceito de adequação social não é equivalente àquele do risco permitido. Como os próprios exemplos de WELZEL permitem concluir, o conceito de adequação social exclui a tipicidade de ações histórica e socialmente toleradas como habituais. Já as condutas danosas que geram um risco permitido *são socialmente consideradas lesivas* aos bens jurídicos, mas, no entanto, toleradas por estarem contidas nos limites do risco normal da vida – *risco geral de vida*. Além disso, deve ser considerado que nem sempre o risco que é socialmente "adequado" pode ser permitido pelo ordenamento jurídico. Cite-se como exemplo, a velocidade desenvolvida nas vias públicas, que é geralmente acima do limite permitido e que em consenso social, é considerada segura e, portanto, adequada, mas que não pode ser juridicamente considerada risco permitido. A mesma crítica pode ser feita à justificativa do risco permitido por sua equiparação aos bons costumes, já que o conceito de bons costumes não se refere primordialmente a situações de riscos, mas sim a hábitos considerados socialmente não atentatórios à moral coletiva.[18]

Outra vertente teórica considera o risco permitido como uma das *causas de justificação*. Esta é a posição, por exemplo, de ENGISCH e JESCHECK, este último apenas nas primeiras edições de seu tratado.[19] Para esses autores, o risco permitido é causa de justificação por ter como fundamento um conflito de inte-

17. Hans WELZEL, *O Novo Sistema Jurídico-Penal*, pp. 58-60.

18. Jaime E. MALAMUD GOTI, *El Riesgo Permitido en el Derecho Penal*, p. 737.

19. Ibid., p. 738.

resses de proteção de bens jurídicos sob risco em determinada situação de vida. No estado de necessidade ou na legítima defesa, por exemplo, há uma ponderação de interesses entre dois ou mais bens que estão sob risco de lesão, estando justificada a preservação de um deles em detrimento dos outros em determinadas condições. No risco permitido, há a justificativa da lesão de um bem individual pela utilidade social da ação que engendrou o risco inevitável a esse bem.

No entanto, salta aos olhos a diferença entre as duas situações. No caso do estado de necessidade ou da legítima defesa, a situação é sempre socialmente "de exceção", o que nunca ocorre com a ação dentro do risco permitido, que é considerada normal. Também nas causas de justificação, a ponderação entre os bens envolvidos é feita *vis a vis*, ou seja, de um bem contra o outro na ação realmente ocorrida, em um juízo posterior à ação. Já nas ações dentro do risco permitido, os bens são avaliados em termos abstratos *ex-ante*, sem concretização real dos bens individuais para que não ocorra instrumentalização do ser humano pelo Estado ou pela sociedade. Também pelo instituto do risco permitido são toleradas lesões de bens jurídicos mais valiosos que o interesse social da atividade. Por exemplo, para facilitar os deslocamentos de bens e pessoas, toleram-se lesões – ocorridas no tráfego viário – ao bem jurídico "*vida*".[20]

Alguns autores lançam mão do conceito do consentimento dos participantes da interação social para justificar lesões causadas por ações dentro do risco permitido.[21] Na verdade, essa opinião é análoga à dos que consideram o risco permitido causa de justificação, pois esses autores também classificam o consentimento como excludente da antijuridicidade da conduta típica. Esta equiparação pode ser criticada porque as lesões originadas dentro do risco permitido incluem lesões de bens jurídicos considerados indisponíveis pelo consentimento do ofendido, como a *integridade corporal* e a *vida*.

20. Hans WELZEL, *O Novo Sistema Jurídico-Penal*, pp. 13-16.

21. Jaime E. MALAMUD GOTI, *El Riesgo Permitido en el Derecho Penal*, p. 740.

De outra parte, há na doutrina a fundamentação de duas causas de justificação a partir da existência de um risco permitido na situação. São o *consentimento presumido* e a *salvaguarda de interesses legítimos*. No primeiro, é justificada a lesão típica de um bem jurídico por ser esse resultado favorável ao seu titular, *em situações em que este titular não pode expressar seu consentimento*. O exemplo modelo é o do médico que socorre indivíduo inconsciente que corre risco de morte, caso determinado procedimento arriscado não seja realizado a tempo. No segundo exemplo, é possível justificar ações típicas para proteger interesses lícitos, *mesmo com o risco de lesar determinados bens jurídicos*. O exemplo modelo é o da divulgação de certos fatos de interesse público sem a absoluta certeza da veracidade dos mesmos, com a finalidade de proteger bem jurídico considerado de maior valor.[22]

MAIWALD interpreta o risco permitido como um *conceito formal* utilizado em diversas figuras dogmáticas, como, por exemplo, em algumas causas de justificação, sem ter este conceito posição própria na teoria do delito. Para esse autor, o risco permitido é a configuração de uma ação arriscada que não perturbaria a sociedade.[23] JAKOBS rejeita esta interpretação por considerá-la fruto da confusão entre *falta* de perturbação e *tolerância* de perturbação ao bem jurídico. As lesões ocasionadas por condutas dentro do risco permitido, de fato, "perturbam" a sociedade, mas são por ela toleradas por serem inevitáveis.[24]

KINDHÄUSER considera o risco permitido critério de *exclusão da lesão do dever de cuidado* que faz parte do tipo de injusto negligente. A fundamentação desse argumento é semelhante à da inexigibilidade de conduta diversa que, como se sabe, exclui a culpabilidade do autor de uma conduta típica. Para esse autor, o risco permitido somente "autoriza" a lesão do bem jurídico se o autor da conduta

22. Claus ROXIN, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 763-787.
23. Manfred MAIWALD, *De la capacidad de rendimiento*... passim.
24. Günther JAKOBS, *Derecho Penal*, Parte General, p. 243, nota 59.

não pode evitar a lesão por total impossibilidade de fazê-lo. O risco permitido não autoriza nenhum direito de ingerência na esfera alheia. O autor só estaria liberado do dever de não causar danos a outros, na medida em que o dano seria atribuído ao infortúnio ou acaso, ou se não seria razoável exigir do cidadão um sacrifício para impedir o dano causado.[25]

Para CHAVES CAMARGO o risco permitido está contido no consenso social obtido no processo do *agir comunicativo*. As condutas que se desenvolvem dentro de um consenso entre os indivíduos envolvidos na interação social não têm relevância jurídico-penal. Nesse caso, nenhum resultado pode ser considerado típico de qualquer norma incriminadora, já que a conduta que o originou não fraudou as expectativas de comunicação entre os membros da sociedade.[26] É assim uma conduta socialmente ética. Aqui, é preciso entender consenso como algo que inclui, mas não se limita ao consentimento dos envolvidos. As ações comunicativas baseiam-se na construção de um mundo social comum entre os participantes do ato de interação social, e não em razões instrumentais práticas, de legitimação ou de dramatização, segundo os conceitos de HABERMAS.[27]

Para ROXIN, o risco permitido *é o limite atingido pela ação que permite imputá-la objetivamente ao tipo penal*, seja negligente, seja doloso.[28] Esta conclusão decorre dos critérios da *Imputação Objetiva*.[29] Se tanto o dolo quanto a negligência são integrantes do tipo, é indiferente a natureza da ação que gerou o risco realizador do dano ao bem jurídico. Seja voluntária e consciente, seja negligente, a conduta ultrapassou o risco permitido e assim perfaz o tipo objetivo da norma

25. Urs KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad*, pp. 93-1140.

26. Antônio Luís Chaves CAMARGO, *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*, pp. 138-140.

27. Jürgen HABERMAS, *Teoria da la Acción Comunicativa, I*, passim.

28. Claus ROXIN, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 997-1000.

29. Ver Antônio Luís Chaves CAMARGO, *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*, passim.

penal. Para ROXIN, a teoria da Imputação Objetiva responde uma série de questões antes não respondidas de maneira satisfatória. *A verdadeira razão da proibição é a própria criação do risco não permitido.* Por esta razão, o risco permitido é critério de adequação da conduta ao tipo penal. Esta constatação torna indispensável, por outro lado, a mais exata determinação do risco permitido.

JAKOBS define o risco permitido como o risco inerente à configuração social.[30] Esse autor considera a geração de riscos um efeito inevitável dessa interação. Assim, o ordenamento jurídico não pode pretender eliminar totalmente os riscos sob pena de paralisar a sociedade. Este conceito já havia sido formulado por WELZEL.[31] JAKOBS rejeita a associação do conceito de risco permitido às causas de justificação. Também não aceita a avaliação custo-benefício como base do risco permitido, já que a utilidade social da atividade arriscada é sempre abstrata, não sendo possível uma aferição precisa. Ressalta que os possíveis lesionados pelas ações permitidas devem sempre ser indeterminados *ex-ante*, já que em sociedades liberais e democráticas não se admite a instrumentalização do ser humano.

Para JAKOBS, o risco permitido exclui a tipicidade da conduta realizada dentro de seus limites. *A ultrapassagem do risco permitido é um requisito objetivo da ação típica.*[32]

A aceitação social dos danos causados por determinadas condutas é determinada por fatores históricos e depende da utilidade social global da atividade arriscada, dos bens ameaçados, da freqüência das lesões causadas, da impossibilidade de alcançar o benefício atingido de outro modo, dos tipos de perigos gerados, dos indivíduos envolvidos e etc.[33]

30. Günther JAKOBS, *La Imputación Objetiva*, p. 46,47.

31. Hans WELZEL, *O Novo Sistema Jurídico-Penal*, p. 78.

32. Günther JAKOBS, *Derecho Penal*, Parte General, p. 245.

33. Andréa R. CASTALDO, La Concretizzazione Del Rischio Giuridicamente Rilevante, *Rivist. Ital. D. Penale*, pp. 1.098-1.100.

3.1 Dever de cuidado e risco permitido

O risco permitido é de certa forma associado ao *dever de cuidado*. A diferença ou semelhança entre os dois conceitos tem importância principalmente nos delitos negligentes. Para esses delitos, a doutrina define o tipo de injusto como *a falta de observância do cuidado devido na ação causadora do dano*, tendo em vista *a previsibilidade e a possibilidade de agir que se esperam* do indivíduo naquela circunstância.[34] À diferença dos delitos dolosos, em que a ação é voluntariamente praticada para realizar o resultado proibido, nos delitos negligentes a ação não tem a finalidade de causar o dano. Este ocorre porque o autor não respeitou o dever genérico de agir cuidadosamente para que bens jurídicos alheios não sejam lesados por sua conduta. Este dever de agir cuidadosamente é o denominado *cuidado devido* ou *dever de cuidado.*

O dever de cuidado é considerado como elemento pertencente ao tipo negligente, mais especificamente como elemento normativo do tipo.[35] Na determinação desse dever de agir, devem ser avaliadas, se couberem, as normas técnicas e profissionais da atividade em questão, denominadas *lex artis,* as normas administrativas porventura existentes, como as regras de trânsito e, na falta destas, a conduta que na situação concreta teria um homem prudente considerado padrão para aquela atividade. A concretização desse dever de cuidado deve ser realizada pelo juiz, em uma avaliação prospectiva posterior, comparando a conduta realizada com a desses padrões anteriormente citados, à luz do dever genérico de agir cuidadosamente.

Estes pontos são bastante discutidos na doutrina. De primeiro cabe considerar que a multiplicidade das situações reais da vida impede que os tipos pe-

34. CASABONA inclui também no tipo de injusto dos delitos culposos o nexo causal e a imputação objetiva. C. M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudência en la sociedad del riesgo*, p. 2.

35. Esther HAVA. GARCÍA, *La imprudencia médica*, p. 51; Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1 Parte Geral, p. 303.

nais culposos descrevam esses elementos da conduta cuidadosa de forma precisa. Cabe, assim, ao julgador, "concretizar" o cuidado devido no caso em análise baseando-se nos critérios já citados acima. Essa necessidade leva alguns autores a considerar os tipos negligentes como *tipos abertos*.[36] É um dos aspectos dos delitos negligentes mais discutidos: a imprecisão na determinação desse dever de agir diminui as garantias do cidadão e não motiva seu comportamento de forma adequada porque não determina concretamente seu dever jurídico.

Outro ponto controvertido é a utilização da figura do homem padrão na análise da conduta cuidadosa. Diversos autores consideram esse homem como inexistente, variando a conduta que se exige dele ao sabor do julgador.[37] Não se pode construir um tipo de injusto pela utilização de um critério impreciso e sujeito à subjetivação do juiz. Para corrigir essa figura padrão, duas tendências têm-se oposto na doutrina: uma que defende um padrão de conduta cuidadosa totalmente objetivo, independente do agente concreto e outra que defende a utilização exclusiva de fatores subjetivos relacionados a esse agente. Serão discutidas adiante essas teorias quando da análise da questão da concretização do risco permitido.

Outra questão polêmica a respeito do dever de cuidado é sobre sua relação com o risco permitido. Há autores que consideram o risco permitido como um complemento do conceito de dever de cuidado. Para esses autores após a concretização do dever de cuidado na situação em análise, deve-se analisar se o risco criado pela violação desse dever gerou ou não um risco não permitido para o bem jurídico lesado. A partir daí, seriam utilizados os critérios da imputação objetiva na tipificação do resultado.[38]

36. Hans WELZEL, *O Novo Sistema Jurídico-Penal*, pp. 77,78.
37. M.REALE JR, *Instituições de Direito Penal*, Parte Geral vol. I, p. 182.
38. M.REALE JR, *Instituições de Direito Penal*, Parte Geral vol. I, pp. 239,240.

Para outros, como FIGUEIREDO DIAS, *o cuidado devido é sinônimo de risco permitido.*[39] A Teoria da Imputação Objetiva considera que o fator de imputação da conduta ao tipo incriminador é o risco não permitido gerado pela mesma. Essa ultrapassagem do risco permitido ocorre tanto nos delitos dolosos como negligentes. Também, como é evidente, foi violado um dever de cuidado de não gerar riscos não permitidos nas duas situações. Por isso, para esse autor, os dois conceitos são intercambiáveis, podendo ser usados indistintamente. FIGUEIREDO DIAS prefere, porém, utilizar somente o termo cuidado devido, já que, para ele, as normas de cuidado são mais específicas dos delitos negligentes. Esta opinião é tacitamente seguida nos delitos culposos pela doutrina espanhola[40] e por doutrinadores brasileiros, como REGIS PRADO.[41]

Para ROXIN, o risco permitido sempre substitui com vantagens o conceito de cuidado devido porque é mais preciso e conceitualmente mais correto. Para ele, o conceito de risco permitido é mais preciso porque permite determinar pela avaliação do risco criado se a conduta é causa jurídica da lesão, e assim, pela imputação objetiva, resolver as questões polêmicas da doutrina nos injustos dos delitos negligentes (e também nos dolosos). É também mais correto conceitualmente, porque a verdadeira razão da proibição é a geração do risco não permitido contra o bem jurídico.[42] Além disso, o conceito de cuidado devido induz ao erro de considerar que o agente desrespeitou a norma por omissão do dever de cuidado. Disso decorre a errônea equiparação do delito negligente aos delitos omissivos por alguns autores. Em todos esses pontos as opiniões de ROXIN coincidem com as de JAKOBS.

Em resumo, segundo ROXIN e JAKOBS o conceito de risco permitido inclui e completa a noção de cuidado devido, sendo que todos os problemas de

39. Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal*, Parte Geral, pp. 638-641.
40. Francisco MUÑOZ CONDE, *Teoría General del Delito*, pp. 53-64.
41. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, pp. 303-306.
42. Claus ROXIN, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 999-1.001.

determinação da negligência são amplamente resolvidos pela análise dos critérios de imputação da conduta ao tipo objetivo. O risco criado por determinada conduta deve ser comparado com o risco permitido naquela situação concreta, segundo parâmetros que foram esparsamente analisados pela doutrina, e que serão vistos a seguir.

3.2 A concretização dos limites do risco permitido

Por concretização dos limites do risco permitido entende-se o processo de determinação do risco juridicamente tolerado em cada conduta. Como acima exposto, essa determinação é necessária e indispensável para a imputação do resultado ao tipo objetivo da norma penal incriminadora. Serão agora vistos os critérios utilizados por ROXIN e JAKOBS nessa operação.

JAKOBS considera importantes os seguintes parâmetros: *as normas jurídicas*, que determinam as condutas consideradas intoleravelmente arriscadas pela sociedade, e que têm caráter vinculante geral, *as regra da "Lex Artis", normas técnicas e outros sistemas de regulação não formais*, que constituem marcos além dos quais as condutas podem estar além do risco permitido, mas com caráter menos vinculante que as normas jurídicas e *as características especiais de cada indivíduo e o papel social que este desempenha*, já que cada cidadão possui responsabilidades por organização da vida e por instituição que, aliadas com seus conhecimentos próprios determinam em parte o risco que a sociedade considera permitido para suas ações.[43]

ROXIN explicita esse processo de forma mais detalhada. Para ele, os critérios orientadores da concretização dos limites do risco permitido são os seguintes:[44]

- *As normas jurídicas* - as normas jurídicas em um Estado Democrático de Direito têm como uma de suas finalidades a proteção dos bens jurídicos. Qual-

43. Günther JAKOBS, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 248-253.

44. Claus ROXIN, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 1.000-1.011.

quer conduta que viole essas normas gera riscos não permitidos. FIGUEIREDO DIAS salienta, por sua vez, que o não cumprimento de normas jurídicas é apenas um *indício* da criação de um risco não permitido, já que é sempre necessário avaliar o caso em concreto. Por exemplo, um estudante de medicina não está autorizado a realizar cirurgias, mas em determinadas situações hospitalares esta norma deve ser desrespeitada para salvar uma vida.[45]

- *As normas técnicas e a "lex artis"* - Em algumas atividades existem normas que delimitam as condutas para seu exercício seguro. Alguns exemplos são as regras de trânsito, as regras profissionais técnicas na área médica, de engenharia, indústria e etc. As condutas nessas áreas que desrespeitem essas normas têm grande probabilidade de criarem riscos não permitidos. É consenso, porém, que assim como as normas jurídicas, estas normas técnicas devem ser avaliadas caso a caso, pois além dessas normas poderem estar desatualizadas, a cada situação corresponde seu próprio grau de tolerância ao risco.

- *A figura do modelo diferenciado ou da "figura-padrão"* – Nem todas as atividades têm normas corporativas escritas ou formais. Profissões e práticas menos elaboradas, como pintura de imóveis, jardinagem e outras não as possuem. Nestes casos, deve-se recorrer ao comportamento padrão de um indivíduo que atua na área para estabelecer o risco permitido na atividade. A cada situação concreta e para cada atividade em si mesma considerada deve-se procurar a conduta prudente exigível, e através dessa análise, determinar o risco permitido em sua execução.

A doutrina discute se esse padrão baseado no "homem médio" deve refletir critérios objetivos mínimos ou critérios subjetivos relativos ao agente envolvido. Alguns doutrinadores argumentam que não existe o homem médio. Existem os homens reais. Por isso, é tão difícil determinar qual seria o comportamento padrão esperado. Para esses autores, entre eles, por exemplo,

45. Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal*, Parte geral, pp. 642, 643.

JESCHECK, o padrão de comportamento que delimita o risco permitido é puramente subjetivo. Assim, alguns indivíduos especializados ou mais habilidosos têm um padrão de comportamento exigível acima dos demais.[46] Também para JAKOBS, deve-se avaliar sempre a capacidade individual do autor quando este é portador de conhecimentos especiais que fazem parte do seu papel social. É este o caso do médico e, portanto, deve-se avaliar o cuidado exigido por cada médico particular na situação analisada, e não padrões de comportamento médio.[47]

Para outros autores, como KAUFMANN, o critério só pode ser objetivo. O seu argumento é que em nome da segurança jurídica só pode ser admitido um padrão único de cuidado na ação para evitar a geração de riscos não permitidos.[48]

Para ROXIN e ROMEO CASABONA, a melhor posição é a intermediária. Se o indivíduo é portador de capacidades inferiores à média exigida dos profissionais em sua área, deve abster-se de realizar as atividades que não domina totalmente até que possa controlá-las. Se as realizar, e surgir dano, terá criado um risco não permitido. Para estes indivíduos o padrão limite de riscos é o *objetivamente* esperado do cidadão padrão para a atividade. Já aquele acima da média deve agir de acordo com sua habilidade superior a dos demais. A ele é atribuída maior responsabilidade no controle de riscos e danos. Em outras palavras, esse indivíduo não pode deixar de usar suas habilidades superiores para evitar danos com o argumento de que a média das pessoas não os evitaria.[49]

- *O dever de reconhecer o perigo e os deveres de informação – (dever de assunção ou aceitação)* – Quem realiza determinada ação tem o dever de avaliar previamente os perigos criados por ela e se necessário, deve prevenir-se ao máximo para que não ocorram as lesões, seja habilitando-se a bem realizá-la, seja abstendo-se de

46. H.H.JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Parte general, p. 513.

47. Günther JAKOBS, *La Imputación Objetiva*, pp. 54, 55. Juarez TAVARES, *Direito Penal da Negligência*, p. 173.

48. C.M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudência en la sociedad del riesgo*, p. 2.

49. Ibid., pp. 3-11.

fazê-la. Nas palavras de ROXIN, "quem não sabe algo, tem que se informar; quem algo não pode, tem que deixá-lo".[50]

- *O significado social do comportamento* - Se os critérios acima descritos não forem suficientes para caracterizar um risco como não permitido, devemos avaliar a utilidade social do perigo, ou a aceitação que este perigo ostenta na sociedade para delimitar se é ou não permitido. Por exemplo, os riscos gerados por certas atividades esportivas são considerados atualmente como permitidos. Excepcionalmente, algumas atividades individuais geradoras de riscos excessivos são toleradas pela sociedade, como no caso de cirurgias salvadoras fora do padrão de risco usual da *"lex artis"*.

As peculiaridades da atividade médica conferem um colorido próprio à individualização dos limites do risco permitido. Os principais aspectos que determinam tais limites serão analisados a seguir.

4. O risco permitido no ato médico

4.1 A justificação do ato médico e a caracterização do risco permitido pelo consentimento informado do paciente

O exercício da Medicina implica a interferência direta nos bens jurídicos penais "integridade física", "saúde", e "vida" com o intuito de melhorá-los, mas como já visto, com o custo de gerar riscos para os mesmos. A justificativa dessas intervenções, que podem dar causa a lesões corporais, tem sido objeto de debate na doutrina penal. Parte da doutrina considera estas lesões como *atípicas*, já que as condutas realizadas têm por objetivo a melhora dos bens jurídicos envolvidos e não sua piora. Há quem argumente que a atipicidade da conduta está no fato de ela ser adequada socialmente, pelos critérios de WELZEL. Outros argumentam que a atipicidade da conduta residiria na ausência de *dolo específico* de causar

50. Claus ROXIN, *Derecho Penal*, Parte General, p. 1.010.

lesão pelo ato médico dentro da *lex artis*. Outros autores ainda consideram estas lesões *justificadas* seja por estado de necessidade, seja pelo fato de que o exercício da medicina é considerado exercício regular de um direito pelo Estado.

As jurisprudências nacional e estrangeira consideram o ato médico lícito se realizado *após a obtenção do consentimento esclarecido do paciente* ou de seu responsável, o que representa *uma causa de justificação* da lesão, dentro dos limites da norma de cuidado indicada para o caso.[51] Ou seja, se a intervenção for realizada dentro da *lex artis* e após consentimento informado do paciente ou do responsável, será lícita, mesmo se dela resultar lesão para o paciente.

Pode-se afirmar, portanto, que o consentimento do paciente para o ato médico é fator informador do risco permitido para o mesmo. Serão analisados agora diversos aspectos do consentimento que são relevantes na concretização desse risco permitido.

O consentimento do paciente para o ato médico deve ser baseado em informações seguras fornecidas pelo médico e equipe. Essas informações, que formam o conteúdo do consentimento, devem incluir os detalhes do procedimento que será realizado, sua justificativa, as condutas médicas alternativas, as conseqüências esperadas e as possíveis complicações, bem como a taxa de sucesso e os riscos envolvidos. Incluem-se no consentimento inicial as manobras de pós-operatório imediato e as que forem conseqüência lógica da primeira intervenção.[52]

O consentimento para a realização do ato médico é uma forma de *ação comunicativa* entre atores sociais. Assim, a informação dada pelo médico ao paciente, que constitui a efetiva comunicação social, só será realmente transmitida de forma ética, se as informações estiverem situadas no *mundo de vida* comum

51. José Henrique PIERANGELI, *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*, pp. 195-200.

52. Armando A. BARREDA GARCIA, El Consentimiento del Paciente. *Cuadernos de Política Criminal*, p. 544.

compartilhado entre o médico e o paciente.[53] Este horizonte comum de referências deve ser buscado pelo médico que tem *o dever jurídico* de informar ao paciente do procedimento para que este possa consentir de forma adequada e válida. O estabelecimento do horizonte comum é difícil não só pela evidente especificidade do assunto abordado. Deve-se lembrar também que, em uma relação terapêutica pode haver informações psicologicamente danosas ao doente. A cada situação, portanto, o dever de informação do médico pode ter uma extensão diferente e abranger mais indivíduos além do doente, como os integrantes de sua família.

As expectativas que surgem por parte do paciente no agir comunicativo do consentimento para o ato médico têm conseqüências terapêuticas e éticas. Entre as conseqüências terapêuticas, deve ser lembrado que previsões irrealistas excessivamente positivas ou negativas podem comprometer o sucesso do procedimento por gerarem expectativas que não serão realizadas. Já quanto às conseqüências éticas, deve-se lembrar que informações imprecisas podem induzir o paciente a erro na decisão, comprometendo a correção do ato comunicativo entre médico e paciente. Esse desvio ético na comunicação, em certos casos, pode caracterizar verdadeiro incremento do risco terapêutico para além do permitido, risco esse que pode ser concretizado no caso de lesão de bens jurídicos no ato médico.

Outro aspecto da ética comunicativa entre os participantes do consentimento para o ato médico é que este consentimento é específico para o médico ou equipe envolvida no procedimento. É claro, por exemplo, que se o paciente procurou um afamado cirurgião para ser por ele operado, e terminou por ser atendido por um assistente ou médico estagiário, o consentimento previamente dado deve explicitar essa possibilidade, sob pena de não ser válido.[54]

53. Jürgen HABERMAS, *Teoria da la Acción Comunicativa*, vol. I, p. 370-400.

54. Armando BARREDA GARCIA, El Consentimiento del Paciente...in *Cuadernos de Política Criminal*, p. 566.

O consentimento informado do paciente é a justificativa do ato médico somente dentro dos limites da disponibilidade do bem jurídico pelo seu portador, o paciente, e também dentro dos limites da *lex artis* médica. Não se pode juridicamente dispor da *vida*, que assim não pode ser abrangida pelo consentimento. Também, como já citado, mesmo com o consentimento para o ato médico, não pode o profissional deixar de observar o dever de cuidado que as normas técnicas exigem no caso, sob pena de criar assim um risco não permitido no procedimento, que pode materializar-se no dano eventualmente sofrido pelo doente.

A informação que faz parte do consentimento também tem participação terapêutica não só quanto às expectativas de cura, mas também ao fazer parte da *Lex artis* médica. A forma de uso dos medicamentos, as recomendações quanto ao modo de vida do paciente, as indicações para os procedimentos diagnósticos e cirúrgicos a serem realizados, e outras, são fundamentais para o sucesso do procedimento médico. É a chamada *informação terapêutica*. Na ausência desta, além do consentimento poder não ser válido, pois o paciente pode não estar disposto a atender as exigências de certo procedimento, o médico arrisca a eficiência de seu ato médico. Tal conduta pode caracterizar negligência profissional e atitude antiética do médico.

A ilicitude do ato médico por outro lado, também pode consistir na *falta de consentimento do paciente para o ato*, o que caracteriza, na ausência de iminente perigo de vida, constrangimento ilegal (art. 146 e parágrafos do Código Penal[55]). Esta conclusão é decorrência lógica de considerar o ato médico realizado dentro da *lex artis*, mas que causa lesões, conduta típica justificada pelo consentimento do paciente. Na ausência deste consentimento, o ato médico mal sucedido só será lícito quando houver outra causa de justificação, como por exemplo, o estado de necessidade.[56]

55. Luiz Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 2, p. 276.

56. Manoel da COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, pp. 424-426.

A forma mais aceita de comprovação desse consentimento é a escrita, sendo admissível, porém, a comprovação do consentimento por outras formas. Como a responsabilidade do médico não é *objetiva*, não há *onus probandi* do médico quanto ao consentimento do paciente.[57]

Recorde-se que, em situações médicas de urgência, por vezes o paciente não está suficientemente consciente para expressar seu consentimento. Se a intervenção médica se impõe como forma de preservação da vida, o consentimento pode ser *presumido*. Como já abordado anteriormente, esta modalidade de consentimento justifica a ação por representar um risco permitido de lesão à autodeterminação do indivíduo, na suposição de que a preservação da vida e da saúde tem prioridade sobre qualquer outro bem jurídico.

Em conclusão, o risco existente no ato médico feito dentro da *lex artis*, e que foi realizado após ter sido consentido pelo paciente, por meio do agir comunicativo ético, que de forma correta e honesta permitiu o consenso entre os participantes a respeito de seus pontos relevantes, é considerado *risco permitido* não havendo possibilidade de imputação de danos ocorridos ao profissional. A seguir, serão examinados aspectos do risco permitido na imputação objetiva dolosa e culposa de condutas lesivas no ato médico.

4.2 A concretização dos limites do risco permitido e a imputação objetiva das condutas dolosas no ato médico

A concretização da ultrapassagem dos limites do risco permitido nos casos de dolo é constatada pela *violação* de uma norma jurídica de forma voluntária e consciente. Essa comprovação deve ser feita *a posteriori* em um juízo *ex ante*. Assim, tendo sido violada uma norma jurídica de forma dolosa, ou em outras palavras, após uma decisão contrária ao Direito, o risco criado que se materiali-

57. Armando A. Barreda Garcia, El Consentimiento del Paciente...in *Cuadernos de Política Criminal*, pp. 572, 573.

zou ou não na lesão ao bem jurídico *não* é permitido, e a imputação ao tipo objetivo da norma penal pode ser realizada. Concordam com esse ponto de vista todos os autores, inclusive ROXIN e JAKOBS. Sem dúvida, o risco criado é critério secundário da imputação dolosa ao tipo penal incriminador.

JAKOBS salienta que se deve também estabelecer a imputação dolosa pela fraude às expectativas geradas pela posição de garante que o médico ostenta por sua organização de vida. Por exemplo, realizar assepsia pessoal antes de uma cirurgia é parte da organização do médico (de suas atividades de vida) e a não realização da mesma intervém na esfera de vida do paciente causando um risco. Quem causa riscos na esfera de vida de outrem deve realizar os procedimentos necessários para evitar o surgimento de qualquer dano. Se por dolo o cirurgião não realizou a assepsia antes de uma cirurgia, e não procedeu a qualquer correção de seu ato, assumiu pela criação do risco, a responsabilidade por uma possível infecção surgida. Recorde-se que para JAKOBS o dolo tem uma força de imputação maior que a negligência por ser uma defraudação mais evidente do papel de garante por suas ações que cabe a todo indivíduo na sociedade.[58]

Uma situação puramente teórica levantada pela doutrina é aquela em que o médico realiza o procedimento dentro da técnica adequada, mas em seu íntimo desejaria que ocorresse uma lesão para o paciente ao final do mesmo. Caso ocorra esta lesão, este resultado pode ser imputado ao médico? O profissional teria uma conduta tecnicamente irrepreensível, mas estaria assim agindo por assim dizer, "a contragosto". Como com sua ação causou verdadeiro dano à integridade corporal do paciente, pode este dano ser considerado lesão corporal ou homicídio na forma dolosa? Alguns autores defendem, nesse caso, a punibilidade do médico por comparar sua conduta com uma tentativa inidônea. De fato, em ambos os casos, tanto no da tentativa inidônea quanto no exemplo citado, o autor da ação deseja alcançar o resultado lesivo. É de ressaltar-se, porém, de imediato, a

58. Günther JAKOBS, *La Imputación Objetiva*, pp. 26, 27.

inviabilidade dessa conclusão, já que punir alguém por intenções ou por estado de ânimo que não tenham se exteriorizado em condutas é inadmissível no Direito Penal do Ato, característica basilar do Direito Penal democrático de hoje.[59]

Além disso, há outras diferenças entre as situações. Na tentativa inidônea, a conduta foi planejada para causar a lesão, e esta não ocorre somente porque o agente utilizou uma forma inapropriada para alcançá-la. Já no caso em tela, embora haja o componente *volitivo* do dolo de lesão corporal, a ação não realizou o conteúdo *cognitivo* do dolo, porque se situou dentro do risco permitido, tendo sido adequada e, portanto atípica. A lesão ocorrida foi fruto do infortúnio ou acaso.[60] É de se ressaltar que, se a conduta adotada pelo médico do exemplo, tiver sido escolhida entre várias alternativas por ser a mais propensa a ter complicações e gerar lesões, o julgamento pode ser diferente, já que, teria havido um incremento do risco, que sem justificativa técnica, acarretaria a imputação do resultado lesivo pela Teoria do Incremento do Risco formulada por ROXIN.[61] A imputação, nesse caso, seria a título de negligência, já que antes do que dolo, a escolha de uma técnica mais arriscada de forma desnecessária caracteriza culpa.

Outra situação puramente teórica, de difícil comprovação prática, é a do médico ou cirurgião com habilidades superiores à média, que em determinado caso não as utiliza voluntariamente, mantendo-se nos padrões técnicos mínimos exigidos, com a finalidade precípua de causar uma lesão ao paciente. Esta conduta é considerada por parte da doutrina[62] como manifestação de dolo direto e, portanto, causadora de lesão dolosa, na forma consumada ou tentada.

59. E.R. ZAFFARONI, J.H. PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, pp. 411-115.

60. Manfred MAIWALD, *De la capacidad de rendimiento del "Riesgo Permitido" en la Sistemática del Derecho Penal*, pp. 34-37.

61. Claus ROXIN, *Derecho Penal*, Parte General, p. 379.

62. Ver 3.5 *A Figura do Modelo Diferenciado ou "Figura Padrão"*.

Deve-se admitir que a concretização do risco permitido tenha uma importância menor nos tipos dolosos. A provocação ou pelo menos a tentativa de provocação do resultado de forma consciente e voluntária, manifestando uma decisão contrária ao direito, constitui a natureza de tipo subjetivo desses delitos, sendo a criação de um risco não permitido aspecto acessório do tipo de injusto. Em resumo: a decisão de agir contra o bem jurídico lesado é a principal característica do delito doloso, a sua *ratio essendi*, cabendo para a ultrapassagem do limite do risco permitido um papel menor na sua caracterização. No entanto, a conexão entre o risco gerado pela conduta e o resultado, refina o nexo causal entre a conduta do agente e a lesão, permitindo, pela utilização dos critérios da imputação objetiva, uma imputação mais precisa ao tipo objetivo da norma incriminadora.

A freqüência de erros médicos dolosos é extremamente baixa. A imensa maioria dos mesmos é do tipo negligente. A seguir será analisada a concretização dos limites do risco permitido na negligência.

4.3 A concretização dos limites do risco permitido e a imputação objetiva nas condutas negligentes no ato médico

A concretização do risco permitido é de grande importância para a determinação do injusto característico dos delitos negligentes. A doutrina dominante descreve a negligência como a provocação de um dano por meio de conduta não planejada para produzi-lo. O resultado ocorre porque o agente não atuou de forma a evitá-lo, tendo desrespeitado *a norma de cuidado* esperada naquelas circunstâncias. A norma de cuidado é o elemento objetivo desse dever de evitar danos a bens jurídicos que é atribuído a cada agente na sociedade. Há também outros componentes do injusto negligente situados no tipo como a previsibilidade, a cogniscibilidade e a evitabilidade do dano por parte do agente e o próprio resultado de dano. A maioria da doutrina, porém, descreve a conduta negligente

como aquela que não cumpriu o dever de cuidado exigido na situação em que se originou a lesão.

A relação entre a norma de cuidado e o risco permitido, é tema controverso na doutrina. Já foi citado anteriormente que, para FIGUEIREDO DIAS, há equiparação entre os dois conceitos nos delitos negligentes, sendo que, para ele, há no caso vantagens em utilizar-se o conceito de norma de cuidado, já que seria mais específico desses delitos.[63] ROXIN considera desnecessária a definição do cuidado devido na conduta preferindo a análise do risco permitido. Essa opinião é justificada pelo fato de que, com a imputação objetiva do dano ao tipo penal negligente está caracterizado o tipo de injusto, e para essa imputação deve-se analisar o risco gerado em comparação ao permitido. Além disso, a norma de cuidado tem como razão de ser o risco permitido para aquela conduta, já que a mesma não deve nem incrementar o risco geral de vida nem criar novos perigos. Argumenta também que o critério do cuidado devido conduz à falsa impressão de que o delito negligente é um delito de "omissão" de uma conduta, quando na verdade, esses delitos são de ação que *gera riscos não permitidos*.[64]

Aqui se adotará a descrição das ações negligentes pelo critério do *risco permitido*, já que a atividade médica contemporânea não pode ser compreendida sem que se considerem os riscos envolvidos em sua prática cotidiana. O médico tem que avaliar suas condutas profissionais sob o ponto de vista dos riscos, levando em consideração as peculiaridades dos bens jurídicos envolvidos, os fatores relacionados com a Sociedade de Risco e o papel por ele ocupado no contexto social.

Há autores que consideram os delitos negligentes como tipos abertos pelo fato de que a conduta típica tem que ser determinada pelo desvio da norma de cuidado que gerou o risco não permitido, e, para cada situação concreta, esse

63. Claus ROXIN, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 638-641.

64. Ibid., pp. 999-1.001.

cuidado devido tem que ser determinado pelo juiz. Não é possível para a norma penal conter todas as exigências de cuidado para todas as situações. Para cada caso em que houver um resultado possivelmente ocasionado pelo desrespeito à norma de cuidado, o julgador deve estabelecer qual é essa norma pela análise das provas e das opiniões dos peritos da área. Este fato não desrespeita o Princípio da Legalidade porque deriva da própria natureza do delito negligente.[65]

Já foram enumerados os critérios que segundo ROXIN[66] permitem concretizar os limites do risco permitido. A seguir, será analisado cada um desses tipos de riscos não permitidos na prática médica.

As *normas jurídicas* constituem o limite inicial do risco permitido. Elas determinam a proteção dos bens jurídicos individuais e coletivos, e indiretamente indicam os riscos socialmente toleráveis que eles podem sofrer. A violação de normas jurídicas, como já explicitado, é um indício da concretização da ultrapassagem dos limites do risco permitido, não indicando necessariamente a efetiva criação de um risco não permitido pela conduta.

Convém recordar, no entanto, alguns diplomas legais que trazem disposições capazes de, caso infringidas, motivarem a criação de risco não permitido também em delitos culposos ocorridos na prática médica. Por exemplo, de acordo com o art. 17 da Lei 3.268/57, regulamentada pelos Dec. 20.931/32 e 44.045/58, só podem exercer a medicina as pessoas devidamente inscritas no Conselho Regional de Medicina. Se algum médico atua sem ter seu registro devidamente reconhecido por problemas em sua formação acadêmica, pode ter suas condutas situadas fora do risco permitido, caso enseje lesões causadas pela sua falta de perícia. Outra infração à norma jurídica que pode indicar conduta fora do risco permitido é a não observância das normas contidas nos já citados decretos quan-

65. F.MUÑOZ CONDE, *Teoria General del Delito*, p. 56.

66. Cláudia LOPEZ DÍAZ, *Introduccíon a la Imputación*, pp. 112-119.

to à prescrição de medicamentos: formas não usuais, confusas e sem a posologia e via de administração apropriada. Se estas normas não forem obedecidas pelo profissional, as lesões originadas dessa conduta podem ser consideradas como resultados causados por um risco não tolerado juridicamente.[67]

As *normas técnicas* e a *lex artis* estão mais diretamente relacionadas à criação de riscos na atividade médica. É evidente que as normas de *lex artis* médica incluem o controle do risco de cada procedimento, e se o médico atua dentro dos procedimentos-padrões é quase certo que não cria riscos não permitidos. No entanto, problemas podem surgir na determinação dessas normas técnicas na medida em que as normas de conduta no campo médico, como de resto, em outros campos técnico-científicos, não gozam de unanimidade junto aos profissionais da área. Além disso, a constante atualização científica impede a cristalização de princípios gerais.

Esse problema tem sido combatido por alguns órgãos nacionais e estrangeiros da classe médica por meio da elaboração de códigos de procedimentos-padrões para cada situação clínica (nos EUA são chamados de *"preffered patterns"* ou *"guidelines"*[68]). Estes códigos de normas técnicas procuram criar uma uniformização mínima de procedimentos entre os médicos. No Brasil, por iniciativa do Conselho Federal de Medicina e da Associação Médica Brasileira, foi iniciado o projeto *"Diretrizes"* cujo objetivo é a uniformização das condutas mais indicadas nas diversas situações clínicas diárias por meio da elaboração de *protocolos médicos*. Cada associação de especialidades médicas, por sua vez, tem promovido a elaboração de "Consensos" sobre diversos temas por grupos de médicos proeminentes a fim de orientar os demais especialistas. O profissional que não seguir essas condutas tem que ter fortes razões no caso concreto para justificar sua conduta.

67. Juarez TAVARES, *Direito Penal da Negligência*, p. 322.
68. Padrões preferidos e linhas de orientação.

Na determinação da conduta técnica correta ou desviante é fundamental o papel dos peritos médicos, já que, como visto, não está na competência do julgador aferir se a conduta do caso estava dentro da *lex artis* e assim, dentro do risco permitido. É o perito médico que poderá analisar de acordo com os princípios da *lex artis* a relevância do risco criado. Saliente-se que na medicina a *lex artis* deve ser *ad hoc*, e não genericamente considerada.[69] Para determinar a *lex artis ad hoc* deve-se considerar a conduta preconizada em geral e a conduta possível diante da urgência da intervenção, a disponibilidade dos recursos existentes, a gravidade do caso e etc.[70] Pode-se dizer que a *lex artis ad hoc* é obtida pela análise da norma técnica em confronto com o caso concreto, atendendo as especificidades do organismo doente, das alternativas disponíveis e dos recursos materiais e humanos existentes.[71]

Outro fator a ser analisado neste passo é *o objetivo da norma técnica violada*. Ou seja, se a norma técnica não cumprida não tinha por objetivo evitar a complicação ocorrida, esse resultado não pode ser atribuído ao risco não permitido criado. Por exemplo, se os princípios da assepsia cirúrgica não foram seguidos pelo cirurgião, e ocorreu uma hemorragia durante o procedimento com conseqüente lesão grave para o paciente, esse resultado certamente não pode ser atribuído à falta de assepsia, já que esta não tem por finalidade evitar hemorragias e sim infecções.

Por outro lado, se a norma técnica foi intencionalmente violada para evitar lesão maior, por exemplo, se a assepsia acima referida não foi realizada porque não havia tempo a perder para iniciar o tratamento, o risco criado pode ser

69. C.M. ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudência en la sociedad del riesgo*. p. 209 nota 38. O autor contesta a utilidade da expressão por considerá-la "tautológica".

70. Armando A. BARREDA GARCIA, El Consentimiento del Paciente...in *Cuadernos de Política Criminal*, p. 575.

71. Esther HAVA GARCÍA, *La Imprudência Médica*, p. 62.

considerado permitido, mesmo ocorrendo lesão posterior conseqüente a ela, neste caso, as seqüelas da infecção.[72]

O *Princípio de Confiança* também pode situar o risco criado pelo não cumprimento de norma da *lex artis* no âmbito do risco permitido. Por exemplo, se um clínico prescreve droga com elevado índice de efeitos colaterais, baseado em testes erroneamente realizados por um laboratório que atestavam a possibilidade desse medicamento ser utilizado naquele paciente, não terá criado risco não permitido. Isto porque, um clínico pode confiar que os demais médicos estejam cumprindo as normas técnicas. Do contrário, não seria possível a prática médica.[73]

O Código de Ética Médica também inclui normas de comportamento que podem estabelecer limites do risco permitido no ato médico. Ao prescrever a obrigatoriedade de informação adequada aos pacientes (arts. 40, 46, 59 e 60),[74] ao recomendar o respeito à capacidade de decisão do paciente (arts. 46 e 48),[75] ao recomendar a atualização técnica constante do profissional (arts. 5),[76] ao determinar a proibição de práticas danosas ao interesse do paciente (arts. 29, 42, 50,

72. Trata-se, pela Teoria da Imputação Objetiva, de ausência de imputação da ação ao tipo objetivo de lesões corporais. A doutrina tradicional considera a ação típica de lesões corporais, porém justificada pelo estado de necessidade.

73. Cláudia LOPEZ DÍAZ, *Introduccíon a la Imputación*, pp. 113-116.

74. "Art. 40 Deixar de esclarecer o trabalhador sobre condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos responsáveis, às autoridades e ao Conselho Regional de Medicina. Art. 46 Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida. É vedado ao médico: Art. 59 Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal. Art. 60 Exagerar a gravidade do diagnóstico ou prognóstico, ou complicar a terapêutica, ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos."

75. "Art. 48 Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar."

76. "Art. 5.° O médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente."

52 e outros),[77] o Código de Ética Médica também estabelece o risco tolerado no ato médico.[78]

Entretanto, o Código de Ética Médica promulgado pelo Conselho Federal de Medicina e publicado no *DOU* em 26.01.1988, consiste em um conjunto de normas pouco específicas e por isso mesmo difícil de serem aplicadas a casos concretos. Nele encontram-se disposições anacrônicas de cunho pretensamente ético, ao lado de disposições inócuas. Pense-se, por exemplo, nas condições de trabalho dos médicos de hoje em relação ao art. 92 desse documento que preceitua ser vedado ao médico "explorar o trabalho médico como proprietário, sócio ou dirigente de empresas ou instituições prestadoras de serviços médicos, bem como auferir lucro sobre o trabalho de outro médico". Ou então na inutilidade de seu art. 29, que diz que é vedado ao médico "Praticar atos profissionais danosos ao paciente que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência". Essas disposições que oscilam entre o paternalismo piedoso e o irrealismo não contribuem de forma efetiva ao balizamento da conduta do profissional.

Deve-se assinalar, porém, que tanto as normas técnicas da *lex artis*, quanto às normas éticas profissionais, não vinculam seus destinatários da mesma forma que normas jurídicas, sendo certo que a própria jurisprudência reconhece a relatividade destas na determinação da violação do dever de cuidado ou por extensão do risco permitido. A vinculação mais tênue que essas normas apresentam é resultado da menor autoridade dos órgãos que as emitem e da mutabilidade

77. "Art. 29 Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência. Art. 42 Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação do País. Art. 50 Fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que facilitem a prática de tortura ou outras formas de procedimentos degradantes, desumanas ou cruéis, em relação à pessoa. Art. 52 Usar qualquer processo que possa alterar a personalidade ou a consciência da pessoa, com a finalidade de diminuir sua resistência física ou mental em investigação policial ou de qualquer outra natureza."

78. Armando A. BARREDA GARCIA, El Consentimiento del Paciente...in *Cuadernos de Política Criminal*, pp. 555 e 556.

de conceitos técnicos nessas áreas.[79] Por essas razões, tais normas representam apenas princípios orientadores na determinação da concretização do risco não permitido, sendo admissível provar que a violação das mesmas não gerou um risco não autorizado para a conduta profissional em questão. Saliente-se que a adequação do comportamento do médico às normas técnicas-padrão, pode em certos casos, ser de imediato geradora de um risco não permitido, da mesma forma que a ausência de cumprimento das mesmas pode não gerá-lo.[80]

O uso do *modelo diferenciado* procura situar a expectativa de cumprimento do papel de cada agente, de acordo com um padrão de comportamento considerado modelo da atividade realizada. Em áreas com padrões de conduta regulamentados, como a Medicina, entretanto, esse modelo não pode ser utilizado sem ressalvas. A atuação do profissional padrão pode ser substituída com vantagens pelo desempenho mínimo esperado de cada profissional na realização do procedimento regulamentado. É o modelo do médico ou do cirurgião médios. Não podem servir de referência nem os menos habilitados nem os mais capacitados especialistas da área.

Se apenas alguns profissionais com treinamento excepcional poderiam ter evitado ou não criado riscos naquela situação, não se pode exigir dos demais o mesmo comportamento. Por exemplo, se apenas um super especialista em doenças tropicais teria feito o diagnóstico de determinada doença mortal a tempo, nenhum clínico geral pode ter sua conduta considerada causadora de um risco não permitido por não ter feito o diagnóstico correto naquela situação.

Mas em nome da proteção da sociedade, um padrão objetivo mínimo de desempenho deve ser adotado. Quem realiza certo procedimento deve ter capacidade de realizá-lo suficientemente bem para que os bens jurídicos sob risco de lesão por sua atividade tenham a menor chance possível de serem lesados. Os

79. Claus ROXIN, *Derecho Penal,* Parte General, pp. 1.003-1.004. Gunther JAKOBS, *Derecho Penal,* Parte General, p. 249.

80. Juarez TAVARES, *Direito Penal da Negligência,* p. 173.

próprios profissionais da área devem em cada ato médico poder determinar o mínimo de destreza exigido para que um de seus pares possa atuar responsavelmente.

Os profissionais médicos devem também levar em conta os deveres de *informação* e de *omissão* na avaliação do risco permitido. Só é admissível a criação de riscos por alguém preparado para a realização do procedimento que os gera. O imperito deve abster-se de realizar ato médico para o qual não esteja preparado. É claro que em situações de emergência absoluta, o *estado de necessidade justificante* ou mesmo o *exculpante* pode eliminar o injusto ou a culpabilidade, e este fator deve ser judicialmente valorizado. Mas a regra geral deve ser a proclamada por ROXIN, "quem não sabe algo, deve informar-se; quem não pode fazer algo, deve deixá-lo".[81]

Deve-se lembrar neste passo que a imprevisibilidade dos efeitos colaterais a curto e médio prazo, característica das novas tecnologias na sociedade de risco cria dificuldades no estabelecimento do risco permitido na prática médica. Depende o profissional de informações sobre as novas drogas e técnicas terapêuticas, que, além de serem por vezes de difícil acesso, são parciais e incompletas por natureza. Aqui, o Princípio de Confiança deve ser utilizado na análise da conduta adotada pelo profissional, isto é, não é esperado que o médico realize por si só todos os testes e observações sobre os tratamentos a serem realizados, mas sim, que confie nos resultados obtidos por aqueles que são responsáveis pela análise e aprovação de tais procedimentos.

Finalmente, na concretização do risco não permitido, deve-se levar em conta a ponderação entre *utilidade* e *risco*. Para atos médicos indicados no tratamento de doenças graves são socialmente admitidos riscos relativamente maiores que os aceitos para intervenções estéticas. Também quanto maior a urgência para o procedimento, maior a tolerância do risco criado pela intervenção médi-

81. Claus ROXIN, *Derecho Penal*, Parte General, p. 1.010.

ca. Neste passo, destaca JAKOBS a impossibilidade de avaliações quantitativas seguras dos riscos envolvidos em cada atividade social. Não há critério de avaliação generalizável: não é possível quantificar de forma absoluta o risco de uma vida humana diante do benefício de um determinado tratamento. Daí a necessidade de cautela na avaliação de custos e benefícios na área do risco permitido.[82]

5. Análise de dois casos concretos

Para exemplificar a concretização dos limites do risco permitido, analisam-se, a seguir, dois casos concretos e já objeto de julgamento por nossos Tribunais.[83]

CASO I

O primeiro caso foi julgado pelo TACrimSP, estando assim ementado:

Ação penal – Inexistência de justa causa – Propositura de ação contra médico sob a acusação de imperícia e imprudência quando da participação em cirurgia – Raquianestesia por ele procedida – Paradas cardio-respiratórias provocadas no paciente, logo reanimado – Permanência contudo, em estado de coma indefinidamente – Intervenção em que foi empregada, entretanto, pelo anestesista a técnica adequada, segundo a prova testemunhal, corroborada por pareceres unânimes de entidades médicas – Denúncia incabível – Constrangimento ilegal – Habeas Corpus concedido para trancamento do processo – inteligência dos arts. 648, I, do CPP e 129, § 6.º, do CP.

Tendo sido adequada a técnica raquianestésica empregada pelo anestesista em cirurgia da qual participou, não há lastro probatório para o oferecimento de denúncia contra ele, sob pretexto de imperícia e imprudência. Seu reconhecimento acarreta ilegal constrangimento, dada a inexistência da justa causa para a ação penal.[84]

82. Günther JAKOBS, *La Imputación Objetiva*, pp. 47-49.

83. Acórdãos reproduzidos por DELTON CROCE e DELTON CROCE JÚNIOR, *Erro Médico e o Direito*, pp. 82/84 e 164/167

84. HC 126.844-2, 5ª Câmara, j. 22.11.1983, rel. Juiz Edmeu Carmesini, v.u., *in RT* 583/357.

HC 126.844-2 da comarca de Pedreira, *RT* 583/356.

Trata-se o caso de uma gestante que, estando em trabalho de parto a termo, dirigiu-se ao hospital para dar à luz. Lá chegando, foi feito o diagnóstico de sofrimento fetal agudo por dois médicos ginecologistas-obstetras, situação que exige a interrupção imediata da gravidez em benefício do feto, o que é geralmente realizado por parto operatório, conhecido como cirurgia cesariana. Este tipo de cirurgia requer para a sua execução bloqueio anestésico medular do tipo denominado raquianestesia, ou bloqueio peridural. Por não haver no hospital anestesista de plantão, decidiu o médico responsável realizar ele próprio a raquianestesia, tendo para isso utilizado medicação adequada (Lidocaína) e em dose habitual. Durante o parto, porém, a desafortunada parturiente apresentou parada cárdio-respiratória, que, apesar de revertida pelo médico cirurgião e cardiologista presente àquela hora no hospital, foi seguida por outras paradas. Ao fim e ao cabo das reanimações, a paciente entrou em estado de coma, tendo assim permanecido por três anos até o julgamento do *writ* acima referido.

A alegação da denúncia era a de que o médico acusado e réu da ação, por não ser anestesista, era imperito para realizar o procedimento anestésico que levou ao estado final da paciente, tendo assim, preenchido o tipo penal de lesões corporais culposas descrito no art. 129 § 6.º do Código Penal. Entendeu o órgão julgador, porém, não haver justa causa para a ação penal, visto que, segundo testemunhas e pareceres de órgãos de classe, o cirurgião ginecologista e obstetra estava habilitado a realizar a anestesia que motivou a lesão da paciente. Concedeu assim o *Habeas Corpus* para o trancamento da ação penal.

De início, deve-se discutir o nexo causal entre a anestesia realizada e a parada cárdio-respiratória ocorrida. É fato que anestésicos em geral podem desencadear paradas cardíacas em alguns pacientes por razões até certo ponto desconhecidas. Esta reação pode ocorrer mesmo em situações de anestesia dentro da mais estrita técnica. Além desse aspecto, deve-se demonstrar o nexo causal entre a parada cárdio-respiratória e o coma, o que é por demais evidente levan-

do-se em conta a hipóxia cerebral (falta de circulação e de conseqüente aporte de oxigênio para o sistema nervoso central) que é resultado da não circulação e oxigenação sangüíneas decorrentes da parada cardíaca e respiratória. Como as duas reações, a cardíaca e a neurológica são conseqüências da anestesia, a lesão, sem dúvida, tem nexo de causalidade com a anestesia realizada.

Na avaliação do risco criado pelo procedimento deve-se levar em conta a habilitação do profissional para o procedimento. No Brasil, de fato, é costume dos cirurgiões-obstetras a realização de bloqueios anestésicos medulares, seja pela precariedade dos recursos médicos em alguns locais, seja por tradição da especialidade. No entanto, é exagero afirmar que, por ser o médico incriminado, ginecologista-obstetra, estivesse ele habilitado tecnicamente a realizar procedimento anestésico desse porte. O treinamento necessário para realizar essa anestesia inclui sem dúvida as medidas de controle e reanimação do paciente, seja na emergência, seja na reanimação pós-anestésica habitual. O médico ginecologista, por mais que tenha visto ou realizado bloqueios medulares, não possui a mesma habilitação que um anestesista no completo e eficiente atendimento do paciente sob anestesia.

Por outro lado, como estabelece a Resolução 1.363 de 12.03.1993 do Conselho Federal de Medicina, o preparo pré-anestésico e o acompanhamento intra e pós-operatório fazem parte da anestesia, sendo da responsabilidade direta e pessoal do médico que faz a anestesia todas as suas conseqüências. Entre essas últimas, estão as inopinadas paradas cárdio-pulmonares, que por sua letalidade rápida, requerem intervenção imediata. Tanto não estava habilitado o médico em questão, a atender a paciente, que se valeu de colega cardiologista que por acaso estava no hospital para ajudá-lo na reanimação da doente. Esta reanimação, saliente-se, é responsabilidade exclusiva de quem faz a anestesia, já que, como dito, é evento esperado nesse tipo de procedimento, razão pela qual os especialistas da área têm treinamento intensivo para bem realizá-la. Além disso, a mesma resolução citada estabelece que o médico anestesista deve durante todo o

procedimento cirúrgico monitorar os dados vitais da paciente, para que rapidamente qualquer intercorrência possa ser reparada a tempo, o que é impossível de ser feito pelo médico que está operando a paciente como cirurgião. Tivesse a paciente sido acompanhada com a atenção devida, talvez um socorro mais rápido pudesse ter evitado o desfecho do caso. A questão da conduta do médico réu dessa ação transcende a questão do padrão subjetivo ou objetivo esperado dele nessa situação. Conforme o que foi dito acima, por não ser o réu médico anestesista e não contar, assim, com o treinamento adequado para lidar com a complicação ocorrida, o médico não atingia o padrão médio objetivamente exigido dos profissionais da atividade em que ocorreu a lesão do bem jurídico. Por outro lado, não importa sua habilidade subjetiva, já que não cabe aos obstetras cuidar de anestesias, não havendo, assim, padrão médio de anestesias feitas por obstetras.

É forçoso concluir-se, nessa ordem de consideração, que a conduta do cirurgião ultrapassou os limites do risco permitido, porque se materializou no resultado e porque ignorou normas técnicas e jurídicas que limitavam o risco a ser corrido na situação clínica analisada. À sua conduta, por essa razão, deveria ter sido imputado o tipo penal das lesões corporais de natureza grave na modalidade culposa.

Feita a imputação, entretanto, em obediência à estrutura analítica do delito, deve ser avaliada a antijuridicidade da conduta. Em outras palavras, se agiu o médico de acordo com uma das causas de exclusão da ilicitude. Nesse passo, deve-se verificar a urgência da intervenção e o possível consentimento da parturiente. Na primeira hipótese, se a intervenção tiver sido realmente urgente, pode-se justificar a conduta pelo *estado de necessidade* verificado. Na segunda hipótese, o *consentimento* da paciente também pode excluir a ilicitude ou a culpabilidade (no caso do estado de necessidade exculpante). A localização do hospital, a disponibilidade de anestesistas no local, o desejo da doente em salvar seu bebê, tudo parece sugerir que a conduta não pode ser subsumida ao tipo penal incriminador de lesões corporais.

Porém, saliente-se que o motivo declarado para o trancamento da ação penal não foi o mais correto tecnicamente, já que, por ser inabilitado e por não ter obedecido a normas técnicas do procedimento, o médico gerou, com certeza, risco não permitido que se materializou no dano.

CASO II

O segundo caso, também julgado pelo TACrimSP, tem a seguinte ementa:

Homicídio culposo – Médico que deixa paciente em estado grave aos cuidados de enfermeira – Medicamento ministrado em quantidade maior que a necessária – Delito caracterizado – Condenação.[85]

Nesse caso, o médico prescreveu 3 ml de cloreto de potássio a criança acometida de Bronco-pneumonia e gastro-enterite. A enfermeira encarregada da medicação administrou 9 ml da substância, ou seja, dose três vezes maior do que a prescrita pelo médico, o que motivou parada cárdio-respiratória e morte subseqüente da criança. O médico foi condenado em primeiro grau e a sentença foi confirmada em segundo grau, sob o fundamento de que doentes graves não podem ter o acompanhamento de seu estado delegado a terceiros, sendo que assim, deve ser responsabilizado pela complicação ocorrida.

De início, cabe verificar o nexo causal entre a medicação na dose administrada e o evento morte por parada cardíaca. Não há dúvida de que uma dose excessiva de cloreto de potássio é extremamente cardiotóxica, sendo certo que a complicação ocorrida deveu-se à administração da droga em dose excessiva para o peso do doente.

O segundo passo é a demonstração de que a administração da dose excessiva gerou um risco não permitido que se materializou no resultado. É evidente que a desobediência a elementar norma técnica como esta caracteriza risco não permitido.

85. Apelação 326.913-9, *in Lex*, *79*: 377, *81*:371.

Apesar de estabelecido o nexo causal, e a criação de risco não permitido materializado no resultado, não podemos, no entanto, concordar com a decisão do tribunal. Ficou demonstrado que o médico prescreveu o medicamento na dose adequada, e que a dose errônea foi administrada pela enfermeira. Ora, quem criou o risco não permitido foi a enfermeira, dentro de sua esfera de responsabilidade, já que a administração de medicamentos é parte integrante de suas atribuições, nos termos de JAKOBS, de sua organização de vida. O risco por ela gerado deveria ter seu efeito combatido por ela mesma.

Assim, cabe a imputação, mas não à conduta do médico e sim à da enfermeira, seja pela atribuição que esta tinha na tarefa a ser cumprida, seja em atenção ao *princípio de confiança*, que exime membros de uma equipe médica dos erros cometidos pelos demais membros, desde que a atividade em que o erro ocorreu seja da competência do agente que o realizou.

6. Considerações político-criminais

No estudo das lesões causadas pelos atos médicos, ou para utilizar-se o termo técnico, das *iatrogenias*, é útil identificar-se três conceitos estreitamente relacionados: a *falha técnica*, o *dever de cuidado médico devido* e o *erro médico*.

Por *falha técnica* entende-se a causa material da lesão, em geral determinada posteriormente, que é uma falha da técnica empregada no caso. É a constatação, por exemplo, de choque anestésico por reação à droga utilizada, de complicação cirúrgica relacionada à técnica que não foi eficaz, de erro diagnóstico que provocou atraso no tratamento. A falha técnica não caracteriza por si só a criação do risco não permitido. É possível que a maioria ou a quase totalidade dos profissionais adotassem a mesma conduta naquela circunstância para aquele paciente. É possível também que qualquer conduta resultasse em iatrogenia. Por isso, a falha técnica é apenas um indício de criação do risco não permitido.

O segundo conceito é *dever do cuidado médico devido* no caso em análise. Já foi citado acima que a criação do risco não permitido é vista pela jurisprudên-

cia como uma violação do dever do cuidado devido no procedimento em que surgiu a lesão. Os problemas relacionados à concretização desse dever de cuidado médico foram anteriormente analisados.[86] Vale ressaltar aqui que é fundamental demonstrar o nexo causal entre a lesão ocorrida e a conduta que violou o dever de cuidado por meio da geração de um risco não permitido. Em outras palavras, é necessário demonstrar o nexo causal entre a conduta médica e a falha técnica ocorrida. A maioria das absolvições em ações penais por erro médico encontradas na jurisprudência brasileira têm por base a não demonstração do nexo causal de maneira inequívoca pelos peritos consultados.[87]

Após a demonstração do nexo causal entre a conduta violadora do dever de cuidado ou que gerou o risco não permitido e a falha técnica, a conduta médica está imputada ao tipo de norma incriminadora (normalmente lesões corporais ou homicídio). A caracterização final do delito deve recordar-se, dependerá da existência ou não de circunstâncias justificadoras ou da culpabilidade do agente no caso concreto.

Finalmente, o terceiro conceito é o de *erro médico*. Esse conceito conjuga os dois anteriores, obtendo-se uma definição do erro médico do ponto de vista penal.[88] *Há erro médico penalmente relevante quando uma falha técnica médica foi gerada por um ato médico criador de um risco não permitido que se concretizou na lesão ocorrida.* Como o próprio termo faz supor, refere-se o erro médico do ponto de vista penal às condutas de natureza negligente. Toda a lesão originada de um risco não permitido é erro médico.

O erro médico é um atentado contra bens jurídicos de indisputada dignidade penal: vida, saúde e integridade física. Não é por outra razão que as legisla-

86. Ver item 4.3.

87. Como exemplo, veja-se o acórdão em Embargos Infringentes e de Nulidade 2003.054.00156, TJ/RJ, 7ª Câmara Criminal, rel. Des. Francisco de Assis Pessanha, j. 28.09.2004, *in* www.tj.rj.gov.br.

88. C. M. ROMEO CASABONA, *Conducta Peligrosa e imprudência em la Sociedad del riesgo*, pp. 17-19.

ções penais modernas contemplam dispositivos que reprimem condutas que tendam a causá-lo. No entanto, é consenso jurisprudencial que somente os erros médicos originados de *negligência grave ou grosseira* devam ser reprimidos em sede penal.[89] É fato que a composição de natureza civil dos danos parece atender de forma mais satisfatória às demandas das vítimas.

É de interrogar-se se um aumento da aplicação de sanções penais poderia de forma mais eficiente inibir as condutas médicas que causam lesão.

A resposta a essa pergunta só pode ser negativa. De primeiro porque a natureza da atividade médica exige uma série de normas regulamentares administrativas para seu exercício. O profissional deve estar inscrito no conselho especializado, ser especialista reconhecido pela entidade específica de sua área e cada vez mais tem que se submeter à avaliação periódica para manter seu título de especialista. As condutas médicas estão cada vez mais padronizadas pelas entidades de classe, diminuindo a margem de incerteza diagnóstica e de variação na execução das técnicas terapêuticas. Essas instâncias administrativas que são reguladas pelos próprios profissionais por meio da atuação das sociedades especializadas têm real eficiência preventiva na área médica, como a multiplicação dos processos administrativos profissionais pode atestar. A pena de cassação da licença profissional pela estância administrativa que pode ser de caráter provisório ou definitivo é plenamente eficaz na defesa da sociedade contra os atos imperitos e negligentes dos profissionais mal preparados.

Esse afastamento do exercício profissional como sanção administrativa é um fator dissuasório importante para o erro médico. Há países, como a Espanha, em que as normas de Direito Sanitário prevêem essa sanção em sede penal, podendo o profissional ser afastado do exercício de sua profissão por longo tempo já pela condenação penal.[90]

89. Nesse sentido: TJRS – 2ª Câmara Criminal – ApCrim 70002574010, rel. Antonio Carlos Netto de Mangabeira, j. 04.12.2003 – *in* www.tj.rs.gov.br.

90. Esther H. GARCÍA, *La Imprudencia Médica*, p. 32.

Recorde-se, em contraponto, que, para os delitos culposos de qualquer natureza, está prevista pelo Código Penal a substituição da pena privativa de liberdade imposta, seja de que duração for, por penas restritivas de direitos.[91] Entre estas está a proibição do exercício de profissão pelo tempo da pena, se atividade ou ofício dependerem de habilitação ou licença especial concedida pelo poder público para o seu exercício. Os requisitos para essa substituição são: 1) a natureza regulamentar da atividade que deve depender de autorização oficial para seu exercício, 2) a ofensa deve ser de natureza culposa e cometida no exercício da profissão e 3) a ofensa deve ter sido cometida por violação de norma inerente à atividade. Todos esses requisitos são preenchidos pelos delitos decorrentes de erros médicos. À diferença das sanções disciplinares administrativas, porém, não é possível cassar a autorização para o exercício da profissão médica de forma definitiva por essa substituição, pois como salientado anteriormente, o tempo da interdição é o da pena imposta.

Saliente-se ainda que o número de processos civis por danos causados por erro médico é bem maior que os de processos penais porque interessa mais ao lesado e às sua família a maior e mais rápida reparação do mal causado. A perda da função de um membro ou órgão, ou mesmo os danos materiais e morais dessas lesões podem ser mais bem eficazmente reparados por meio de composição financeira do que pela sanção penal. Corrobora esse dado o fato de que em países em que a reparação penal importa em composição financeira mais rápida do dano, como a Espanha, o número de ações penais por erro médico excede em muito ao de ações civis de mesma causa.[92]

A utilização do direito penal para combater erros em uma área tão arriscada, mas também tão necessária como a Medicina também pode levar ao desestímulo das condutas que a sociedade precisa que os profissionais assumam

91. Código Penal art. 44 I e 47 II.

92. Esther H. GARCÍA, *La Imprudencia Médica*, pp. 12 e 13.

nos casos mais graves. Em países em que a responsabilização do médico em caso de lesões tem sido banalizada, muito freqüentemente os profissionais tendem a não desempenhar procedimentos arriscados, e mesmo a evitar o exercício de certas especialidades em que estes riscos ocorrem mais amiúde. Isto é o que acontece nos Estados Unidos, com um verdadeiro esvaziamento de certas especialidades em relação àquelas menos arriscadas com prejuízo de pacientes e da sociedade.

Outro efeito indesejável da repressão excessiva aos erros médicos é o crescimento da *medicina defensiva*, prática que se caracteriza pela prescrição de análises e procedimentos tão somente para salvaguardar a responsabilidade do profissional, em detrimento da rapidez e do baixo custo do tratamento.[93] Em países como o Brasil, em que a escassez de recursos médicos em algumas regiões é notória, tais condutas protelatórias e de alto custo são inaceitáveis e contrárias ao interesse social.

As mais eficazes vias, assim, para o controle social do erro médico são a via administrativa e a civil, porque têm força dissuasória adequada para inibir os erros e também porque permitem uma reparação mais satisfatória das infortunadas vítimas. Por outro lado, a regulação e controle estrito dos procedimentos e atuação dos profissionais pelos Conselhos de Medicina e pelas Associações de Especialistas podem exercer uma ação de salvaguarda dos pacientes, evitando o surgimento das lesões pela prevenção das condutas geradoras de riscos não permitidos.

Quanto ao nexo causal entre a conduta médica e o dano causado no erro médico, pode-se dizer que a teoria da imputação objetiva do resultado é a que melhor se adapta ao estabelecimento da causa e da imputação do dano ocorrido à conduta do profissional. A perfeita utilização do conceito de risco permitido, que é a principal característica desta teoria, torna-a uma valiosa ferramenta conceitual tanto para o planejamento do profissional da melhor conduta a ser assu-

93. Ibid., p. 14.

mida em cada caso quanto para que o julgador impute o eventual dano à conduta do médico de forma mais justa.

É de se perguntar, por fim, se a formulação de crimes de perigo abstrato que tivessem em seu tipo condutas consideradas fora do risco médico permitido seria medida capaz de aumentar a proteção dos bens jurídicos vida e saúde nos atos médicos. A ocorrência de danos à integridade física ou saúde é uma situação em que a proteção conferida pelo direito teria sido efetuada tarde demais? A tutela penal desses bens deve ser antecipada? Não é possível estender-se sobre este tema, mas as restrições a esse tipo de crimes aplicam-se ainda mais nos delitos contra a saúde, pois a limitação da atuação dos profissionais de saúde que tais tipificações implicam é manifestamente contrária ao interesse da população quanto à necessidade da atividade médica em geral.

7. Conclusões

1) A sociedade pós-industrial do início do século XXI é caracterizada pela existência de novos riscos relacionados com a tecnologia e descobertas científicas, o que aumenta ainda mais o risco vital existente em toda relação social. Algumas atividades são particularmente relacionadas à geração de riscos, entre elas a medicina.

2) A medicina avalia cada situação clínica por meio dos riscos existentes, tanto no tratamento quanto na própria condição a ser tratada. Este fato torna particularmente conveniente a utilização do critério do risco criado pelo ato médico no julgamento da eventual responsabilidade do profissional envolvido em um possível erro médico.

3) O papel social do médico deve ser por ele considerado na avaliação dos riscos gerados em sua atividade. Nesse aspecto, devem ser também levados em conta os *Princípios da Confiança* e o das *ações a próprio risco*, segundo a descrição dos critérios da Imputação Objetiva de JAKOBS.

4) Para a concretização dos limites do risco não permitido no ato médico devem ser levados em conta os critérios das normas jurídicas, das normas da *lex artis* médica e da ética médica, o consentimento informado do paciente, as características de cada médico, as circunstâncias do atendimento médico e a utilidade/necessidade do procedimento.

5) A atividade realizada dentro do risco permitido não exclui a imputação de uma eventual lesão, já que esta só estará justificada caso não seja possível para o agente evitá-la, caracterizando assim a inexigibilidade de uma conduta diversa. A geração de um risco não permitido, por outro lado, não determina por si só, a existência de responsabilidade do médico em um possível dano por ela causado, devendo ainda ser analisadas a licitude da conduta e a culpabilidade do agente na situação concreta.

6) A repressão pelo Direito Penal das lesões causadas por erro médico é pouco eficiente e não satisfaz a exigência de rapidez na reparação das vítimas dos danos. Devem-se privilegiar, por essa razão, as vias administrativa e civil para o controle social dessas lesões. A substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos na modalidade de proibição temporária do exercício profissional de atividade regulamentada pode ter um papel mais eficaz do ponto de vista político-criminal dos delitos médicos culposos.

8. Bibliografia

ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal.* Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARREDA GARCIA, Armando. El Consentimiento del Paciente para Ciertos Tratamientos o Intervenciones. *Cuadernos de Politica Criminal*, Madrid, n. 62, 1997.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo.* Trad. Do alemão de Jorge Navarro, Daniel Jimenéz e Maria Rosa Borras. Barcelona: Paidós, 1998.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la Víctima e Imputacíon Objetiva em Derecho Penal, estudio sobre los ambitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas.* 2. ed. Barcelona: J.M. Bosch, 2001.

CASTALDO, Andrea R. La Concretizzazione Del Rischio Giuridicamente Rilevante. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* Milano, v. 38, pp. 1.096-1.103, 1995.

CHAVES CAMARGO, Antônio Luís. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro.* São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

_____. *Sistemática de Penas Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal.* São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CROCE, Delton, CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal:* sobre os fundamentos da doutrina penal – sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Penal.* Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FARIA, José Eduardo. As Transformações do Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 22 pp. 231-240, abr.-jun. 1998.

ESER, Albin. Sobre la Exaltación del Bien Jurídico a Costa de la Víctima. *Cuadernos de Conferências y Artículos* n. 18 Trad. do alemão de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito.* Técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A Autocolocação da Vítima em Risco.* Série Ciência do Direito Penal Contemporâneo 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa, I.* Racionalidad de la Acción y Racionalización Social. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Taurus: Madrid, 2003.

HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, n. 8 pp. 54-60, 2003.

HAVA GARCÍA, Esther. *La Imprudencia Médica.* Vallencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la Teoría de la Imputación Objetiva. *Derecho Penal:* obras completas, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

HOUED, Mario. La Causalidad y la Nueva Teoría de la Imputación Objetiva. *Revista de Ciencias Penales*, São José da Costa Rica, 1996.

JAKOBS, Günther. *A Imputação Penal da Ação e da Omissão.* Coleção Estudos de Direito Penal 7, Trad. do alemão de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

_____. *Ação e Omissão no Direito Penal.* Coleção Estudos de Direito Penal 2, Trad. do alemão de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

_____. *Derecho Penal, Fundamentos y Teoria de la Imputación.* Trad. do alemão de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. *Fundamentos do Direito Penal.* Trad. do alemão de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *La imputación objetiva en Derecho Penal.* Trad. do alemão de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. *¿Qué Protege el Derecho Penal:* Bienes Jurídicos o la Vigência de la Norma? Tradução do alemão de Manuel Cancio Meliá. Mendonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal.* Parte General. Trad. do Alemão J. L. Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la Culpabilidad y Conducta Peligrosa.* Trad. do alemão de Cláudia López-Diaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

LOPEZ DÍAZ, Claudia. *Introducción a la Imputación Objetiva.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo.* Madrid: Civitas, 2001.

MAIWALD, Manfred. De la Capacidad de Rendimiento Del Concepto de "Riesgo Permitido" para la Sistemática Del Derecho Penal. *Cuadernos de Conferências y Artículos* n. 6 Trad. espanhola de Marcelo A. Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria General Del Delito.* 2. ed. Bogotá: Temis, 1999.

MALAMUD GOTI. J. E. El Riesgo Permitido en el Derecho Penal. *Doctrina Penal: Teoria y Práctica en Ciências Penales.* Buenos Aires, v. 1, n 1/4, p. 735-748, 1978.

PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido*: na Teoria do Delito. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro.* v. 1, Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro.* v. 2, Parte Especial, art. 121-183. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado* Uma aproximação crítica dos seus fundamentos. Série Ciência do Direito Penal Contemporâneo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal.* v. 1. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Conducta Peligrosa e Imprudência en la Sociedad de Riesgo.* Granada: Editorial Comares, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal* - parte general. Trad. espanhola de Diego Manuel Luzón Peña et. Al. Madrid: Civitas, 1997.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Causalidad e Imputación Objetiva.* Trad. Espanhola de Cláudia López-Diaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la imputación objetiva. *Teorias Actuales en el Derecho Penal.* Trad. espanhola de Mariana Sacher de Köster. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico.* 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, *Aberratio ictus* e imputación objetiva. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Madrid 37, n. 2, p. 347-386, maio-agosto, 1984.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual.* Interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TAVAREZ, Juares. *Direito Penal da Negligência:* Uma Contribuição à Teoria do Crime Culposo. 2. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal:* uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. port. de Luiz Regis Prado a partir da trad. espanhola *El Nuevo Sistema Del Derecho Penal* de J.C. Mir, 1964. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro,* Parte Geral. 4. ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Sobre o tratamento jurídico dado ao trabalho escravo: o movimento de descriminalização*

João Gustavo Vieira Velloso
Ph.D. applicant (Criminology/ University of Ottawa)

Sumário: 1. Introdução – 2. Sobre as administrações do conflito: 2.1 Grupo Móvel de Fiscalização, as bases dos registros; 2.2 Nos arredores do Grupo Móvel, ainda no contexto do MTE; 2.3 Ministério Público do Trabalho, das persecuções cíveis e acordos; 2.4 Ministério Público Federal, a criminação-incriminação pelo art. 149 – 3. Hipóteses sobre o movimento de descriminalização – 4. Bibliografia.

Resumo: Artigo desenvolvido a partir de entrevistas e análise de documentos acerca da atuação do Grupo Móvel (da SIT/MTE) e do Ministério Público da União (MPT e MPF) na administração de conflitos condizentes ao chamado trabalho escravo. O objetivo é analisar as diferentes políticas públicas e ações dos agentes do Estado no controle social destes ilegalismos. As persecuções geralmente são conduzidas no âmbito cível (SIT/MTE e MPT). A administração via justiça criminal (de atribuição do MPF) é deixada de lado, salvo raras, apesar

* Uma versão preliminar deste artigo foi apresentado em outubro de 2004 no XXVIII Encontro Anual da ANPOCS (Seminário Temático: Conflitualidade social, acesso à justiça e reformas do poder judiciário), sendo seu conteúdo atualizado em março de 2005 em conseqüência de encerramento da pesquisa e defesa da dissertação de mestrado (Velloso, 2005). Este artigo foi elaborado com auxílio de recursos da CAPES.

de positivada no art. 149 do Código Penal. O movimento de descriminalização do trabalho escravo é bastante sintomático para se pensar a lógica de atuação destes operadores em nossa cultura jurídica e dos instrumentos de controle disponíveis. Se por um lado à falta de tratamento jurídico igualitário se apresenta como mais um fator na reprodução de desigualdades sociais; por outro, a utilização de sistemas normativos cíveis permite problematizar o Penal enquanto forma de controle social, abrindo novos caminhos para se pensar uma ordem pública no contexto democrático e republicano.

Palavras-chave: Trabalho escravo – *White-collar crime* – Controle social – Descriminalização – Polissemia jurídica.

1. Introdução

Embora o Brasil tenha abolido oficialmente a escravidão em 1888, o trabalho escravo ainda continua existindo em nosso país; tendo, inclusive, sido recentemente reconhecido pelo governo brasileiro no plano internacional, perante a Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, como uma prática existente de fato no Brasil. Apesar de prática ilegal sob vários aspectos (civil, trabalhista, administrativo e criminal)[1] e de denunciada por atores da sociedade civil (sobretudo por integrantes da Comissão Pastoral da Terra) desde os anos setenta, somente a partir de 1995 que o Estado procurou intervir de forma mais sistemática sobre este ilegalismo. É evidente que existiam medidas anteriores: fiscalização, grupos de discussão no Legislativo e Executivo federal, programas do governo para erradicação do trabalho forçado (Pefor) e até mesmo ações criminais; mas é

1. Como veremos mais adiante, o chamado crime de trabalho escravo é além de crime, violação às leis trabalhistas, administrativas e civis, podendo ser gerido, portanto, em diferentes sistemas normativos. O criminólogo Fernando Acosta desenvolve estudos interessantes sobre a gestão diferencial dos ilegalismos e a polissemia jurídica presente em certos crimes, os chamados "ilegalismos privilegiados" (Acosta, 1988; 2005); retornarei a este ponto adiante de uma maneira mais apropriada, pois é bastante importante para este trabalho.

consenso entre os diversos atores envolvidos que o "combate" efetivo deste ilegalismo só ganhou mesmo força com a criação do Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (GERTRAF, atual Grupo Móvel de Fiscalização) em junho de 1995.[2]

Logo após sua vitória nas eleições de 2002, o atual presidente Luis Inácio Lula da Silva prometeu fazer da erradicação da escravidão uma prioridade nacional, anunciando que iria lançar um plano nacional para erradicar o trabalho escravo no país no início de 2003.[3] O Plano Nacional é um conjunto de medidas elaboradas por diversos atores envolvidos nesta questão e que descreve uma série de propostas (setenta e cinco ao todo) definindo responsabilidades institucionais e prazos para serem efetivadas. As propostas são variadas e o que pode se observar é que se destinam a dar mais eficiência aos vários sistemas normativos passíveis de serem acionados para a administração destes conflitos. Existe de tudo, de aumento da pena mínima a cláusulas impeditivas para obtenção e manutenção de crédito, passando por campanhas, programas de renda mínima para as regiões de origem dos trabalhadores escravizados, melhora da logística dos órgãos destinados a repressão etc. Estas medidas buscam intensificar e ampliar as medidas estabelecidas nos governos anteriores (1995-2002).[4]

2. Segundo Nilmário Miranda, atuante em vários momentos nesta questão como ativista, parlamentar etc., e atualmente Ministro de Estado: "o Estado só passou a se ocupar do trabalho escravo a partir de 1995, quando criou o Grupo Executivo de Repressão aos Trabalhos Forçados (...). O Grupo Móvel foi criado pelo governo do Itamar Franco, em 93, e em 95 foi criado o GERTRAF (...), e foi um trabalho coordenado entre vários ministérios, e por várias instituições do poder público (...). E foi instalado o Grupo Móvel de Fiscalização, acho que ali começou realmente, não como uma coisa pontual, mas como um trabalho de combate, de repressão ao trabalho escravo (...)."; discurso proferido na comunicação de abertura do *Simpósio Multidisciplinar sobre Trabalho Escravo*, realizado no auditório da FUNARTE (Prédio MEC), Rio de Janeiro, de 22 a 24 de junho de 2004.

3. O *Plano Nacional Para a Erradicação do Trabalho Escravo* encontra-se disponível em: http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasilia/trabalho_forcado/brasil/iniciativas/plano_nacional.pdf, último acesso em 05.03.2006.

4. "De uma vez por todas, o combate do trabalho escravo deixou de ser uma tarefa do Ministério do Trabalho, como se fosse uma exacerbação da violação de uma lei trabalhista; ela é coloca-

Apenas para situar como se dão as dinâmicas do trabalho escravo em nosso país, pontuarei brevemente o assunto. O exemplo clássico de escravidão contemporânea ocorre geralmente em remotas áreas rurais, consistindo basicamente em pessoas que são empregados em condições degradantes e perigosas, com pouca ou nenhuma compensação. Endividados com seus empregadores através dos custos de alimentação, suprimentos de trabalho (roupas, ferramentas etc.), e outras dívidas, tais trabalhadores não possuem habilidades ou meios para partir – em vários casos ocorre também coação física, com o uso de empregados armados.

Em um esquema bem típico, empregadores contratam trabalhadores para desmatar áreas florestais, extraindo mogno e outros recursos naturais exportáveis, para converter a terra em pasto para gado (roça da juquira) ou em plantio de monoculturas rentáveis como a cana-de-açúcar. Os recrutadores da mão-de-obra, conhecidos como "gatos", procuram por desempregados em regiões bem pobres do país,[5] seduzindo-os a trabalhar nas fazendas com promessas de altos salários e boas condições de trabalho. Mas logo que chegam nos distantes locais de trabalho,[6] eles se defrontam com condições muito diferentes, bem piores daquelas que foram prometidas. No momento a incidência do chamado trabalho escravo tende a estar concentrada em localidades distantes dos grandes centros urbanos,

da em relação como uma gravíssima violação dos direitos humanos. Portanto, é uma tarefa da sociedade, do Estado em todos os seus níveis, de todas as suas instâncias, é uma tarefa de todos. E de fato, de lá para cá, esse combate se intensificou. Por exemplo, no ano passado, foram libertados 4.995 trabalhadores. (...)" – Min. Nilmário Miranda, *Simpósio Multidisciplinar sobre Trabalho Escravo*, Rio de Janeiro, de 22 a 24 de junho de 2004.

5. Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego divulgados em 2003, os estados do Maranhão, Piauí e Tocantins são a origem do maior número de trabalhadores escravos – somando mais de 75% dos casos, respectivamente: 39,2%, 22% e 15,5%.

6. A desterritorialização do trabalhador é uma estratégia clássica de todo e qualquer tipo de escravidão, não se escraviza o "eu" e sim o "estranho". Somente quando se tira uma pessoa de seu local de origem, sua terra, cultura, sociedade, enfim, de seu espaço de referência e relacionamentos, é que a escravidão passa a ser possível e eficaz (por mais mórbido que soe o termo). Apesar da maior incidência de casos de trabalho escravo ser no Sul e Sudeste do Pará, o aliciamento se dá geralmente em outros estados (vide nota anterior).

nos estados do Pará – de longe com o maior número de casos – seguido por Mato Grosso, Bahia, Tocantins e Rondônia. Também há registros em menor escala nos estados do Rio de Janeiro, Goiás, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais.[7]

No entanto, esta não é a temática deste trabalho e para isso considero muito mais válido os trabalhos de Ricardo Rezende Figueira, Neide Esterci e outros(as) que vêm se dedicando mais especificamente ao trabalho escravo. O presente trabalho se situa no panorama apresentado, mas a questão é outra. A pesquisa que venho realizando é sobre a administração destes conflitos, sobre como se dá a gestão do ilegalismo "trabalho escravo" frente aos vários sistemas normativos à disposição do Estado. A fim de tentar compreender melhor o fenômeno estou focando este estudo no período recente, de 1995 aos dias de hoje e, sobretudo, de 2002 para cá. Os motivos são elementares e lembram bastante o que Marx coloca em relação à Economia Política na Alemanha de sua época:[8] "faltava o terreno vivo", não havia o concreto, a possibilidade daquele objeto. Como já mencionei acima, a gestão efetiva deste ilegalismo começa com o Grupo Móvel em 1995, sendo a atuação mais destacada nos últimos dois, três anos.[9] Além do fato de antes ele não existir ou existir de forma incipiente, este estudo foca as ações do Grupo Móvel com os seus desdobramentos nos diferentes sistemas normativos.

2. Sobre as administrações do conflito

2.1 Grupo Móvel de Fiscalização, as bases dos registros

O ilegalismo de trabalho escravo é, como já apresentado, administrável de várias maneiras e o Grupo Móvel, de alguma forma, representa uma tentativa

7. Os dados são da Secretaria da Inspeção ao Trabalho/MTE e da Comissão Pastoral da Terra e referentes a atuação da fiscalização móvel de 1995 a 2003.

8. Posfácio à segunda edição de *O Capital.*

9. "De todas as estratégias de combate ao trabalho escravo, eu considero a criação da fiscalização móvel a maior, melhor e mais eficiente de todas as estratégias. No princípio, no início da fis-

de atenuar a polissemia existente neste ilegalismo. A idéia é que o grupo que faz a inspeção *in loco* tenha condições de dar o prosseguimento das devidas medidas cabíveis, por isso sua composição é multi-institucional, envolvendo atores que representam os vários sistemas normativos em jogo[10] (apesar dele ser mais atrelado ao Ministério do Trabalho e Emprego, MTE). No limite, tudo que é juridicamente trabalho escravo passa pelo Grupo Móvel; aos auditores fiscais cabe lavrar os autos de infração, se o evento vai ser (in)criminado ou não, se vai ter persecução ou não, é outra história. É interessante começar, pois, por estes registros produzidos pela ação do Grupo Móvel; segue abaixo uma tabela que compara sua atuação ao longo dos anos:

Ano	Número de Operações	Número de Fazendas Fiscalizadas	Trabalhadores		Pagamento de Indenizações	Autos de Infração Lavrados
			Registrados	Libertados		
2004*	35	198	1.906	1.505	2.737.126,47	1.267
2003	66	196	6.785	4.879	5.892.381,62	1.424
2002	33	94	3.352	2.493	2.203.582,42	680
2001	27	147	1.858	1.297	817.952,16	759
2000	25	88	1.159	527	631.282,84	536
1999	19	56		725		411
1998	18	47		159		282
1997	20	95		394		796
1996	26	219		425		1.751
1995**	11	77		84		906
* até junho/julho, segundo a fonte do MTE; ** o GERTRAF foi criado em 27.06.1995.						

Fonte: *Quadro das Operações de Fiscalização Móvel* (anos de 1995-2003), documento elaborado pela Secretária de Inspeção do Trabalho do MTE.

calização móvel, ela tinha um objetivo apenas repressivo, não havia ainda esta preocupação com a questão da prevenção. Mas nos últimos dois anos, o Ministério do Trabalho foi ultrapassando estes limites da competência apenas de repressão, e adotando políticas de prevenção." – fala em entrevista de A, auditor fiscal do MTE atuante na coordenadoria do Grupo Móvel, junho de 2004.

10. "Cada ação dessa, do Grupo Móvel de Fiscalização, é acompanhada e/ou por: auditores do trabalho, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal, Polícia Federal, mas há regiões também (...) que nós estamos contando com o apoio das forças armadas, polícia rodoviária federal, IBAMA (...)." (Min. Nilmário Miranda, *idem*, *ibidem*).

A ação do Grupo Móvel é um primeiro nível de gestão deste litígio, que possui um alto grau de variedade interna (dado sua composição) e desdobramentos póstumos a atividade de fiscalização. Grosso modo o que acontece é o seguinte: o grupo móvel é mobilizado após denúncias e realiza uma operação de fiscalização nas fazendas ou estabelecimentos enunciados. Na maior parte das vezes isso ocorre porque alguém conseguiu fugir e pedir ajuda. Neste sentido, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e a Secretária de Inspeção do Trabalho (SIT) possui um papel importantíssimo, pois geralmente são eles que fazem esta mediação. Enfim, o Grupo Móvel vai fazer a operação e durante a fiscalização vão verificar a situação daqueles trabalhadores que se encontram lá. Inspecionarão tudo, os locais, as condições de trabalho etc., tirarão fotos pegarão depoimentos e assim em diante – lembre-se que é uma ação multi-institucional orientada para diferentes sistemas normativos.

Quando constatadas irregularidades, os diversos atores procuram agir conforme as suas atribuições. No entanto, os produtos mais diretamente relacionados com a fiscalização móvel são os atrelados ao MTE: relatórios e autos de infração. A forma mais aparente, latente do conflito se resolve ali, *in loco*, na fiscalização: os trabalhadores são libertados e/ou registrados, recebendo os seus direitos trabalhistas (atrasados, indenização e até mesmo fazem cadastro para receber seguro desemprego) – eles ficam felizes, alegres por estarem livres, como costumam dizer os participantes do Grupo Móvel –, e em geral voltam para as suas localidades de origem.

Ou seja, é disso que fala os dados acima, do trabalho escravo sob o enfoque de um dos sistemas normativos possíveis e o mais atrelado a ação local. Gosto de explicitar isso por dois motivos, ambos relacionados com alguns estudos clássicos de criminologia, sobretudo em relação aos trabalhos sobre *white-collar*. O primeiro está relacionado com o que Edwin Sutherland chamou de *dark-number*, a "cifra-oculta", e que também é conhecida como a diferença entre "criminalidade real" e "criminalidade registrada", isto é, o número de casos registrados é sem-

pre menor (e é impossível determinar quanto) do que as violações que ocorrem de fato.[11] O segundo se relaciona com o tipo de ilegalidade registrada e o fato de que determinados crimes são mais visíveis em outras estatísticas do Estado do que propriamente nas criminais (o que é bem comum nestes tipos de estudo). É exatamente este o caso, se nos ativermos apenas aos dados criminais a tal "cifra-oculta" fica maior ainda, pois há uma diferença dentro dos próprios registros do Estado, entre o ilegalismo registrado e o registrado como crime. No caso do trabalho escravo existe um registro estatal que é do plano da ilegalidade; em alguns casos, os de crimes financeiros, por exemplo, nem isso ocorre, chegam a ser registrados como legais e estes crimes passam despercebidos em relatórios ou outros documentos.

O que podemos concluir, de maneira preliminar, é que as informações que são produzidas pelo Grupo Móvel é que vão servir de base para os demais sistemas normativos, estes dados são os registros mais gerais que circulam de maneira válida (e reconhecida pelo Estado) no espaço público. É um filtro do plano dos eventos e por isso pode ser considerado como um primeiro pronunciamento no espaço público do que pode vir a ser criminado ou não. Para além da diferença entre a "criminalidade real" e a "criminalidade registrada", o nosso interesse aqui é o que vem depois, é discutir a disparidade entre os registros, a desproporção existente nos prosseguimentos que se dão pós Grupo Móvel. O conflito ainda está em aberto, e sujeito a outras esferas normativas.

2.2 Nos arredores do Grupo Móvel, ainda no contexto do MTE

Se por um lado a fiscalização do Grupo Móvel é o primeiro e mais amplo foco normativo gestor do conflito, ainda há uma série de medidas de controle

11. Note que ainda não estou falando de crime, apesar de Sutherland considerar *white-collar crime* tanto as violações às leis penais como decisões por danos em âmbito civil, penalidades administrativas etc., enfim qualquer sanção normativa (Sutherland, 1985; Shover, 1998; Ruggiero, 2002).

vinculadas ao governo federal (no âmbito do MTE e outros) que não estão diretamente associadas ao judicial. Dentre tais, merece destaque a chamada "lista suja" que segundo diversos atores envolvidos é o mais eficaz instrumento repressivo que se dispõe hoje no combate do trabalho escravo.[12] A lista suja ou lista negra é uma relação de "escravocratas" que é liberada pela Secretária de Inspeção ao Trabalho/MTE (a mesma que gere o Grupo Móvel) com o objetivo de restringir crédito a tais infratores. Entram na lista suja os infratores com ações "que transitou e julgado do ponto de vista administrativo, e não tem para onde mais recorrer das multas que recebeu." (Min. Nilmário Miranda, *idem, ibidem*).

"Nós divulgamos esta lista para proibir que os fundos constitucionais sejam utilizados por eles, negativa de créditos, subsídios, empréstimos, financiamento para estas empresas, destas supostas empresas e empresários. Isto causou uma fortíssima apreensão e até um certo pânico nestas pessoas. (...) ou seja, todas as empresas, empresários, os aventureiros que praticam o trabalho escravo que buscam financiamento federal. Aliás, até desmentindo aquela idéia que dizem que são pessoas pobres coitadas que não conhecem a lei, que não sabem o que estão fazendo, que falta informação para evitar, que não pode chamar de trabalho escravo, que são exceções. Na verdade, a maior parte das empresas fiscalizadas são tão coitadinhas que são capazes de arrancar dinheiro público dos fundos constitucionais, dos bancos públicos etc." (Min. Nilmário Miranda, *idem, ibidem*)

A primeira lista suja foi divulgada em 18.11.2003, contendo 52 nomes; e a segunda em 26.07.2004, contendo 49 nomes.[13] "E mais, o Banco Central preparou uma resolução, que vai ser votada no Conselho Monetário Nacional,

12. Por exemplo: "Efetivamente nós temos em termos de repressão, com algum retorno, com algum sucesso, a questão da lista negra que tem trazido uma grande dor de cabeça aos escravocratas modernos." (informante C – MPT); ou ainda: "A lista suja, ela mexe com o bolso deles (...), eles ficam desesperados, eles querem sair da lista e não sabem como". (informante A – MTE)

13. A relação atual encontra-se disponível em http://www.mte.gov.br/Noticias/download/lista.pdf, último acesso em 03.03.2006.

ampliando o espectro da proibição de crédito para estes aventureiros." (Min. Nilmário Miranda, *idem*). Além de perder a concessão de créditos e financiamentos em instituições estatais, como o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, BNDES, Banco do Nordeste, entre outros, eles provavelmente também terão restrições a créditos privados. Uma outra derivação adotada é a verificação da regularidade destas propriedades junto ao Ministério de Desenvolvimento Agrário:

"Eles estão iniciando uma fiscalização cadastral dos imóveis da 'lista suja'. E vejam só, o objetivo desta fiscalização é identificar os vícios na cadeia dominial; os nomes que estão na lista suja, eles podem estar sendo sustentados por títulos inválidos e até mesmo em terras de domínio público." (informante A – MTE)

Estas propostas possuem uma finalidade bem clara, inviabilizar a prática do trabalho escravo enquanto relação econômica possível.[14] Trata-se de um esforço normativo que tem recebido grande atenção dos atores políticos e jurídicos envolvidos nesta temática, mobilizando grandes debates na Câmara. "Para eles perder a terra é pior até do que ser condenado, a posse da terra é sagrada ninguém quer perder um centímetro de sua terra (...) fecha o tempo, fazendeiro não quer perder a terra (...) ainda mais para reforma agrária" (informante A - MTE). Após alguma relutância a PEC 438/2001[15] foi aprovada em primeiro turno, e não levou em consideração apelos da chamada "bancada ruralista" em nome dos

14. A imprensa noticiou durante o mês de março de 2005 que alguns proprietários conseguiram na justiça a retirada de seus nomes da lista suja. Com isso eles voltam a ter a possibilidade de utilizar empréstimos de fundos constitucionais que são administrados por instituições públicas. "Já são nove fazendas retiradas por ordem judicial da relação feita pelo governo de empregadores que mantinham funcionários em condições análogas à escravidão. Agora, eles voltam a ter acesso a linhas de crédito operadas por Banco do Nordeste, o Banco da Amazônia e o Banco do Brasil."; disponível em: http://www.reporterbrasil.com.br/noticias/ver2.php?id=179, último acesso em 05.03.2006. Maiores informações disponíveis no jornal *O Globo* de 20.03.2005, p. 12, e em http://agenciacartamaior.uol.com.br/agencia.asp?coluna=reportagens&id=2722, último acesso em 16.04.2005.

15. Proposição integral, emendas, pareceres e demais detalhes do andamento legislativo estão disponíveis em: http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=36162, último acesso em 03.03.2006.

direitos dos herdeiros e da necessidade da "sentença judicial condenatória ou absolutória, exeqüível após o trânsito em julgado" para respeitar os princípios da ampla defesa e do contraditório (vide voto em separado do deputado Asdrúbal Bentes (PMDB/PA)[16]). Na verdade, como afirma o deputado Paulo Rocha (PT/PA) estas questões referentes ao artigo 243 da Constituição Federal já se encontram decididas em jurisprudência datada de 1995, inclusive destacando a que independe de ação penal.[17]

Outrossim, como salienta um informante, atuante na coordenadoria do MPT que se destina a esta questão, a expropriação já poderia ser realizada hoje:

"Nós temos a discussão da PEC (...), mas hoje a Constituição já permite que as terras onde houver (sic.) trabalho escravo sejam expropriadas. E por que? Porque estas terras não cumprem a função social.[18] (...) E no meu entendimento é que tanto o Ministério Público Federal quanto o Ministério Público do Trabalho podem dirigir estes requerimentos ao INCRA solicitando esta expropriação que vai ser feita dentro do processo do contraditório, do processo administrativo, lá no âmbito do INCRA."[19] (informante B – MPT)

A Fazenda Castanhal Cabaceiras foi o primeiro caso de desapropriação por incidência de trabalho escravo, sendo efetivada através de decreto presiden-

16. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/integras/215187.htm, último acesso em 03.03.2006.

17. Detalhes em: http://www.camara.gov.br/sileg/integras/217717.htm, último acesso em 03.03.2006.

18. Como disposto no art. 186 da Constituição de 1988, sobretudo os incs. III e IV:

"Art. 186: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores". Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm, último acesso em 05.03.2006.

19. O informante parece confundir expropriação com desapropriação neste ponto. Em outras situações ele mencionou "desapropriação".

cial[20] fundamentado na função social da terra. E conforme salienta Carlos Henrique Kaipper, Consultor Jurídico do Ministério do Desenvolvimento Agrário:

"Sobram razões para comemorar a publicação do decreto que declarou de interesse social para fins de reforma agrária o imóvel rural denominado *Fazenda e Castanhal Cabaceiras*, situado no município de Marabá, Estado do Pará, que ocorreu no diário oficial do dia 19 de outubro de 2004. E não estamos nos referindo unicamente ao fato de ter declarado de interesse social para fins de reforma agrária um imóvel de 9.774 hectares, que beneficiará cerca de 340 famílias numa das regiões do país onde a disputa pela terra é das mais sangrentas: o sul do Pará. O mérito maior do ato presidencial é ter, pela primeira vez na história, invocado o descumprimento da função social ambiental e da função social trabalhista da propriedade rural para fins de desapropriação-sanção." [21]

As outras medidas de âmbito ministerial são mais de cunho preventivo, tais como: seguro desemprego para os trabalhadores libertos pelo Grupo Móvel; implementação de políticas sociais de renda mínima nos estados de origem destes trabalhadores; ampliação da rede dos Balcões de direitos, visando dar mais assistência jurídica a estas populações; campanhas de conscientização; e outras medidas presentes no Plano de Erradicação. Ou então visando um melhoramento da logística na administração dos conflitos em âmbito trabalhista: a capacitação de auditores fiscais e a solicitação (junto com o MPT) de varas itinerantes são um bom exemplo disso.

2.3 Ministério Público do Trabalho, das persecuções cíveis e acordos

A atuação do MPT na gestão dos conflitos associados à prática de trabalho escravo se dá, de maneira geral, segundo quatro instrumentos principais:

20. Disponível em https://www.presidencia.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2004/dnn/dnn10316.htm , último acesso em 03.03.2006.

21. In: http://www.mte.gov.br/Noticias/Conteudo/6447.asp, último acesso em 05.03.2006.

Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TCAC), Ação Civil Pública (ACP), Ação Civil Coletiva (ACC), e Reclamação Trabalhista (RT); sendo as três últimas propriamente judiciais. Outras medidas são possíveis, porém residuais, valendo ressaltar apenas o procedimento chamado "notícia-crime" que consiste basicamente em notificar o MPF (ou o MP Estadual) sobre a existência de crime no ilegalismo que está sendo gerido administrativamente ou em âmbito cível pelo MPT.

"Segundo levantamento feito até o mês de dezembro de 2004, o Ministério Público do Trabalho Participou de 71 operações de fiscalização com o Grupo Móvel de Combate ao Trabalho Escravo, em 267 propriedades rurais, que resultaram na libertação de 2.745 trabalhadores mantidos em regime de escravidão. Possui 548 Procedimentos Administrativos em andamento e outros 374 foram arquivados. Firmou 167 Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta e impetrou 22 Ações de Execução de Título Extrajudicial (TCAC). Ingressou com 111 Ações Civis Públicas, 24 Ações Civis Coletivas, quatro Ações Cautelares, quatro Reclamações Trabalhistas." (in: http://www.pgt.mpt.gov.br/escravo/geral/estatisticas.html, último acesso em 21.03.2005).

Como podemos observar os procedimentos mais típicos são os acordos, uma vez firmado o TCAC,[22] o conflito se resolve em seu plano mais aparente (não há mais a relação de trabalho anterior e o compromisso desta reparação), não havendo necessidade de persecução trabalhista – é o que explica o baixo número de RTs. Segundo os atores do MPT, uma vez firmado o acordo não há por que encher os Tribunais. No entanto, em boa parte dos casos o MPT vai além

22. O Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta é um importante instrumento de atuação do MPT do ponto de vista administrativo. Trata-se da proposição de um acordo por meio do qual o empregador assume a obrigação de não mais cometer a infração legal, regularizando a situação – o seu objetivo é buscar o cumprimento da lei de forma célere, com baixo custo, de forma consensual e ainda desafogar o Poder Judiciário. Em geral, fixa-se uma multa elevada para o caso de descumprimento das obrigações acordadas; e caso o TCAC seja descumprido, executa-se a multa fixada e requer-se a execução da obrigação estabelecida, sob pena de uma nova multa a ser fixada pelo juiz – ambas as multas revertem ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador).

do TCAC, promovendo persecuções civis, sejam elas ACPs ou ACCs, por danos morais.[23]

Aliás, a indenização por danos morais é a outra ação que nos dias de hoje é reconhecidamente efetiva contra a prática de trabalho escravo.[24] O que em geral não veiculam ao se divulgarem estes números é a distinção entre o destino das indenizações obtidas nas ACPs e nas ACCs. Enquanto o valor arrecadado com as ACPs, assim como as multas derivadas dos TCACs, vão para o FAT, as da ACCs, ajuizadas em menor número, é que vão diretamente para os trabalhadores envolvidos.

Neste sentido, é bastante claro, vide dados apresentados, que os instrumentos disponíveis ao MPT favorecem muito mais a regulamentação da relação capital/trabalho a partir de sanções ao empregador do que a reparação dos danos (morais) sofridos pelos trabalhadores decorrentes da prática do trabalho escravo. Os dispositivos estão estruturados para terem este efeito prático. Busca-se a "restauração da ordem do trabalho", "o trabalho digno"; o dano ocasionado é contra esta ordem, e não contra a pessoa, sua dignidade, sua liberdade.[25]

23. "A ação do Ministério Público do Trabalho é a Ação Civil Pública, a Ação Civil Coletiva é uma ação que está colocada a nossa disposição, mas que por exceção o Ministério Público do Trabalho pode se utilizar." (informante B – MPT). A ACP é ajuizada não para atender individualmente, ela ataca a lesão aos direitos sociais homogêneos (direitos difusos e coletivos); isto é, o valor obtido pela indenização vai para o fundo constitucional da ACP de gestão orçamentária decidida pelo Congresso. É a ACC que vai postular os direitos de uma coletividade de indivíduos (direitos individuais homogêneos), sendo neste caso o valor revertido aos trabalhadores envolvidos na prática de trabalho escravo.

24. "Hoje, pode-se dizer que há basicamente dois avanços significativos, ou duas punições efetivas em relação aos escravocratas dos dias de hoje: é o pagamento da indenização por dano moral e a chamada lista suja. (...) Além da lista suja o que nós temos de efetivo é a condenação da Justiça do Trabalho das indenizações por dano moral." (informante C – MPT); em alguns casos, como o do Grupo Lima Araújo (AL), reincidentes, chegam a pedir o valor de 80 milhões de reais. Segundo o informante B (atuante na coordenadoria de trabalho escravo do MPT) a orientação é jogar o valor lá para cima, em um patamar da ordem do valor da propriedade. Estas indenizações por "danos morais coletivos; também mexe (sic.) com o bolso do fazendeiro. (...) e é uma expropriação indireta, na verdade." (informante A – MTE).

25. Segundo um dos informantes, a "(...) maior projeção que se dá, da repercussão criminal, mas não há de se desviar esta discussão do trabalho escravo do âmbito do direito do trabalho (...).

2.4 Ministério Público Federal, a criminação-incriminação pelo art. 149

Após este longo caminho, finalmente chegamos ao aspecto criminal deste ilegalismo, como muitos gostam de mencionar: "trabalho escravo é crime" – é mesmo significativo e paradoxal o fato deste ser o dado que mais apareceu durante minha pesquisa. Significativo, pois denota a interpretação criminal destes eventos (trabalho escravo) para os atores responsáveis por sua administração nos diferentes sistemas normativos; e paradoxal porque praticamente não existem registros criminais vinculados ao trabalho escravo quando comparado com os casos já registrados – há uma sentença e cerca de 25 denúncias.[26] No entanto, antes de abordar propriamente este aspecto, gostaria de expor alguns operadores analíticos utilizados por Michel Misse para operacionalizar de maneira mais adequada questões referentes à construção social do crime, já que os utilizarei (sobretudo os três primeiros) nesta acepção daqui em diante; são eles:

"1) a *criminalização* de um curso de ação típico-idealmente definido como 'crime' (através da reação moral à generalidade que define tal curso de ação e o põe nos códigos, institucionalizando sua sanção); 2) a *criminação* de um evento, pelas sucessivas interpretações que encaixam um curso de ação local e singular na classificação criminalizadora; 3) a *incriminação* do suposto sujeito autor do evento, em virtude de testemunhos ou evidências intersubjetivamente partilhadas; 4) a *sujeição criminal*, através da qual são selecionados preventivamente os supostos sujeitos que irão compor um *tipo social* cujo caráter é socialmente considerado como 'propenso a cometer um crime'." (Misse, 2004)

O que nós estamos aqui discutindo, tem origem, tem meio, e tem fim no contrato de trabalho." (informante C – MPT).

26. Por motivos editoriais a tabela com a relação dos denunciados (proprietários e não proprietários) não foi inserida no presente artigo. Maiores detalhes sobre as denúncias em: Velloso (2005, p. 80-82) e http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/pfdc/grupos_encerrados/trab_escravo/coordenadoria/denuncias.html, último acesso em 03.03.2006.

A sentença tão repetida "trabalho escravo é crime" está associada ao fato deste evento estar criminalizado; ou seja, é previsto em lei penal, art. 149 do Código Penal. O fato de estar positivado como crime não significa necessariamente que a prática de "reduzir alguém a condição análoga à de escravo" seja criminada – um bom exemplo disso é a discussão que tomou conta deste cenário por algum tempo sobre os limites entre trabalho escravo e trabalho degradante. E como veremos mais adiante, existem problemas destas três ordens; e hoje, mesmo sendo a *criminalização* dada e havendo um certo consenso sobre a *criminação*, a *incriminação* nos casos de trabalho escravo ainda é de difícil realização.

O "trabalho escravo é crime", mas não era bem assim que estava na lei. A redação primitiva do art. 149 do Código Penal consistia em: "Reduzir alguém a condição análoga à de escravo: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos." Trabalho escravo era uma das formas de reduzir alguém a condição análoga à de escravo; hoje com a redação nova, ela é a forma por excelência,[27] como salienta "D":

"No entanto, apesar da clareza do dispositivo e da manifestação da doutrina, a alteração do Código Penal foi feita pela lei 10.803 de dezembro do ano

27. Versa o Código Penal, na Seção I, do Capítulo VI (Dos crimes contra a liberdade individual), sobre a *Redução a condição análoga à de escravo*, em redação dada pela Lei 10.803, de 11.12.2003:

"Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2.º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem."; disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm, último acesso em 05.03.2006.

passado [2003] que ao explicitar condutas restringe as hipóteses que caracterizam infração penal, já que, ao contrário da lei civil, não se admite analogia em matéria penal.[28] (...) com os artigos que versam sobre cárcere privado (art. 148), violações a leis trabalhistas e constrangimento ilegal. A norma, pois, toma uma situação pela outra e não as distingue claramente. *O maior problema da lei nova é a descriminalização de outras condutas* [que estão para além da relação trabalhista, tais como: escravização de mulheres, escravização para tráfico de órgãos etc.].

Esta nova lei não mais abrange estas condutas no núcleo de reduzir alguém a condição análoga a de escravo, pois ao exemplificar o modo como se efetiva esta conduta acaba por reduzir a situações típicas das relações de trabalho. A redação anterior do art. 149 do Código Penal, para evitar a sensação de impunidade precisava de alteração apenas da pena mínima atribuída ao crime; de modo a evitar a prescrição ou que se atribuísse ao condenado penas alternativas não condizentes com a gravidade desta infração penal. No entanto, esta pena mínima não foi alterada." (informante D – MPF; grifos meu)

Este é sem dúvida o ponto chave da dificuldade em "tornar crime" segundo o aspecto da *criminalização*: a descriminalização por excelência. Algumas condutas deixam de ser criminalizáveis porque as alterações realizadas na lei penal reduziram a gama de eventos passíveis de serem classificados como o crime previsto no art. 149.

Em relação à *criminação*, já apontamos acima um dado que durante algum tempo (entre 1999 e 2001) dificultou a interpretação e o encaixe do evento no tipo penal: a dissensão entre trabalho escravo e trabalho degradante. A nova redação do art. 149 pôs fim a esta discussão no final de 2003, como salienta "E": "De fato limitou-se o tema (...), mas pôs fim à distinção entre trabalho escravo e trabalho degradante. (...) Esta é a vantagem, por fim a esta distinção foi importante." (informante E – MPF)

28. O que criaria uma polissemia jurídica dentro do próprio Código Penal.

No entanto, um outro aspecto deve ser enunciado aqui: a competência do intérprete. Questões referentes a quem compete julgar o crime do art. 149, qual o intérprete qualificado (Justiça Federal ou Estadual), inviabilizou o ajuizamento de denúncias. Não se entrava com a ação, pois havia o sério risco dela não ser aceita por motivos de competência – o evento não seria criminável naquela esfera, a interpretação seria da ordem de um não crime, algo como "uma absolvição objetiva" (antes mesmo da responsabilização penal). Hoje há um certo consenso de que a competência é da Justiça Federal, mas ainda aguardam a votação de um recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal que deliberará sobre esta questão.[29]

Em relação à *incriminação*, a dificuldade é maior ainda, confirmando inclusive o que aponta os estudos clássicos sobre *white-collar crime* neste sentido (o problema da responsabilização de corporações e pessoas jurídicas). Os "problemas" associados à incriminação são talvez mais determinantes para explicar o baixo índice de ações penais do que as questões apresentadas sobre *crimizalização* e *criminação*. Por serem vários os fatores que dificultam a incriminação, resolvi classificá-los provisoriamente em três grupos, são eles: 1) *fatores processuais*; 2) *relacionamento com os outros sistemas normativos*; e 3) *fatores de ordem prática*.

Os *fatores processuais* podem ser divididos em dois subgrupos: princípios processuais, e viabilidade técnica. Em relação aos princípios, a grande questão é a exigência da culpabilidade[30] em matéria penal. Trata-se da questão já antecipa-

29. "Do ponto de vista criminal, eu acredito que este esforço recente ele provocou uma mudança, e a mudança mais esperada, na verdade, esta ainda dependente da decisão do Supremo sobre quem é competente." (informante D–MPF). O acompanhamento processual do Recurso Extraordinário Nr.398041 e maiores informações podem ser obtidas a partir do sítio do STF, disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?processo=398041&classe=re&origem=ap&recurso=0&tip_julgamento=m, último acesso em 03.03.2006

30. "A prova que serve para o ajuizamento de uma relação de trabalho ou mesmo de uma Ação Civil Pública por dano moral é muito diferente da prova em matérias penais. É muito diferente porque..., porque para a relação cível (...) [explica resumidamente a distinção cível/penal], a matéria do cível se contenta com a prova objetiva; no penal você exige culpabilidade, isso é uma grande

da acima sobre o *whitte-collar crime*[31] e que em si já impõe um problema de viabilidade técnica para a ação penal: a certa impossibilidade de se determinar quem exatamente é o responsável. Neste quesito existem basicamente mais dois fatores. O primeiro se refere ao tempo de prescrição: "como a pena é de dois a oito, vai prescrever em mais ou menos 12 anos; depois de julgado tem a prescrição pela pena concreta, se for a mínima, 2 anos, cai para 4." (entrevista – informante D – MPF). E quanto ao segundo, trata-se de um fator que não é propriamente uma dificuldade em incriminar, mas um recurso processual que tem um efeito prático de distorção do número de registros entre sistemas normativos; trata-se da fusão de alguns casos já registrados em uma só ação.[32] Isso indica o quão complexa é a questão, se nos ativermos apenas aos dados estatísticos dos registros podemos cometer sérios erros de análise, uma vez que esta não-incriminação é apenas aparente.

Quanto ao *relacionamento com outros sistemas normativos* em jogo (que, aliás, são todos cíveis), há pelo menos dois fatores que dificultam a incriminação: o primeiro é articulado com a produção dos registros dos eventos em questão; e o segundo com a comunicação interinstitucional. Conforme destacamos nos

diferença. Para a Justiça do Trabalho a ação civil pública é ajuizada contra a pessoa jurídica, empresa Lima Araújo, essa pessoa jurídica, ela tem bens, ela tem personalidade própria jurídica. A ação penal tem que ser ajuizada contra pessoa física. E quem escravizou, na condição de responsável, daquela pessoa jurídica? Isso é muito diferente." (entrevista – informante D – MPF). O informante afirma que ajuíza tanto ações cíveis como criminais pelo MPF e enfatiza "que é muito diferente mesmo, a diferença é muito grande. Não é comparável uma situação e outra.".

31. "Uma incapacidade em estabelecer a intenção criminal também é uma das principais razões pela qual os promotores freqüentemente prosseguem ações civis em vez de acusações criminais. A duvidosa capacidade para condenar os indivíduos culpáveis e a falta de recursos necessários para uma investigação mais extensa ou completa, eles optam pela ação civil e pelo padrão menos oneroso de prova que estas respostas requerem." (Shover, 2000, p. 143).

32. "Para resumir, destes 681 casos (...) [os registros das inspeções dos nove meses anteriores], eu acredito que tenha trinta e tantas denúncias. Uma delas, o proprietário da Lima Araújo refere-se a seis inspeções. É uma técnica em matéria penal que por economia de atos processuais (...) você reúne as seis acusações em uma ação só; isto é vantajoso para quem acusa." (entrevista – informante D – MPF). Ou seja, daqueles 681 casos, seis viraram uma ação penal só.

fatores processuais, há problemas sérios na relação jurídica entre o cível e o penal; e como vimos acima, a fiscalização (o filtro inicial) envolve várias instituições, mas é essencialmente trabalhista (cível) – vinculada ao MTE. O primeiro subfator está diretamente relacionado com isso, em resumo: o registro do auditor fiscal por vezes não é válido[33] e do policial federal em geral não é adequado, ficando a cargo do próprio MPF.[34] Em relação ao segundo subfator, a comuni-

33. "O relatório dos fiscais do Ministério do Trabalho (...) [fotos, depoimentos etc.], os Autos de Infração... é suficiente para instruir uma eventual denúncia criminal porque são consideradas peças de informação e serão prova documental no processo tanto da prática do crime de trabalho escravo quanto dos crimes contra a organização do trabalho." (informante E – MPF). De fato, os relatórios servem para criminar, mas, no entanto, muitas vezes a incriminação é prejudicada (vide nota 30); como salienta "D":

"Então o auditor fiscal do trabalho, ele é um técnico que vai produzir provas, indícios de prova que interessam para a relação de fiscalização e dentro da relação jurídico trabalhista. Ela é uma pessoa treinada em ler a CLT. Essa pessoa, que faz um trabalho excelente, ela não sabe lidar com esta prova para o processo penal. (...) [comenta sobre o monopólio da prova/investigação na polícia judiciária]. A prova do auditor fiscal do Grupo Móvel não serve para o processo penal. É toda uma complicação procedimental que tem sede nos princípios constitucionais do direito da ampla defesa, do contraditório e tal, que obriga o Ministério Público a ter muito cuidado no oferecimento da denúncia. Senão, acontece uma coisa que é uma conseqüência pior que o não oferecimento, que é o não recebimento da denúncia – que é um ato judicial formal que pode se entendido como uma absolvição. Então é preciso ter muito zelo, muito cuidado com a denúncia que se oferece." (entrevista – informante D – MPF)

34. "O inquérito policial instaurado pela polícia federal, ele é importante, principalmente quando ocorre prisão em flagrante daquele que esteja submetendo o trabalhador imediatamente ao trabalho escravo já que o crime é permanente. E junto com o citado relatório corrobora a denúncia [em geral o relatório atua na *criminação*, o inquérito na *incriminação*], inclusive podendo incluir outros crimes que são comuns também. Se o empregador for pessoa jurídica é também através da investigação policial em que se pode determinar, enfim, se definir quem de fato, qual representante legal daquela sociedade tinha conhecimento daquela situação. A atuação da Polícia Federal não pode de forma alguma ficar reduzida à segurança dos fiscais da equipe que se dirige ao local [o por vezes acaba ocorrendo]. (...) havendo presença de um delegado da Polícia Federal, ele deve cumprir sua função [se possível durante a inspeção porque depois 'já era, não acha ninguém']. O ideal é quem instaurou o inquérito, o presida e o relate, encaminhando para a DRPF mais próxima." (informante E – MPF).

O inquérito é, portanto, uma peça chave na incriminação, mas como coloca "D": "(...) nós estamos conseguindo colher provas, investigando pelo Ministério Público mesmo, minimamente estamos... [e a polícia neste processo] Na verdade ela não está participando. [ela está omissa] É, está omissa." (entrevista – informante D – MPF). Em outra situação, sugere uma maior capacitação de policiais federais para lidar com estes conflitos: "A nossa dificuldade no Brasil, infeliz-

cação interinstitucional, somente agora que ela passou a ser mais efetiva; antes de 2003 ela era em parte comprometida.[35]

E finalmente os *fatores de ordem prática*. Nesta categoria procurei colocar aqueles fatores que se dão na relação do jurídico com o empírico, com os elementos que circundam o evento em questão. Refiro-me, portanto, a questões como o desaparecimento dos "gatos" (que em geral são réus nestas denúncias – os fulanos "de Tal"[36]), impossibilidade de localizar testemunhas e arrolar, ex-escravos etc.[37] Durante alguns anos isso dificultou o oferecimento de denúncias e favoreceu a prescrição; hoje isso está mais ou menos resolvido, sobretudo em relação às

mente, continua sendo na aplicação da lei. Nós temos uma dificuldade tremenda disso, seja por falta de capacitação dos policiais, seja por, as vezes, insuficiência de policiais no número adequado para fazer frente a estas questões, seja por muitas vezes a morosidade entre o início de uma investigação e a sua conclusão – o que faz operar muitas vezes causa de prescrição." (informante D – MPF).

35. Ao falar sobre as poucas denúncias, "D" afirma que "a possibilidade de ajuizar ações criminais começou em março de 2003, quando nós passamos a receber esta documentação (do Grupo Executivo). Então a partir daí você pode começar a calcular a velocidade da atuação [do MPF].". E comenta a situação atual: "(...) na minha opinião, nós tivemos um incremento muito significativo, não só...: 1.º do fato que agora somos notificados regularmente [na seqüência se referiu a denúncias envolvendo políticos, nas quais o material tinha ficado 'preso' em algum lugar]; 2.º a possibilidade da gente pensar se houve em algum momento controle político das informações; 3.º, nós estamos conseguindo colher provas, investigando pelo Ministério Público mesmo..." (entrevista – informante D – MPF).

36. Um bom exemplo disso é o caso da Fazenda São Roberto, dentre os denunciados encontram-se os misteriosos: "Arnaldo de Tal", "Cleber de Tal", "Dino de Tal" e "Canetão". Basta sair de suas residências declaradas, em geral as próprias fazendas, para que nunca mais sejam localizados. Maiores detalhes em: http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/pfdc/grupos_encerrados/trab_escravo/coordenadoria/Denuncias/Para/Fazenda%20Sao%20Roberto%202002.pdf, último acesso em 03.03.2006.

37. O informante "E" ao relatar a situação na qual encontrou a procuradoria de Marabá no final dos anos 90 atribui a estes fatores um dos empecilhos em seguir o caminho da justiça criminal. "A maior parte (dos processos e inquéritos) fadados à prescrição. Por que? Eram denunciados esses gatos, que quase sempre desapareciam, normalmente não havia a presença do réu durante o curso do processo e do inquérito policial. As testemunhas, tanto na parte do inquérito quanto da ação penal, eram os próprios trabalhadores. É importante o depoimento da vítima, mas no caso do trabalho escravo, após a fiscalização com a rescisão do contrato de trabalho, eles voltam para o seu local de origem ou vão parar em outra fazenda e dificilmente eles são localizados." (informante E – MPF).

testemunhas, pois se arrolam os fiscais. Foi com este procedimento[38] que "E" conseguiu uma sentença condenatória, uma das únicas – ela foi convertida no pagamento de cestas básicas (ver nota 39 a seguir).

Enfim, iniciei abordando as práticas do MPF pelas dificuldades encontradas, problemas da ordem da *criminalização*, *criminação*, e *incriminação*. Relatadas estas questões, torna-se necessário agora abordar suas práticas, a persecução criminal, o movimento de criminação-incriminação. É claro que ao pontuar tais dificuldades de alguma forma eu já adiantei algumas destas práticas, mas é interessante abordá-las mais especificamente.

Dado o que está criminalizado, "reduzir alguém a condição análoga à de escravo" (art. 149 do Código Penal) atrelado ao aspecto "trabalho" e com pena de 2 a 8 anos, as estratégias para o ajuizamento de denúncias vão incidir basicamente em três aspectos: 1) associar o crime do art. 149 com outros crimes; 2) responsabilização dos proprietários; e 3) arrolamento de testemunhas. Obviamente estou reduzido à ação do MPF; ou seja, supõe-se que a questão da competência já esteja resolvida (na prática está, mesmo sem a posição final do STF sobre o RE 398.041) e que as demais instituições envolvidas na administração destes conflitos estejam notificando os eventos registrados ao MPF (o que desde 2003 ocorre regularmente).

Associar o crime do art. 149 com outros é até simples, já que, como anunciado acima, a redação nova superpõe o art. 149 com as condutas definidas em alguns dos artigos que enunciam os crimes contra a ordem do trabalho (em especial os arts. 197 e 207); ou seja, em si o art. 149 é associado a outros crimes. Além disso, não é difícil encontrar no evento em questão outras condutas criminàveis que não são necessariamente associadas ao trabalho, tais como: le-

38. "Aí eu denunciei quatro fazendas na época, em que em algumas eu responsabilizei o fazendeiro sozinho e em outras conjuntamente com alguns gatos, e arrolei como testemunhas os fiscais que tinham participado das operações e não mais os trabalhadores. E, com isso, em seis meses realmente houve a primeira sentença condenatória de um fazendeiro sozinho pelo crime de trabalho escravo" (informante E – MPF).

são corporal (art. 129), cárcere privado (art. 148), formação de quadrilha (art. 288), crimes ambientais diversos etc. No entanto, esta associação mais elementar do art. 149 com os chamados crimes contra a ordem do trabalho não possui utilidade alguma – já que o art. 149 absorve os demais crimes por ser considerado mais grave,[39] resta ao MPF tentar associá-lo aos demais crimes descritos, através de uma melhor investigação ou caracterização do evento[40] – o inquérito da Polícia Federal é essencial neste sentido.

A responsabilização dos proprietários tem sido bastante usada como estratégia de incriminação, sob o argumento que são os beneficiários da exploração da força de trabalho e que mantém sempre algum contato com a propriedade (visitas mensais, por exemplo) tendo, portanto algum grau de ciência do que ocorre.[41] Em geral, esta tese é bem aceita para contornar o problema dos *corporate crimes*.

E em relação às testemunhas, o já referido arrolamento dos fiscais envolvidos foi um grande fator de mudança e inclusive possibilitou a primeira e única sentença existente. O que acontecia antes era que as testemunham desapareciam

39. "Na época, o juiz federal de Marabá (...) entendeu que todos os outros crimes contra a organização do trabalho eram o meio para a prática do crime de trabalho escravo. Ele utilizou-se de um princípio penal comum na aplicação da pena e fez com que o crime de trabalho escravo absorvesse os outros crimes por ser o crime mais grave. E foi aplicada apenas a pena do crime de trabalho escravo, que é pequena, 2 anos, o fazendeiro tinha a folha de antecedentes criminais limpa, logo ele teve direito a pena alternativa." (informante E – MPF)

40. "Nós adotamos a estratégia de denunciar não mais apenas pelo crime do art. 149, mas aprofundar esta investigação e também denunciar pela prática, sobretudo, do crime de quadrilha – porque isso é o nefasto desta história." (informante D – MPF).

41. "Para o Ministério Público Federal, a princípio, o autor do crime tem sido compreendido na pessoa do empregador rural. Porque é o proprietário do imóvel rural que é responsável pelo que ocorre em seus domínios. Muitos têm plena consciência que os trabalhadores permanecem trabalhando sem receber ou recebendo parte da remuneração porque entendem que estes trabalhadores lhe devem mesmo em razão da alimentação que é contraída no local de trabalho. (...) Então a gente não pode dissociar a figura do empregador rural de sua responsabilidade criminal, mesmo quando ele se utiliza de um terceiro (...) para fraudar a legislação trabalhista e submeter seus empregados a trabalhos forçados pois toda a atividade lucrativa é dele." [Os terceiros são denunciados quando contribuem para estes crimes, sobretudos os administradores e gatos.] (informante E – MPF).

ao longo do processo e quando encontradas, muitas vezes temiam o depoimento e/ou não queriam testemunhar; isto não ocorria só por conta da outra parte envolvida ("gatos" e proprietários), mas também devido à relação que aquelas pessoas "humildes" tinham (e têm) com o judiciário.[42]

Foi através de mudanças ocorridas nos últimos anos e da utilização destas medidas em conjunto que foi possível promover estas, ainda poucas, persecuções criminais –cerca de 25 denúncias, envolvendo 116 pessoas. No entanto, vale ressaltar que "só em 1 ano foi feito o que não foi feito durante muito tempo" (informante A – MTE). Somente na atual conjuntura, política e jurídica, é que foi possível chegar ao atual estágio de administração deste conflito, utilizando-se, inclusive, dos recursos penais.

3. Hipóteses sobre o movimento de descriminalização

Na seção anterior, observamos de forma inventariada as diferentes maneiras de se administrar normativamente o ilegalismo de trabalho escravo, apresentando dados que ajudam a visualizar distorções no tipo de tratamento dentro e entre os diferentes sistemas normativos. O que chamo de *movimento de descriminalização* é o conjunto de dificuldades e impedimentos existentes na aplicação da lei penal que impulsionam e propiciam a administração do conflito em outras vias de resolução que não a penal. O *movimento de descriminalização* engloba tanto a *criminalização* como a *criminação* e a *incriminação*; aliás, trata-se

42. "Ninguém melhor do que os próprios fiscais para esclarecer ao juiz da causa como aqueles trabalhadores estão sendo enganados naquele caso concreto, quais os direitos deles que estão sendo desrespeitados, e eles se encontram também menos sujeitos a serem desmoralizados pelos advogados da defesa (...). Os fiscais estão melhor preparados para este confronto." (informante E – MPF). A tese de Ricardo Rezende Figueira, recentemente publicada (2004), é bastante elucidativa neste sentido ao abordar a questão da escravidão por dívida. O trabalhador pode não se perceber na condição de escravo, ele não pode sair porque tem uma dívida e ela deve ser honrada. Os informantes "E" e "B" comentaram esta situação, falando que os advogados de defesa usavam o argumento da dívida para, de certa forma, coagir os trabalhadores a negarem a situação escravista.

muito mais de um movimento de não criminar-incriminar, pois apesar de ocorrer no caso estudado, a incidência direta na norma (diminuir o espectro da lei) é algo raro.

Estes movimentos de descriminalização só são possíveis na gestão dos conflitos atrelados aos chamados *ilegalismos privilegiados*, conceito que Acosta define da seguinte maneira:

"Chamo de ilegalismos privilegiados ao conjunto de qualificações jurídicas aplicáveis às situações conflituosas, por vezes muito diversas, que apresentam as três características seguintes:

i) no plano *jurídico*: a apreensão dos conflitos pode ser feita à luz de diferentes sistemas normativos, notadamente o direito civil e, muito particularmente, o direito administrativo, além do Direito Penal. É, portanto da natureza desses ilegalismos, como já sugeri em outros termos, poderem inserir-se em mais de um registro jurídico de cada vez, sendo assim passíveis de mais de um tipo de qualificação à luz do direito positivo.

ii) no plano dos eventos: os eventos constitutivos dessas situações conflituosas guardam uma indiscutível homologia com aqueles cuja qualificação jurídica e eventual resolução são de competência exclusiva do direito penal. (...).

iii) no plano das práticas de resolução dos conflitos: as situações conflituosas dispõe, em princípio de um amplo leque de modos de resolução (acordos amigáveis advertências, sanções disciplinares, multas administrativas, reparações cíveis, sanções penais de caráter simbólico, etc.). A utilização efetiva de um modo de resolução de conflito e não de outro depende de diversos fatores que variam consideravelmente em função do tipo de situação em jogo e do contexto no qual elas se produzem (...). É essencialmente em razão dessa ampla disponibilidade de modos de resolução e, igualmente, da extrema complexidade que parece caracterizar a dinâmica de sua operação que eu qualifico de privilegiados os ilegalismos em questão." (Acosta, 2005, p.71)

É de fato disso que estamos lidando neste trabalho. Só é passível de um movimento de descriminalização aquilo que está colocado polissemicamente no ordenamento jurídico.

A racionalidade que em parte orienta este movimento está dada logo na introdução deste trabalho e ratificada na seção sobre as formas de lidar com o conflito. O Plano é de Erradicação do Trabalho Escravo, isto é muito significativo, ainda mais quando se percebe ou se afirma que é para erradicar logo – dentro de quatro anos preferivelmente. Erradicar em pouco tempo é algo inviável de ser realizado em um sistema normativo criminal, sobretudo quando o ilegalismo em questão é percebido pelos atores responsáveis por administrar o conflito como uma atividade que visa uma maior lucratividade e que só se realiza porque o Estado se encontra ausente no *locus* dos eventos.

O discurso que surge entre os atores é o do crime como uma oportunidade: comete-se o crime porque existe facilidade de se obter mão-de-obra escrava, os fatores de risco são baixos e as benesses são altas; e tudo isso é associado à ausência do Estado.[43] Então como se erradica isso? Parece receita de bolo: a fórmula mágica é levar o Estado de maneira preventiva e normativa ao *locus*, a fim de se diminuir a facilidade de se obter a mão-de-obra (programas sociais em geral) e aumentar os fatores de risco (maior fiscalização e sanções que visam inviabilizar esta atividade econômica), colocando em cheque as possíveis benesses que passam a não compensar os riscos em jogo. A racionalidade é toda econômica, os

43. "Longe dos centros urbanos muitos proprietários rurais apostam na ineficiente fiscalização da administração pública e disso se aproveitam." (informante E – MPF); ou ainda: "(...) muitos deles são reincidentes de dez vezes, de nove vezes, de oito vezes, sete vezes, são pessoas que têm fazendas modelos perto das grandes cidades do sul do Pará, tem pista de pouso em sua fazenda, que recebem políticos, promovem grandes festas. Mas lá em São Félix do Xingu eles têm fazenda com trabalho escravo, aproveitando a ausência do Estado, aproveitando a ausência das instituições republicanas, (que na verdade é disso que se trata). O trabalho escravo é fruto da ausência das instituições do Estado, do Estado de Direito, são pessoas que se aproveitam da ausência do Estado de Direito. Portanto, para combater de uma forma definitiva e consistente, é preciso levar as instituições republicanas a todos os lugares, sobretudo a estes, onde é praticado o trabalho escravo." (Min. Nilmário Miranda, *idem*, *ibidem*).

atores do Estado supõem (e, com isso, assumem a postura de) que o crime é praticado dentro da lógica da escolha racional (com fins essencialmente econômicos); a partir daí a administração do conflito é regida pelos mesmos parâmetros.

E isso funciona? Sim, funciona, mesmo sem criminar-incriminar. Aliás, como já vimos, a administração da justiça criminal é, hoje, praticamente incapaz de elevar os fatores de risco.[44] A força do Penal, enquanto um sistema normativo que aumenta o risco para os infratores, é fundada nos princípios da vigilância e da possibilidade de punição (inclui-se aqui, é claro, a estigmatização decorrente da própria entrada no Penal). Nestes dois quesitos a justiça criminal perde em eficiência quando comparado com a atuação da SIT/MTE, o impacto da presença dos auditores fiscais e da lista suja é muito maior. Se os objetivos são ações imediatas e erradicação do trabalho escravo a curto e médio prazo, a saída possível é o movimento de descriminalização mesmo – os outros sistemas normativos são muito mais eficientes para administrar este conflito do que a justiça criminal.

E não se trata aqui de propor o aumento da pena, pois a pena, em si, é um dos fatores que menos influi no ajuizamento de denúncias e nas condenações criminais. Isto sem contar que o aprisionamento não significa um maior controle e quanto mais o aumento dos fatores de risco. Da mesma forma, aumentar o efetivo policial também parece não suscitar tantos efeitos, uma vez que até o momento a polícia federal cumpre mais uma função de escolta dos seus parceiros de Grupo Móvel do que suas atribuições judiciárias. O problema não é a pena e/ou o efetivo, mas o Penal: a sua falência enquanto instrumento de administração de conflitos e de controle social, sobretudo para o caso estudado.

44. A única sentença obtida só aconteceu porque o fazendeiro aceitou a pena alternativa (pagamento de cestas básicas) e não recorreu; o MPF também aceitou porque temia a mudança da sentença no Tribunal. Depois ele foi reincidente e condenado a 4 anos em primeira instância; recorreu e o Tribunal mudou a sentença por questões de competência; o MPF recorreu e hoje o caso está no Supremo (trata-se exatamente do já referido RE 398.041) – dados do informante "E", MPF, participante do processo inicial. Isso sem contar tudo o que fora descrito na seção sobre "a criminação-incriminação através do art. 149"; a pena baixa é o de menos, há inúmeros outros fatores.

Estas considerações suscitam uma outra questão, que diz respeito à disposição de diferentes sistemas normativos de controle social em nossa sociedade e aponta para dilemas dos direitos de cidadania, ordem pública e acesso à justiça no Brasil. Os dados da pesquisa não se reduzem à temática do trabalho escravo e da impunidade penal. Se por um lado às ações das instituições jurídico-políticas sobre o mercado permitem pensar alternativas civilizatórias em tempos de Estado mínimo, por outro lado o movimento de descriminalização revele uma certa expansão da lógica penal para outros sistemas normativos.

Controle social e punição são coisas distintas, apesar de, geralmente, serem pensados em conjunto. A idéia de controle social, e ordem, é essencial para as sociedades modernas. Ela tem a ver com a civilidade e com a continuidade da vida social, seja através da domesticação dos corpos, do asceticismo, da introjeção da norma, do autocontrole etc. As instituições de controle estão presentes de forma variada nas sociedades modernas e nem sempre elas são jurídicas – vide a escola, hospitais etc. Aliás, em geral a atuação dos sistemas normativos como forma de controle social fogem à regra. Eles são mobilizados em momentos de ausência de autocontrole ou para garantir, através da explicitação de regras, a continuidade de um dado padrão de civilidade.

O Direito Penal, em tese, atua com um sistema de controle de maior exceção ainda, até mesmo devido aos seus excessos. Ele é acionado quando os outros sistemas normativos e instituições disciplinares não funcionaram, o que é incomum, a sua justificativa é uma disciplinarização mais radical, ou o seqüestro dos desviantes (e/ou dos indesejados). No entanto, o fato dele ser um instrumento de controle para situações de exceção, não impede que na prática ele esteja disponível, quase que exclusivamente como regra, para parcelas determinadas da população e com uma lógica simplesmente punitiva. Muitas vezes é o único sistema normativo disponível, ele nem sequer controla ou disciplina. A preocupação já não é mais a da manutenção de uma pretensa ordem jurídica, mas de uma estratégia de contenção de demandas sociais, onde se limita o acesso aos bens

jurídicos; a lógica que impera não é a do (auto)controle, e sim a da punição, da limpeza, da exclusão (Cohen, 1985; Young, 1999; Wacquant, 2001).

Uma derivação da questão geral colocada "como estão dispostos os diferentes sistemas normativos de controle social em nossa sociedade?" para a especificidade deste estudo seria a indagação: por que os outros sistemas normativos funcionam e a justiça criminal não? Ora, o que procurei argumentar ao longo deste trabalho é que na própria justiça criminal estão as condições de possibilidade da impunidade, nela mesma (no Código Penal, no Código de Processo Penal e em outras especificidades do campo) se encontra a sua impossibilidade de administrar uma série de conflitos ligados aos ilegalismos das elites, à criminalidade dos poderosos.

Em uma tradição onde a efetividade dos direitos civis é problemática, e a justiça criminal possui dificuldades concretas em disciplinar e exercer controle, o movimento de descriminalização pode se apresentar como uma estratégia eficaz não só de administração de conflitos, mas também de acesso à justiça, incorporando parcelas da população que em geral estão restritas a normas punitivas que não educam em prol de um autocontrole. O acesso à justiça no Brasil é desigual não por *bruxaria*, uma fatalidade do destino ou coisa parecida, mas porque historicamente as relações entre Estado e jurisdicionados se constituíram desta maneira.[45] No mesmo sentido, alguns aspectos culturais também devem ser destacados; sobretudo, no que tange às concepções de subjetividade e de ordem pública envolvidas.[46]

O tratamento jurídico dado ao trabalho escravo e as formas cíveis de controle social em jogo não são descoladas da realidade e nem se encontram em um vazio sociológico. A exposição de alguns destes aspectos histórico-culturais po-

45. Como podemos perceber nos estudos de José Murilo de Carvalho (2002), Wanderley Guilherme dos Santos (1979), Maria Stella Amorim (2003), Stuart B. Schwartz (1979) e outros sobre a constituição do Estado brasileiro e heranças ainda presentes de uma ordem imperial.

46. Roberto Da Matta (1985, 1990), Louis Dumont (1993, 1997, 2000) e Roberto Kant de Lima (1999, 2000, 2004).

dem tanto fornecer subsídios para um melhor o entendimento desta múltipla disponibilidade de instrumentos normativos que alguns tipos penais possuem,[47] como potencializar a discussão em torno do movimento de descriminalização como forma de controle e de direito à justiça.[48] Este argumento é desenvolvido em duas partes: primeiro, do ponto de vista sócio-antropológico, ele se fundamenta nas subjetividades em jogo no par indivíduo/pessoa e nas concepções de ordem pública daí derivadas; e segundo, do ponto de vista histórico, ele remete à historicidade dos direitos de cidadania e à constituição de uma cultura jurídica punitiva de base não republicana no Brasil.

O indivíduo possui um conjunto de características e valores derivados de um processo histórico-cultural atrelado ao desenvolvimento do modelo burguês de sociedade. O ator social enquanto agente reflexivo e dotado de direitos é fruto desta tradição que segue os ditames do liberalismo político e econômico. Não pretendo fornecer de forma específica uma definição de indivíduo, mas apenas reafirmar algumas idéias gerais: um ente único e diverso, particular e universal, ao mesmo tempo diferente e igual, um ente dotado de direitos e de poder (capacidade de intervenção na realidade), de uma consciência individual, e que é centro e foco do universo social.

A idéia de pessoa não só desequalisa, mas hierarquiza ao colocar, de maneira segmentada, o complementar preso à totalidade social. O não indivíduo,

47. Em geral este "privilégio" se concentra nos tipos que processa em contextos pessoais e associados a uma criminalidade não-violenta. Estes crimes são mais elaborados e necessitam de condições de possibilidade que vão além do o uso da força. Eles mobilizam determinados recursos que não são disponíveis para as camadas populares, e, por isso, se concentram nas classes mais altas.

48. Trabalho esta noção a partir das considerações clássicas de Thomas Humphrey Marshall sobre cidadania: "(...) pretendo dividir o conceito de cidadania em três partes. (...). Chamarei estas três partes, ou elementos, de civil, política e social. O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito a propriedade e de concluir contratos válidos e o direito a justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça." (Marshall, 1967, p. 63-64)

pensado em termos de pessoa, pode variar tanto para cima, como para baixo do igualitário. Sua inserção na ordem social pode ser dar por baixo ou por cima da regra geral, a lei, que se supõe ser válida universalmente para todos aqueles considerados iguais. Estas noções, indivíduo e pessoa, são concomitantes e de certa forma antagônicas. Em geral, elas possuem espaços distintos de operacionalidade em uma dada sociedade; e que são explícitos (por exemplo: o público e o privado, o doméstico e o impessoal etc.). As regras são dadas, sabemos como operar nestes diferentes espaços. O problema se dá quando estas noções se superpõem no espaço público de uma forma não explícita, ou melhor, quando se explicita uma delas como regra e se opera com ambas.

O modelo de ordem burguesa, que Dumont denomina estratificação e Kant de Lima de hierarquias includentes, trabalha com uma idéia de diferença associada à igualdade (indivíduo). A desigualdade se dá no mercado, ela não está posta do ponto de vista nominal, jurídico, mas se manifesta a partir da ação individual no mercado. Neste sentido, um modelo holístico na civilização ocidental é um retrocesso, dada sua concepção de ordem pautada em uma hierarquia estamental de parâmetros análogos aos do Antigo Regime. A desigualdade jurídica limita, por definição, a capacidade de ação de indivíduo no mercado, uns podem mais do que outros. Esta concepção de hierarquia excludente de forma alguma equaliza o mercado e acaba reproduzindo desigualdades para além das do mercado – não se trata de mais de classe social, uma hierarquia dinâmica, e sim de *status*. Os ilegalismos associados ao escravismo não são cometidos por elites, e sim por aristocracias.

A superposição dos modelos hierárquico e igualitário no espaço público proposta por Da Matta, e de uma maneira mais elaborada para o campo jurídico, por Kant de Lima[49] relaciona-se diretamente à historicidade da cidadania uma

49. "Em uma dessas concepções de ordem – a das hierarquias excludentes –, a idéia de conflito aparece, em primeiro lugar, como desarrumação da ordem, como um princípio de desordem, que

vez que apontam para dilemas na superação de uma concepção de ordem típica do Antigo Regime e na efetividade de instituições jurídicas republicanas.

Para Marshall a cidadania plena deve ser entendida como uma totalidade composta por três elementos: direitos civis, políticos e sociais,[50] mesmo que nem sempre eles estejam presentes e/ou disponíveis em sua plenitude. Em seu entendimento há uma seqüência lógica entre tais elementos e que para o caso por ele estudado, a Inglaterra, também é histórica.[51] A lógica da seqüência: civil, político e social, está fundada em dois princípios. Primeiro, nas condições de possibilidade destes direitos e sua complementaridade ao se trabalhar em uma perspectiva individual. Faz sentido em primeiro se conquistar os direitos civis para se ter garantias frente ao Estado e poder lutar por direitos políticos, que

põe em risco a totalidade da estrutura social. Esta é concebida aqui como um sólido edifício de arcabouço previamente dado, como um rol de componentes diferentes e desiguais, mas fixos e complementares. A diferença é associada à idéia de posições existentes na estrutura social, que são "natural" e inevitavelmente desiguais: essa estrutura, para ser mantida, depende da manutenção de tal desigualdade, da mesma relação entre os elementos diferentes desiguais. A resolução do conflito não é a solução das desigualdades que incomodam, mas a sua manutenção, ordenadamente. A idéia de igualdade é associada à semelhança dos pares; a de diferença, à de desigualdade substantiva entre as pessoas. A formula para administrar o conflito é ou a conciliação ou a punição das partes nele envolvidas.

Em uma outra – a das hierarquias includentes –, o significado do conflito, ao contrário, é o de pressuposto necessário para a ordem social. A sociedade se imagina como constituída de elementos substancialmente diferentes, mas formalmente iguais e, portanto, opostos, móveis e intercambiáveis em inúmeras combinações possíveis: os chamados 'indivíduos' (*individuals*). Dessa forma, os conflitos de interesses são absolutamente inevitáveis, quase naturais. A resolução dos conflitos é a construção de uma nova ordem que elimina as desigualdades, mantendo as diferenças. A diferença, aqui, é associada à idéia de igualdade formal, ao direito de ser diferente." (Kant de Lima, 2000, p. 117)

50. E ele continua: "Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido de autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O elemento social se refere a tudo que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, da herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais." (Marshall, 1967, pp. 63-64).

51. Marshall não afirma que tal seqüência é lógica e histórica, sugerindo um certo evolucionismo. Ele explica porque ela é lógica e que para a Inglaterra ela também é histórica.

permite a prática necessária para a concretização dos direitos sociais. E, segundo, no próprio processo histórico de superação do Antigo Regime por uma ordem republicana (e burguesa).

Estas considerações são importantes porque é exatamente o ponto enfatizado por historiadores e brasilianistas: tais direitos se constituíram historicamente de uma maneira diferente, o que resulta em um modelo de cidadania que não opera na mesma lógica. Aliás, o que nossa historiografia nos mostra é que aqui o movimento foi completamente outro:

"Aqui não se aplica o modelo inglês. Ele nos serve apenas para comparar por contraste. Para dizer logo, houve no Brasil pelo menos duas diferenças importantes. A primeira refere-se à maior ênfase em um dos direitos, o social, em relação aos outros. A segunda refere-se à alteração na seqüência em que os direitos foram adquiridos: entre nós o social precedeu os outros. Como havia lógica na seqüência inglesa, uma alteração dessa lógica afeta a natureza da cidadania. Quando falamos de um cidadão inglês, ou norte-americano, e de um cidadão brasileiro, não estamos falando exatamente da mesma coisa." (Carvalho, 2002, pp. 12-13)

A cultura jurídica no Brasil se formou e se desenvolveu a partir de um contexto de desigualdade para além do mercado, de hierarquias excludentes, onde foi o Estado quem sempre definiu aqueles que tinham ou não direitos e quais direitos. E mais do que isso, valendo-se de direitos punitivos e do uso desmedido da força como instrumento de controle social. Uma das primeiras legislações do Brasil foi o Código Penal do Império,[52] ao passo que o nosso primeiro Código Civil só viria em meados da República Velha. Conforme salienta Amorim:

"A construção da cidadania brasileira não se fez com direitos tipicamente protetivos, consagrados no modelo de Estado de Direito instituído a partir do

52. "A preocupação dos legisladores elegia mecanismos penalizadores destinados a uma massa inculta e escrava ou de brancos pobres, a quem o direito deveria legar mais punição do que proteção, segundo os valores oligárquicos predominantes." (Amorim, 2003, p. 212)

século XVIII, mas com direitos punitivos, penais, que abrigam privilégios como a prisão especial e regalias para pessoas que exercem cargos públicos, a quem era, conferidos foros especiais. (...). Ora, se nossos primeiros estatutos legais têm feição punitiva, se preocupam de início com aspectos criminais, é compreensível que a cultura jurídica nacional descarte valores relativos à cidadania, expressos inicialmente em direitos civis iguais para todos e essencialmente protetivos do cidadão, tal como integram o paradigma do Estado de Direito oriundo do século XVIII.

Com razão, alguns de nossos estudiosos apontam no Brasil, a presença de um Estado patrimonialista, situação própria de uma sociedade marcada por privilégios estruturados em desigualdades jurídicas, como as existentes no Antigo Regime europeu (...)." (Amorim, 2003, p. 212-213)

O acesso à justiça pressupõe um direito à justiça, este pressupõe o elemento civil da cidadania (e respectivas instituições), que por sua vez é impensável sem a idéia de indivíduo. Acesso à justiça não é apenas a resolução do litígio, mas a administração do conflito em instituição jurídica, reconhecida pela coletividade, sendo as partes envolvidas iguais enquanto entes dotados de direito. A lei republicana vale para iguais, ela vale para os indivíduos. A nossa tradição histórico-cultural deixou traços que ainda se fazem presentes nos dias de hoje. A oscilação entre indivíduo e pessoa no espaço público, e a superposição de concepções de ordem públicas paradoxais, são alguns deles. E configuram uma real possibilidade da utilização de vias para-jurídicas de administração de conflitos (percebidas como legítimas), da inserção diferenciada no conjunto de sistemas normativos presentes no ordenamento jurídico, e em alguns casos no uso personalizado da regra da lei (seja sob a ótica da punição ou através da reificação de privilégios) – até mesmo porque eles encontram guarida em normas, procedimentos e práticas jurídicas atuais.

A desigualdade de tratamento dado aos conflitos rurais hoje no Brasil – onde temos situações nas quais os proprietários de terra, em geral, não são

criminados-incriminados por cometerem certos ilegalismos privilegiados e certos movimentos sociais (o MST, por exemplo) o são, por danos (e formação de quadrilha), quando da ocupação de propriedades alheias –, revelam a insuficiência dialógica do presente modelo. Uma igualdade não punitiva é muito mais preferível ao seu outro lado punitivo perverso, com sua bizarra ilusão de pacifismo. Gestão violenta e aprisionamento não irão resolver um problema, nem o outro; e muito menos "levar paz ao campo".

Não quero de forma nenhuma propor aqui uma espécie de igualdade punitiva, algo como um "Estado Penal" (Wacquant: 2001) mais igualitário. Muito pelo contrário, pois uma das coisas que procuro mostrar neste estudo é o fato de que as estratégias de controle social dos sistemas normativos cíveis são mais eficientes do que o criminal, pelo menos para o ilegalismo em questão. Se esse raciocínio pode vir a ser estendido a outros crimes é uma outra questão; porém, certamente, há formas mais eficazes de se gerir democraticamente os conflitos no espaço público do que a solução penal geralmente adotada.

Isto não quer dizer necessariamente que os sistemas cíveis trabalhem numa lógica mais igualitária, não punitiva, centrada do indivíduo ou coisa do gênero. A idéia que se apresenta é que quanto mais opções de entrada nas instituições jurídicas melhor, a capacidade de realização de escolhas faz parte do exercício da cidadania. No entanto, isso possui um outro lado mais nefasto, pois quando esta pluralidade de opções é operada a partir de uma lógica punitiva e excludente o que ocorre na prática é a penalização de outros sistemas normativos, em especial o Administrativo. O que seria uma situação de ampliação do direito à justiça pode ser acionado pelo Estado sob uma forma de controle punitivo sem as mesmas garantias processuais penais. A administração de conflitos relacionados à imigração ilegal e comércio ambulante são dois exemplos bem claros disso. E de certa forma, podemos considerar que a "Lista Suja" tem operado um pouco neste sentido – busca-se uma punição administrativa com objetivo de dissuadir outros proprietários.

A repressão não é a única forma de controle social possível. Do mesmo modo, nenhuma concepção de cidadania se sustenta em um contexto onde a solução penal é a forma de acesso à justiça de uma boa parte da população, quiçá a maior. Para além do movimento de criminalização de condutas, o movimento de descriminalização pode ser muito mais propício a ser utilizado como uma estratégia de controle de ilegalismos, sejam eles privilegiados ou não. A disponibilidade de normas não punitivas são mais suscetíveis ao aprendizado, e, com isso, permite uma maior possibilidade de adesão por parte dos jurisdicionados. Neste sentido, a existência de opções ao penal previne, ao contrário do que pregam as correntes hegemônicas da área de segurança pública e controle social, uma vez que promove civilidade via normalização e autocontrole.

4. Bibliografia

ACOSTA, Fernando. "A propos des ellégalismes privilégies", *Criminologie*, XX, I: 7-13, 1988.

_____. "Os ilegalismos privilegiados"; in: *Antropolítica*, n. 16, p. 65-98, 2005.

AMORIM, Maria Stella de. "Cidadania e jurisdição de direitos nos Juizados Especiais Criminais", in: AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto & BURGOS, Marcelo Baumman (Orgs.). *Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*: ensaios interdisciplinares. Niterói: Intertexto, 2003. (p. 205-229)

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. "Considerações sobre a interpretação jurídico-penal em matéria de escravidão"; in: *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 14, n. 38, p. 51-65, 2000.

COHEN, Stanley. *Visions of Social Control:* Crime, Punishment and Classification. Cambridge: Polity Press, 1985.

DA MATTA, Roberto. "Cidadania: a questão da cidadania num universo relacional", in: *A casa & a Rua*: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1985. (p. 55-80)

_____. "Você sabe com quem está falando? Um ensaio sobre a distinção entre indivíduo e pessoa no Brasil", in: *Carnavais, Malandros e Heróis*: para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1990. (p. 146-204)

DUMONT, Louis. *O individualismo*: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

_____. *Homo hierarchicus*: O sistema de castas e suas implicações. São Paulo: USP, 1997.

_____. *Homo aequalis*: gênese e plenitude da ideologia econômica. Bauru, SP: EDUSC, 2000.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. *Pisando fora da própria sombra*: a escravidão por dívida no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

KANT DE LIMA, Roberto. "Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público", in: *Revista de Sociologia e Política*, n. 13, Dossiê Cidadania e Violência, Nov., p. 51-58, 1999.

_____. "*Carnavais, malandros e heróis*: o dilema brasileiro do espaço público", in: GOMES, Laura Graziela, BARBOSA, Lívia & DRUMMOND, José Augusto (Orgs.). *O Brasil não é para principiantes*: Carnavais, Malandros e Heróis, 20 anos depois. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

_____. "Tradição inquisitorial no Brasil contemporâneo: a busca da 'verdade real'"; in: *XXII Simpósio Nacional da ANPUH*, João Pessoa, 2003.

_____. "Os cruéis modelos jurídicos de controle social"; in: *Revista Insight Inteligência*. São Paulo: abril/maio/junho, p. 131-147, 2004.

MAUSS, Marcel. "Uma Categoria do Espírito Humano: A Noção de Pessoa, A noção do Eu". *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: Pedagógica e Universitária, USP, 1974.

MARSHALL, Thomas Humprey. "Cidadania e classe social". *Cidadania, classe social e status* Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

_____. "Sobre a construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação", (s/n), 2004; disponível em: http://www.necvu.ifcs.ufrj.br/arquivos/Sobre a construção social do crime no Bra[1].pdf, último acesso em 03.03.2006.

RUGGIERO, Vincenzo. *Organized and Corporate Crime in Europe:* Offers that can't be refused. London: Dartmouth, 1996.

_____. "Trafficking in Human Beings: Slaves in Contemporary Europe"; in: *International Journal of the Sociology of Law*, v. 25, p. 231–244, 1997.

_____. *Crime and Markets:* Essays in Anti-Criminology. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. (ed.). *Is White-Collar Crime Organised Crime?*, Special issue of *Crime, Law and Social Change*, v. 37. n. 3, p. 177-307, 2002.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça*: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial.* São Paulo: Perspectiva, 1979.

SHAPIRO, Susan P. "The Road not Taken: The Elusive Path to Criminal Prosecution for White-Collar Offenders"; in: *Law & Society Review*, v. 19, n. 2, p. 179-218, 1985.

SHOVER, Neal. "White-Collar Crime", in: TONRY, Michael (ed.). *The Handbook of Crime and Punishment.* New York: Oxford University Press, 2000.

SUTHERLAND, Edwin H. "White-Collar Criminality"; in: *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, Feb., p. 1-12, 1940.

_____. "Crime and Business"; in: *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, v. 217, Crime in the United States, Sep., p. 112-118, 1941.

_____. "Is 'White-Collar Crime' Crime?"; in: *American Sociological Review*, v. 10, n. 2, 1944 Annual Meeting Papers, Apr., p. 132-139, 1945.

_____. *White-Collar Crime*: The Uncut Version. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1985. (original de 1949)

VELLOSO, João Gustavo Vieira. *Crime, mercado e controle social de elites:* sobre o tratamento jurídico dado ao trabalho escravo. Dissertação de Mestrado, UFF/ Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. Niterói, 2005.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da miséria.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

YOUNG, Jock. *The Exclusive Society*: social exclusion, crime, and difference in late modernity. London: Sage, 1999.

As lesões corporais (e a morte) no desporto*

Manuel da Costa Andrade
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Deputado no Parlamento Nacional durante vinte anos.

Sumário: I. Introdução – II. O desporto e a relativização – fáctica e normativa – do Direito Penal – III. Desporto e sociedade. A lição da sociologia – IV. Uma via indutiva de aproximação: a partir das soluções prático-jurídicas – V. Vias de enquadramento dogmático.

I. Introdução

1. O tema das reflexões que me proponho deixar lavradas neste *Liber Discipulorum* foi-me em grande medida imposto. Na sua origem a recordação de uma tarde feliz de Outono (1990) em que fui chamado à Sala Grande dos Actos para defender a minha dissertação de doutoramento face ao escrutínio crítico de Figueiredo Dias, meu mestre e orientador. Naquele acto ritualizado, que pensava ser o último gesto formal de discípulo, foram justamente os problemas jurídico-criminais suscitados pelas lesões no desporto que motivaram as mais vivas discussões. Ao responder à chamada e marcar presença neste reencontro à volta do mestre, senti-me irresistivelmente atraído pela vontade de, voltando ao mesmo tema, reviver a mesma experiência de concordar/discordando – a única experiência possível na paradigmática relação de mestre-discípulo que Figuei-

* Publicado em COSTA ANDRADE, Manuel da et alii (Org.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 675-720.

redo Dias sempre cultivou. Foi por isso que voltei. E ao fazê-lo senti, encantado, que nunca tinha partido. E que, ao contrário de Eugénio de Andrade, eu nunca pudera nem quisera dizer: "Boa noite. Eu vou com as aves".

2. Este retorno aos problemas jurídico-criminais suscitados pelas lesões ocorridas no domínio das práticas desportivas é animado pela ambição de tentar ir um pouco mais longe. Naquele primeiro momento prevaleciam os limites impostos pelo "interesse cognitivo" que animava uma investigação directamente votada ao estatuto dogmático e à disciplina normativa do *consentimento.* Tratava-se apenas de questionar as virtualidades daquela dirimente geral para assegurar o adequado enquadramento doutrinal e normativo aos atentados à integridade física e à vida sofridos pelos desportistas. Na certeza de que a resposta negativa àquela questão representava o fim do caminho, já que ela não nos tornava devedores de uma via alternativa de superação dos problemas em aberto.

O nosso horizonte problemático é agora mais alargado. Pretendemos naturalmente submeter a novo exame crítico e a comprovação a tese anteriormente sustentada. E segundo a qual: *nem o regime do consentimento se ajusta ao desporto, nem o desporto é compatível com o regime do consentimento.* Em termos tais que as tentativas de recondução das ofensas corporais à figura e ao regime do consentimento estavam condenadas a desembocar num inultrapassável *Holzweg* doutrinal, normativo e pragmático. É que tal só seria possível: ou subvertendo o regime, o sentido e a teleologia do consentimento, invocando-o para dar nome a soluções normativas que não radicam na autonomia individual, a matriz do consentimento; ou, em alternativa – e a pretender manter-se a fidelidade ao núcleo eidéctico do sentido e do regime do consentimento – inviabilizando e paralisando praticamente todas as modalidades desportivas. De forma sintética, aquela solução "ou inviabilizaria a prática do desporto ou, inversamente, obrigaria a tratar como consentimento meras ficções de consentimento".[1]

1. C. ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal,* 1990, p. 320.

Para além disso e pela positiva, é nosso propósito discutir e avaliar as vias alternativas de categorização doutrinal e de disciplina jurídica. E, se tal estiver ao nosso alcance, lançar propostas para o debate. Um debate que vem ganhando novo alento. E onde – importa reconhecê-lo e sublinhá-lo – as clivagens e controvérsias no plano doutrinal têm como reverso uma progressiva convergência do lado das soluções prático-jurídicas. De qualquer forma, um debate onde as novas vozes que vêm chegando têm em comum a rejeição de princípio da tese do consentimento que, apesar de tudo, continua a fazer o seu curso invariavelmente referenciada como tendo por si o apoio maioritário da doutrina e dos tribunais.

II. O desporto e a relativização – fáctica e normativa – do Direito Penal

3. Como motivo de espanto e ponto de partida do discurso, dois enunciados de facto de sentido aparentemente divergente. Por um lado, a grande frequência com que os comportamentos criminalmente ilícitos ocorrem no campo desportivo, com níveis globais de danosidade social verdadeiramente impressionantes. Por outro lado, a extrema escassez com que estas infracções criminais são levadas às instâncias de controlo estaduais e determinam a condenação penal dos seus agentes.

Recorda-se, à partida, que o desporto está exposto às manifestações mais diversificadas de criminalidade.[2] A começar pelos *crimes patrimoniais*. Citem-se, por exemplo, os crimes de Abuso *de confiança* e mesmo de *Peculato* bem como o crime de *Infidelidade* de que os clubes e as organizações desportivas, em geral, são vítimas. Ou o crime de *Dano*, sob a forma, *v. g.*, de danificação de instalações

2. Para uma referência mais aturada à fenomenologia da *Sportkriminalität*, F. C. SCHRÖDER, "Sport und Strafrecht", in: F. C. SCHRÖDER/H. KAUFMANN (Herausg.), *Sport und Recht*, 1972, pp. 21 ss., e *passim*; A. ESER, "Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesonderen des Fussballspielers" *JZ* 1978, pp. 368 ss.; H. ZIPF, *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, 1970, pp. 85 ss.

desportivas, por vezes assumindo a expressão de violentas explosões de vandalismo. Numa área contígua à da criminalidade patrimonial podem aparecer manifestações de criminalidade económica, sob a forma, por exemplo, de *Fraude na obtenção de subsídio ou subvenção* ou de *Desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado* bem como de *criminalidade financeira* ou *fiscal,* sob a forma, por exemplo, de *Abuso de confiança (fiscal).* Frequentes outrossim os *crimes de falsificação* e particularmente a *Falsificação de documentos,* prática que na Europa ameaçou assumir proporções epidemiológicas, sobretudo por parte de atletas extracomunitários. Frequentemente mencionada e discutida tem sido também a *corrupção,* mais precisamente a chamada *corrupção no fenómeno desportivo.* Do lado dos crimes contra as pessoas não são raros crimes como a *Difamação* ou a *Injúria* (praticados, *v. g.*, contra os árbitros) ou ainda a *Participação em rixa.*

Para além disso avultam, pela sua multiplicação exponencial e pelo peso dos seus custos, as *ofensas corporais*, sem descurar mesmo os casos de *homicídio*, que não deixam de assumir números preocupantes. Possível em qualquer modalidade que implique contacto pessoal, a morte de outra pessoa ocorre privilegiadamente nos combates de boxe, cuja prática coenvolve a aplicação de golpes violentos em partes particularmente sensíveis como a cabeça ou o estômago. É o que os factos não deixam de confirmar, somando-se já por várias centenas os pugilistas que perderam a vida no rinque (sic) ou em consequência de lesões aí sofridas. Isto a partir de 1842, ano em que terá ocorrido o primeiro caso, com a morte (em N. York) do peso ligeiro irlandês Tom M. Coy. A morte de atletas também pode ser causada por *doping*, como o ilustra a morte (em 1987) da campeã Birgit Dressel.

Do lado das *ofensas corporais* seria, naturalmente, ocioso recordar tanto a sua frequência incontrolável como a danosidade social que lhes está associada. Trata-se, na verdade, de lesões que atingem cifras elevadíssimas e que deixam atrás de si um rasto de custos incalculáveis. Desde logo, custos pessoais, expres-

sos em sofrimento, em mutilações e na frustração e interrupção abrupta de carreiras, que muitas vezes se confundem com a própria razão de viver. Cálculos feitos na Suiça para o ano de 1987 indicam que os *custos directos* das lesões corporais ocorridas no desporto ascendiam a 230 milhões de francos suíços. Só as lesões ocorridas nos desportos de inverno e nos desportos com bola tiveram custos directos de 170 milhões de francos suíços.[3]

Acresce, a multiplicar o universo de infracções, a pluralidade dos seus agentes (e vítimas). Como agentes das infracções conexionadas com o desporto podem figurar, para além dos atletas, os treinadores, os médicos e massagistas, os dirigentes, os espectadores, nomeadamente os grupos organizados de apoiantes (claques), bem como os empresários que celebram negócios a montante e a jusante do espectáculo desportivo (entre outros: representantes de atletas, patrocinadores, empresas de televisão).

4. Por razões de economia e sobretudo por exigências de coerência sistemática e consistência normativa e doutrinal, importa introduzir uma importante redução da complexidade, circunscrevendo a nossa reflexão aos factos que, com alguma propriedade e com Zipf, podemos designar por *echte Sportsverletzungen*. E que, como tais, podem constituir objecto de um específico "direito penal do desporto". Isto é, um domínio onde os factos mereçam, ao menos sob certos *topoi*, um tratamento autónomo. À semelhança, por exemplo – se bem que por razões e com enquadramentos distintos – do que sucede com o direito penal médico. O que equivale a reduzir o campo de observação e análise aos casos de lesões corporais e de morte ocorridos no contexto das práticas desportivas e como consequência do seu exercício.

3. A estas somas hão-de acrescer os *custos indirectos*, correspondentes a perda de horas de trabalho, seguros, quebras de produção, etc., custos que se entende deverem calcular-se multiplicando aqueles números por 2,5. Cf. DONATSCH, "Gedanken zum strafrechtlichen Schutz des Sportlers", *SchwZIRPS* 1990, p. 401. Cálculos idênticos para a Alemanha em W SCHILD, "Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung (vorwiegend im Fussballkampfspiel)", *Jura* 1982, p. 465.

Precisando melhor e pela negativa, excluídos ficam, em primeiro lugar, os factos que mantêm uma conexão meramente exterior com o desporto, resultante da circunstância de serem praticados por ocasião ou em conexão com o desporto. E que valem aqui com os mesmos pressupostos, exigências e consequências com que valem, em geral, nos demais domínios da vida. O que manifestamente se aplica às diferentes manifestações de criminalidade *patrimonial, económica* e de *falsificação*. Por resultar claro que a circunstância de serem praticadas em conexão com eventos, organizações ou espaços desportivos, não acrescenta particularidades normativas ou doutrinais dignas de menção. Por razões de algum modo paralelas, também não curaremos expressamente da chamada *corrupção no fenómeno desportivo*, pese embora a circunstância de o seu ilícito material relevar já de valores ou interesses – poderá dizer-se de bens jurídicos – especificamente desportivos. Na mesma linha, também não trataremos expressamente dos problemas suscitados pelo *doping*. Que, embora possam também suscitar problemas de ofensas corporais ou mesmo de homicídio, postulam todavia um enquadramento significativamente diferente.

Em segundo lugar, ater-nos-emos apenas às ofensas corporais ou mortes causadas por atletas. Com a exclusão das infracções imputáveis a outros agentes desportivos: dirigentes, médicos, treinadores, massagistas ou adeptos. Como acontecerá, por manifestamente não pertencer ao "direito penal desportivo", com a morte de um espectador provocada por um foguete lançado por outro espectador. E, por maioria de razão, com as ofensas corporais ou homicídios praticados no caminho para os estádios.

Em terceiro lugar, só curaremos dos homicídios ou lesões que ocorram sob a forma de heterolesão. Com exclusão das que resultem quer de autolesão quer de autocolocação em perigo, configurando como tais factos atípicos. Como acontece com o ciclista que cai, o montanhista que se despenha ou o tenista que adquire o chamado *tennisarm*.

Por último e ainda por razões de economia e de redução da complexidade, o nosso discurso terá como pressuposto assumido um desporto exclusivamente praticado por agentes adultos e capazes. Deixando, por isso, de lado os problemas específicos suscitados pela menoridade ou incapacidade dos desportistas.

5. Mesmo atendo-nos às lesões corporais e ao homicídio de atleta por atleta, importa introduzir uma última e complementar redução da fenomenologia problemática, agora imposta pela natureza do desporto, sc. pelo seu modelo de interacção no que respeita ao envolvimento do corpo e ao contacto corporal.

Privilegiaremos para tanto uma das classificações a este propósito mais correntes e que distingue entre três grupos ou categorias.[4]

O primeiro grupo é constituído pelos desportos praticados "lado-a-lado" (*nebeneinander*) por atletas que utilizam os mesmos locais, cada um realizando separadamente a sua prestação e concorrendo ou não uns com os outros (*v. g.*, esqui, corrida de bicicletas, etc.).

No extremo oposto estão os desportos praticados por "atleta-contra-atleta" e que têm por finalidade a lesão da integridade física do adversário, uma categoria de que o *boxe* configura a expressão paradigmática.[5] Trata-se agora de desportos praticados "*gegeneinander mit Verletzungsziel*" (Dölling), em que cada praticante procura derrotar o adversário através de lesões mais ou menos profundas da sua integridade física que, em muitos casos, podem mesmo provocar a morte.

Em terceiro lugar e numa posição intermédia, estão os desportos em que não se prossegue como fim a lesão do adversário, mas em que o contacto físico –

4. Assim, por exemplo, DCSLLING, "Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrectlichen Sozialkontrolle", ZStW 1984, pp. 38 ss., ou ZIPF (como na n. 2), p. 88. Apelando para o mesmo critério, mas chegando a um espectro mais alargado de categorias, ESER (como na n. 2), p. 369, e SCHRÖDER (como na n. 2), p. 24. Não curamos aqui de uma referência exaustiva à pluralidade de critérios que, noutras direcções, chegam a outras classificações. Como a que distingue entre desporto amador e profissional; entre desporto de pura diversão e o desporto de alta competição, etc.

5. Como exemplo poderiam igualmente citar-se as chamadas *Schlägermensuren*, que correspondiam a uma tradição durante muito tempo mantida em algumas universidades alemãs.

e consequentemente as lesões corporais e eventualmente a morte – são normais e inevitáveis. Só seriam em qualquer caso evitáveis se, por exemplo e contra o sentido, o espírito e as finalidades do próprio jogo, à aproximação de um adversário, ,um futebolista renunciasse pura e simplesmente à posse da bola ou à luta pela posse da da (sic) bola.[6] Trata-se agora de desportos "*uns-contra-os-outros-com-perigo-de-lesão* (*gegeneinander mit Verletzungsgefabr*)" (Dölling), uma categoria a que pertencem – salvas excepções como o voleibol – praticamente todos os desportos com bola disputados entre equipas (futebol, rugby, hóquei, etc.).

Não são, reconhecidamente, os desportos do primeiro grupo que colocam problemas específicos ao direito penal. Para além de os atentados à integridade física e à vida (de atletas por atletas) serem aqui muito raros, a verdade é que estas modalidades desportivas não configuram, enquanto tais, instâncias particulares de legitimação das lesões daqueles bens jurídicos. Na medida em que ocorrem, elas estão sujeitas ao regime geral da lei penal. Tanto no que concerne à tipicidade, ilicitude e culpa como no que respeita às consequências jurídico-penais. Se, no último "sprint", à vista da meta, um ciclista derruba intencionalmente um concorrente para vencer a corrida que de outro modo perderia, ele responderá, nos termos gerais, por ofensas corporais.

O quadro é outro do lado de desportos como o *boxe* ou o *futebol,* modalidades a que por razões de economia nos reportaremos para significar, respectivamente, os desportos do segundo e do terceiro grupos. Desportos cujo reconhecimento e sancionamento comunitários os erigem em instâncias de legitimação ou de tolerância jurídico-penal das ofensas corporais ou mesmo do homicídio, em termos mais amplos do que em geral acontece nos demais domínios da vida social. O que equivale a afirmar que o limiar da *dignidade penal* e da *carência de tutela penal* é aqui fixado a um nível mais elevado. São, por isso, estes os

6. Cf. NIEDERMAIR, *Körperverletzung mit Einwilligung und die guten Sitten. Zum Funktionsverlust einer Generalklausel,* 1999, p. 13.

desportos que – nessa medida e ao menos na direcção das ofensas corporais e do homicídio – justificam que possa fundadamente falar-se de um *direito penal do desporto.*

6. Como ficou antecipado, a massiva expressão quantitativa das lesões corporais – bem como a ocorrência, rara, mas nem por isso negligenciável, da morte – no desporto contrasta com os números praticamente insignificantes da efectivação da correspondente responsabilidade criminal, ou, ao menos, do seu tratamento pelas instâncias formais/estaduais de controlo.

Este é, porém, um facto que, longe de representar em toda a linha uma frustração das expectativas comunitárias, é por elas, em boa parte, positivamente valorado e sancionado. É certo que também as lesões corporais no desporto provocam alarme social e reclamam uma reposta contrafáctica capaz de restabelecer a abalada paz pública. Simplesmente, a frustração sentida por milhares de espectadores no estádio e pelos milhões a que os *media* levam o evento desportivo, à vista da lesão infligida por um atleta a um adversário resulta normalmente (e inteiramente) satisfeita com a sanção desportiva, *v. g.*, um penalti ou uma expulsão. "É verdade – reconhece Kaufmann – que o espectador espera uma sanção; só que ele espera a intervenção do árbitro e não do juiz penal".[7]

Tão ostensivo desfasamento entre a "criminalidade real e oculta" e a "criminalidade oficial" poderia, numa primeira consideração das coisas, sugerir uma perturbadora ineficácia da lei penal, que deixaria praticamente de assegurar a devida protecção a bens jurídicos com a dignidade da integridade física e da vida. Lei que, noutros termos, veria a sua vigência interrompida à porta dos estádios. Uma consideração das coisas que, por sua vez, poderia induzir duas respostas alternativas, antitéticas entre si, igualmente extremadas e igualmente insustentáveis. Poderia propor-se uma via de resposta contrafáctica tentando assegurar-

7. H. KAUFMANN, "Einige Gedanken zum öffentlichen Interesse an der Uerfolgung von Körperverletzungen im Sport", *Festschrift-Kleinknecht*, 1985, p. 211.

se a eficácia generalizada e contínua às incriminações das ofensas corporais e do homicídio em relação aos factos ocorridos no desporto. Poderia, inversamente, acreditar-se que a solução estaria na direcção oposta, buscando uma reacção de índole cognitiva. Advogando-se, em conformidade, a retirada pura e simples do direito penal das práticas desportivas. E cometendo-se às regras das modalidades, aos regulamentos disciplinares e aos sistemas sancionatórios das organizações desportivas, a tutela dos bens jurídicos coenvolvidos (vida e integridade física). Esta última uma solução que sempre poderia abonar-se na circunstância de – ao contrário do que sucede *v. g.*, com o tráfego rodoviário – o desporto dispor de ordenamentos normativos e de sistemas sancionatórios próprios. A que acresceria a força não despicienda do decantado princípio de *subsidiaridade* ou *ultima ratio* do direito penal (estadual).

Só que a solução correcta não passa por nenhuma destas posições extremadas.

Em primeiro lugar, não cremos que possa fundadamente invocar-se a força normativa dos factos para, sem mais, se impor a retirada ou o silenciamento do direito penal. Este é, com efeito, um ramo de direito por natureza chamado precisamente a responder contrafacticamente à frustração de expectativas normativas a cuja validade a comunidade não pode renunciar. Seja qual for a lição emergente da *law in action* e do seu maior ou menor desfasamento face à *law in books*.

Em segundo lugar, resulta igualmente líquido que o direito penal não pode pretender valer aqui com a extensão e a continuidade com que vale nos domínios comuns da vida, em geral. O que significa que uma mais acentuada fragmentaridade do direito penal face ao desporto não tem necessariamente que levar-se à conta de frustração das expectativas comunitárias e de violação das normas penais. Ela pode, pelo contrário, corresponder à única legítima e admissível interpretação da lei.

O que verdadeiramente se passa é que a "fronteira entre as lesões corporais intoleráveis e a prática permitida do desporto também no direito penal se

situa a um nível mais elevado do que sucede na vida social, em geral".[8] Este recuo relativo do punível nas lesões ocorridas no desporto é imposto pela situação antinómica do próprio direito penal face ao desporto. Por um lado, o direito penal tem de afirmar a sua prevalência sobre os ordenamentos e os sistemas sancionatórios das organizações desportivas, assegurando a tutela dos bens jurídicos coenvolvidos. Por outro lado, porém, no cumprimento desta tarefa o direito penal não deve ir ao ponto de inviabilizar a prática do desporto, uma instituição irrenunciável da sociedade. Tudo está, assim, em definir com a clareza e o rigor possíveis a linha de separação das águas entre as lesões corporais a tolerar e aquelas que não devem escapar ao estigma da ilicitude penal e às correspondentes reacções criminais. E para além disso e complementarmente, determinar o estatuto dogmático mais adequado para enquadrar e suportar as soluções decorrentes daquela divisória.

7. Este caminho deve empreender-se tomando como referência, à partida, um dado de irrecusável fecundidade heurística. A saber: no direito penal contemporâneo são relativamente frequentes os domínios onde as incriminações da lei penal geral valem de forma reforçadamente descontínua ou fragmentária.

São domínios onde os bens jurídicos coenvolvidos estão particularmente "expostos às intempéries" e onde são tolerados – ou, ao menos, a eventual intolerabilidade não atinge o limiar do ilícito digno de pena – sacrifícios que, quando ocorrem na vida social geral, estão sob a alçada do ilícito e das reacções criminais. E isto porquanto a sua submissão à lei penal geral, sem mais, introduziria indesejáveis disfunções nos subsistemas ou instituições em causa. Acolhendo-nos à lição de Dölling: "uma vez que a sociedade moderna é diferenciada e se analisa num conjunto de sistemas parciais, basta que um comportamento se integre nos modelos normais (de acção) de uma área parcelar da sociedade juridicamente reconhecida. A adequação social pode assim pôr o direito penal geral

8. RÖSSNER, "Fahrlässiges Verhalten im Sport als Prüfstein des Fahrlässigkeitsdogmatik", *Festschrift-Hirsch*, 1999, p. 314.

em consonância com o direito de subsistemas sociais. (...) Por esta via pode assegurar-se que os tipos legais de crime, em vez de encarados como princípios jurídicos isolados, sejam interpretados na sua conexão com as normas da ordem jurídica na sua totalidade. Enquanto na vida comum só os comportamentos inteiramente inofensivos podem ser considerados socialmente adequados e como tais excluídos do âmbito dos tipos legais, nos subsistemas que exigem um mais intenso comprometimento dos bens jurídicos também lesões sensíveis dos bens jurídicos podem ser qualificadas como socialmente adequadas".[9]

É o que podemos ilustrar com a tutela penal da *honra*, que vê a sua fragmentaridade particularmente acentuada quando a lesão ocorre no contexto de determinados subsistemas ou instituições. Isto é, naquelas instituições que, para além de servirem alguns dos valores supremos da sociedade democrática e do Estado de Direito, se caracterizam outrossim pela circunstância de o seu desempenho normal só ser possível à custa da intensidade e frequência da conflitualidade com a honra.

Citem-se, por exemplo, a imprensa livre, o debate político democrático, a liberdade de criação artística e de expressão da opinião ou de crítica, a liberdade de defesa de um arguido em processo penal. Tudo instituições que pressupõem uma linguagem viva e cortante, por vezes mesmo violenta ou contundente. E que resultariam irremediavelmente paralisadas se os seus agentes vivessem permanentemente sob a ameaça de estar já com um pé na prisão ou tivessem que recorrer sistematicamente à autocensura e à passividade. Tudo apontando, assim, para que estes agentes gozem de um limiar particularmente elevado de tolerância na direcção das ofensas à honra. Não merecendo, por isso, o estigma da ilicitude penal nem as reacções criminais muitos comportamentos que seriam seguramente puníveis se praticados nos espaços normais da vida.[10] E isto sem

9. DÖLLING (como na n. 4), pp. 57 ss.

10. O que fica dito vale, noutra direcção, para os atentados à honra no contexto do que os autores alemães designam por "*engeren Familienkreis*". Também aqui o propósito de preservar a esfera

curar, por ora, de saber quando aquela tolerância se actualiza a nível do tipo ou em sede de justificação, obrigando mesmo o legislador a pôr de pé específicas causas de justificação, como a chamada *prossecução de interesses legítimos*.

O que se adianta para a *honra* pode, em geral e por identidade de razões, sustentar-se em relação a outros bens jurídicos marcados por igual e irredutível "*vinculação social*".[11] Isto é, os bens jurídicos – como a *palavra*, a *imagem*, a *privacidadelintimidade*, a *liberdade* – que à semelhança da honra, se realizam e exprimem na comunicação intersubjectiva e estão permanentemente expostos ao "contacto social". E estão, por isso, sujeitos a sacrifícios que não podem levar, só por si e invariavelmente, à punição dos agentes. Sob pena de silenciamento da comunicação entre as pessoas e de redução da sociedade a um conglomerado de mónadas tão solidárias entre si como as areias no deserto.

Poderíamos buscar uma lição de algum modo convergente no regime jurídico-penal das *intervenções médico-cirúrgicas*. Também elas configurando um subsistema social que postula uma reinterpretação do sentido e alcance do conceito de *integridade física* como bem jurídico típico. E, por vias disso, a ditar a exclusão da área de tutela típica de lesões ou invasões que noutros contextos caberia qualificar como ofensas corporais típicas.

III. Desporto e sociedade. A lição da sociologia

8. Uma adequada equacionação dos problemas jurídicos – e particularmente jurídico-criminais – enunciados reclama uma aproximação previa à própria realidade do desporto, aos seus específicos valores e sentidos e à sua relação

familiar como um espaço de conversa e diálogo livres leva à legitimação de sacrifícios mais ou menos relevantes da honra.

11. Sobre o conceito, alcance e implicações prático-jurídicas, ESER, *Wahrnehmung berechtigter Interessen ais allgemeiner Rechrfertígungsgrund*, 1969, *passim*; TH. LENCKNER, "Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein 'übergesetzlicher' Rechtfertigungsgrund?", *Gedächt nisschrift-Noll*, 1984, pp. 243 ss.; C. ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal Uma Perspectiva Jurídico-Criminal*, 1996, pp. 31 ss., e *passim*.

com o sistema social. A este propósito, não cremos que se tenham alterado significativamente os "supostos básicos subjacentes" sobre que, já em 1990, assentámos a nossa reflexão. Temos fundamentalmente em vista um conjunto de enunciados teóricos, no essencial consonantes com a lição convergente de todos quantos – *maxime* do lado da sociologia, da antropologia, da psicanálise e da teoria da cultura e da civilização – vêm pondo em evidência o significado e as funções de que o desporto pode fundadamente reivindicar-se no estádio actual da marcha da civilização. Uma imagem das coisas a que os desenvolvimentos entretanto registados apenas terão avivado os traços.

No plano estritamente fenomenológico avulta sobremaneira o que Cailat expressivamente designa por "desportivização do planeta".[12] E é assim tanto no plano individual e microssociológico como no plano macrossociológico, nacional, transnacional e mesmo planetário. Praticado pelos atletas e observado pelos espectadores, o desporto é transmitido pelos mais poderosos meios de comunicação de massas, impondo a sua presença em todos os espaços do quotidiano. Desde os círculos mais fechados da reserva familiar, aos espaços públicos e abertos, passando por espaços semi-públicos como a escola, a empresa, etc. Na vida desencantada e secularizada das nossas sociedades o desporto veio polarizar encantamentos. E ocupar uma parte significativa do espaço deixado pelo sagrado e pela religião, uma instituição e uma experiência de que o desporto, é em boa medida, sucedâneo e com a qual mantém, em qualquer caso, significativos momentos de comunicabilidade. Como Weis assinala, "a religião e o desporto são instituições que têm (em comum) momentos de acção altamente ritualizados". Como tais, "elas podem render-se nas suas funções, completar-se e sobrepor-se".[13]

12. *Apud* LEAL AMADO, *Vinculação versus Liberdade. Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo*, 2002, p. 27.

13. K. WEIS, "Sport uno Religion. Sport als soziale Institution im Dreieck zwischen Zivilreligion, Ersatzreligion uno körperlich erlebter Religion", in: J. WINKLER/K WEIS (Herausg), *Soziologie*

Por seu turno, não será arriscado acreditar que o desporto se antecipou claramente na criação de eventos e de vivências próprias do que hoje se sinaliza com o termo e o conceito de globalização. Antes da globalização económica e tecnológico-comunicacional, já o desporto – particularmente o movimento olímpico e os campeonatos mundiais de futebol – tinha convertido o planeta numa aldeia global. Isto é: tinha posto milhões de homens dispersos por todos os continentes, a viver as mesmas emoções, a partilharem os mesmos sentidos e a celebrar os mesmos valores e a mesma constelação de heróis, situados algures entre os humanos e os deuses. Uma realidade que conheceu uma expressão paradigmática na Europa do último meio século: a Europa filha da guerra e das revoluções, esquizofrénica e retalhada por cortinas de ferro e permanentemente exposta à ameaça do holocausto nuclear. De qualquer forma, uma Europa que foi encontrando no calendário das taças e dos campeonatos europeus a oportunidade para a celebração mais ou menos intuitiva, mais ou menos reflectida de uma alma (comum) que persistia una para além do corpo retalhado. Ao nível do discurso formal e das "funções manifestas", as competições europeias valiam como *topoi* privilegiados da "luta de sistemas" e, por isso, como manifestações de conflito. Mas ao nível das "funções latentes" elas exaltavam e alimentavam o comum, preservando um espaço irredutível de consenso.

Compreende-se, de resto, que seja assim. Acolhendo-nos à teoria da diferenciação social de Luhmann, o desporto configura no contexto da sociedade moderna um *subsistema autónomo.* Ele goza da autonomia que lhe advém da autorreferência de um específico "código binário", que tem como pontos polares de orientação ganhar/perder ou vitória/derrota.[14] Organizado em torno desta

des Sports, 1995, p. 127. Para uma referência mais aturada aos momentos de comunicabilidade formal, ritual e sobretudo funcional entre a religião e o desporto, por todos, WEIS, *ob. cit., passim.*

14. Sobre a teoria do "*binäre Codierung*" como critério e fundamento de autorreferência e autonomia de um subsistema, cf. de LUHMANN, sobretudo *Ökologische Kommunikation*, 1986, pp. 75 ss. Na mesma linha e especificamente para o desporto, U. SCHINIANK, "Die Autonomie des Sports in der modernen Gesellschaft", in: WINKLER/WEIS (como na n. 13), pp. 59 ss.

específica "codificação binária", o desporto opera uma decisiva redução da complexidade, tanto ao nível dos sentidos e dos valores como dos critérios e da própria linguagem. O desporto comunica a todos (praticantes, espectadores, público em geral) um sentido de objectividade, racionalidade, igualdade de oportunidades e induz um sentimento generalizado de pertença e de igualdade. "No desporto – precisa Weis – produzem-se sentidos, reduz-se a complexidade e representa-se com uma clareza única, um mundo sagrado e ideal de prestações e de recompensas. Acredita-se que aqui se cumprem integralmente os princípios da objectividade, igualdade de oportunidades, mensurabilidade, comparação, compreensão generalizada das prestações, transparência das diferenças entre prestações e consequentes classificações".[15] As práticas desportivas são marcadas pela álea quanto ao desfecho final. O que se, por um lado, empresta legitimação ao desporto,[16] por outro lado generaliza a "certeza" de que qualquer atleta, qualquer equipa pode ganhar, independentemente das condicionantes de ordem económica ou política.[17]

No desporto realiza-se assim o anti-Babel. O desporto é, na observação de Schild, "um mundo facilmente compreensível. As suas regras são claras e tor-

15. WEIS (como na n. 13), p. 130.

16. Desenvolvidamente, LUHMANN, *Legitimation durch Verfabren*, 1968, pp. 27 ss.

17. Sobre a interpenetração do desporto com outros subsistemas autónomos como a *economia* (quem tem mais dinheiro pode comprar os melhores atletas e ganhar mais vezes) ou a *política* e as virtualidades do desporto para, apesar de tudo, preservar a sua autonomia, SCHIMANK (como na n. 14), pp. 62 ss. Como já na primeira metade do século passado assinalava entre nós SILVIO LIMA, há uma grande diferença entre os jogos medievais e o desporto moderno. Os primeiros eram apenas "exercícios de nobres, para nobres e gozados por nobres". Diferentemente, o "desporto actual, contribuindo para o maior contacto e a maior penetração das *classes* sociais, apresenta-se como potente factor educativo, não só nacional como até internacional. Ainda aqui o papel democratizante e universalista do desporto é eloquentíssimo: a selecção nos jogos olímpicos opera-se entre centenas de concorrentes de várias pátrias, quer dizer, os elementos rácicos e nacionais não são distribuídos, valorativamente, como títulos positivos ou negativos". Por ser assim, os campeões "tanto podem ser portugueses como austríacos, tanto argentários como proletários, tanto budistas como católicos romanos, tanto dolicocéfalos como braquicéfalos, tanto arianos como semitas, tanto aristocratas como plebeus". SÍLVIO LIMA, *Ensaios sobre o Desporto*, 1937, pp. 10 ss.

nam o evento desportivo fácil de acompanhar, imprimindo-lhe uma transparência que o mundo do trabalho ou a vida política não podem, nem sequer aproximadamente, oferecer. A sua linguagem está circunscrita a um número muito limitado de símbolos constituindo, assim, um meio ideal de comunicação. O que explica que alguns acontecimentos desportivos sejam mais conhecidos do que os sucessos da vida política, nacional ou internacional".[18] Para além disso, os eventos desportivos respondem cabalmente às exigências e necessidades de uma sociedade "ávida de informação". Nada mais fácil de conhecer e transmitir à velocidade dos segundos do que as notícias sobre os acontecimentos desportivos, "os seus resultados, golos e pontos, os tempos e as distâncias, as classificações e as medalhas".[19]

9. A *autonomia* do desporto manifesta-se e actualiza-se *tanto na direcção do sistema social e dos seus subsistemas como na direcção dos sistemas pessoais, isto é, dos indivíduos que o suportam e, particularmente, dos praticantes.*

O desporto distribui pelos seus participantes um conjunto diferenciado de papéis, marcados pela abstracção, objectivização e generalização das expectativas (normativas). Como sucede com outras instituições, também aqui "os comportamentos estão organizados segundo papéis sociais, que os respectivos portadores sentem como uma obrigação (*Pflicht*) ou um cargo (*Amt*): desportista, treinador, preparador físico, *manager*, colaborador, amador, com um "cargo" específico nas uniões ou federações, funcionários internacionais ou presidentes de ligas desportivas ou comités olímpicos".[20]

Isto reduz grandemente as possibilidades de o indivíduo intervir "pessoalmente", concretizando sentidos e introduzindo modelos próprios de acção. Os modelos de acção, radicados nos estereótipos e nas expectativas subjectivizadas

18. W. Schild (como na n. 3), p. 471.
19. Weis (como na n. 13), p. 130.
20. *Ibidem*, p. 131.

por um quase infinito "*outro significante*", tornam-se progressivamente mais cogentes. Cada vez sobrando menos campo para as alternativas e a contingência individualmente induzidas. Como ficou anunciado, as coisas são particularmente nítidas do lado do praticante. "A sua vontade e iniciativa são secundárias. São os treinadores, a táctica, os espectadores, os *massmedia* e o dinheiro que os motivam, isto é, os teleguiam como a um autómato" (Schild).[21] E tudo sob o envolvimento duma paraliturgia que tudo antecipa e prescreve. Desde a combinação das cores da indumentária, a cerimónia de entrada em campo e de apresentação, o silêncio ritual que precede o início do jogo, as canções que se entoam, até à explosão que sublinha e celebra, *v. g.*, um golo. Paraliturgia a que a presença dos símbolos nacionais – bandeira e hino nacional – empresta uma erga particularmente reforçada.

Numa convergente aproximação de fundo filosófico-hermenêutico, também Gadamer põe a tónica na des-subjectivização individual do desporto, face à subjectivização pelo próprio desporto. Com o consequente "primado do jogo sobre a consciência do jogador". O desporto ganha assim uma realidade própria, e um sentido autónomo, independente da consciência dos sujeitos individuais que nele intervêm. Em síntese, "o jogo torna-se dono dos jogadores".[22]

Também o comportamento dos próprios espectadores e sobretudo dos que frequentam os campos desportivos, como os que se reúnem num estádio de futebol, está longe de ficar imune ao peso e à cogência dos modelos estabelecidos de conduta. Também aqui se faz sentir aquele peso do espaço e duma atmosfera densificada de símbolos, que a *sociologia do espaço* – e particularmente do

21. SCHILD (como na n. 3), p. 468.

22. H. GADAMER, *Verdad y método*, 1977, pp. 145 ss. De acordo com outras e expressivas formulações do autor: "o sujeito do jogo não são os jogadores que apenas relevam para que, através deles, o jogo aceda à manifestação" (p. 145). Ainda: "tudo isto permite destacar uma característica essencial do modo como a essência do jogo se reflecte no comportamento lúdico: todo o jogar é um ser jogado. A atracção do jogo, o fascínio que exerce, consiste precisamente no facto de o jogo se tornar dono dos jogadores" (p. 149).

espaço religioso, judiciário e desportivo – vem pondo a descoberto. É que, como Weis recorda, "os espaços para celebrar acções relacionadas com o desporto e a religião têm muita coisa em comum".[23] Segundo o autor, "também a atmosfera do campo desportivo ou do estádio vive de 'valências' totalizantes ou de linhas de força que são adscritas a espaços carregados de simbolismo bem como aos comportamentos portadores dos símbolos. Isto aplica-se não só aos praticantes activos mas também aos espectadores e particularmente aos fãs que se envolvem em manifestações de violência". De resto, o espaço é determinante para a continuidade e identidade dos grupos de fãs que raramente se encontram e por vezes nem sequer se conhecem fora dele.[24]

10. Como instituição, o desporto projecta a sua autonomia na especificidade dos pertinentes ordenamentos normativos. Distribuindo papeis e adscrevendo expectativas, o desporto prescreve igualmente as normas de conduta, indispensáveis para a concretização do pertinente código de vitória. Daí a densificação de normas que comandam a organização e a prática do desporto, num grau que não encontra facilmente paralelo em qualquer outro subsistema da sociedade. Como de vários lados se acentua,[25] a norma (regra ou lei) é essencial ao desporto, já que não se pode imaginar desporto sem leis.

No ordenamento normativo do desporto avultam sobretudo as chamadas "leis do jogo" ou "normas técnicas". Trata-se fundamentalmente de normas que definem os termos e a condições a que deve obedecer a prática desportiva para se poder chegar validamente à vitória. Trata-se, em qualquer caso, de regras técnicas, em geral acompanhadas de referências mais ou menos expostas à "ética" desportiva, às exigências do *fair play* ou aos valores do espírito olímpico. Dada a sua natureza, estas normas, emanadas das próprias autoridades desportivas, obedecem em primeira linha ao código que dá autonomia ao desporto e aos pro-

23. Weis (como na n. 13), p. 146.
24. Idem, ibidem.
25. Por todos, Leal Amado (como na n. 12), pp. 19 ss.

gramas da sua concretização. Não pode, por isso, esperar-se que elas se orientem primariamente pelos valores ou interesses de outros ordenamentos ou subsistemas e particularmente o subsistema direito, aqui tomado no sentido estrito de ordenamento jurídico emanado do e subjectivado pelo Estado. Isto ao invés do que acontece com as "regras técnicas" de outros subsistemas. Como é paradigmaticamente o caso das normas que disciplinam o tráfego rodoviário, inquestionavemente votadas à tutela – mais ou menos próxima; mais ou menos remota – dos valores nucleares protegidos pelo sistema jurídico estadual, particularmente a vida, a integridade física e o património dos participantes na circulação rodoviária.

Como facilmente se representará, a *assimetria* entre as "leis do jogo" e as normas do direito estadual, e particularmente o direito penal, deixa antever a possibilidade de valorações igualmente diferenciadas ao nível do ilícito e das sanções aplicáveis. De forma sincopada e antecipando razões: a violação das leis do jogo e a consequente frustração do espírito do jogo e da *fairness* desportiva determinarão sempre a reacção das pertinentes instâncias de controlo e a aplicação das sanções (desportivas) correspondentes; mas bem pode suceder que, ao mesmo tempo, aquela específica manifestação de ilícito não atinja necessariamente o limiar do ilícito penal nem desencadeie a aplicação das reacções criminais.[26]

11. Por seu turno, são múltiplas – embora nem todas igualmente expostas – as *funções do desporto* para o funcionamento, equilíbrio e estabilização do sistema social. A ponto de não poder seguramente levar-se à conta de exagero a crença de que Münzberg se faz eco ao sustentar que o desporto "se converteu numa dimensão tão evidente da civilização e da cultura que a sua ausência da vida contemporânea é, pura e simplesmente, inimaginável".[27]

26. Neste sentido, C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* Bd. I, 3. Aufl., 1997, p. 926; H. KAUFMANN (como na n. 7), p. 212; D. RÖSSNER (como na n. 8), p. 324. Sobre o tema *infra.*

27. W. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966, p. 277.

Como instituição social, o desporto está em conexão e interacção com outras instituições nucleares da sociedade. "No contexto da mudança social e – a ela associada – da perda de funções de outras instituições (*v. g.*, família, escola, igreja), são hoje cometidas ao desporto muitas funções que antes deviam ser cumpridas por outras instituições. O desporto deve contribuir para a saúde pública, a moral e a disciplina, a educação e formação do carácter, promover o comportamento socialmente correcto e estimular o comércio e o orgulho nacional".[28]

Num enunciado necessariamente descontínuo, o desporto desempenha uma importante função de estabilização do sistema, de socialização e de indução de conformismo. Para além de se desdobrar numa estreitíssima malha de "leis" e regulamentos, a disciplina do desporto caracteriza-se pela "quase-perfeição" das suas normas, tendencialmente aplicadas sem *cifras negras* dignas de registo (sic). A sua violação desencadeia um processo imediato de sancionamento, efectivado no terreno de jogo por árbitros ou juizes que decidem directamente sobre a infracção. A experiência do desporto induz em todos – praticantes, espectadores e público em geral – um sentido de legalidade, de disciplina e de comportamento conformista.[29]

A interpenetração entre o sistema social e o desporto – "a sociedade modela o desporto e reflecte-se nele" (Weis) – leva o desporto a interiorizar a complexidade da sociedade e assumir multas das características daquele sistema-ambiente. De um certo ponto de vista, o deporto (sic) emerge mesmo como a expressão mais decantada da sociedade burguesa e liberal, reivindicando-se a

28. WEIS (como na n. 13), p. 132, e *passim*. No mesmo sentido, SCHILD (como na n. 3), pp. 469 ss.

29. Desenvolvidamente, SCHILD (como na n. 3), p. 469. Na linha do exposto no texto, não será impertinente a proposta subscrita por RÖSSNER no sentido de se explorarem as virtualidades ressocializadoras do desporto no contexto penitenciário, particularmente em relação aos jovens delinquentes. Isto porquanto, sustenta o autor, "as finalidades do desporto e da ressocialização são em boa medida sobreponíveis". D. RÖSSNER, "Resozializierung durch Sport im Jugendstrafvollzug", *Fesuchrift-Böhm*, 1999, pp. 453 ss.

justo título dos princípios e dos valores arquetípicos daquele modelo de organização social e política: igualdade, liberdade, concorrência e igualdade de oportunidades, todos podendo aceder aos seus *goals* supremos. A par disto, o sacrifício a outro dos mandamentos do espírito capitalista, a procura agónica do sucesso a todo o custo. Por vias disso, é que a excelência e estética da prestação conta cada vez menos do que o resultado. "Não é o bom jogo que conta, mas os golos" (Weis).

A comunicabilidade com o capitalismo resulta ainda mais exposta na circunstância de o sucesso não se aferir apenas – e cada vez o é menos – em termos desportivos. A tendência é pelo contrário para a submissão do desporto à lógica mais pura do mercado: mercado para que produz e onde transacciona o seu próprio produto, o espectáculo. Nada, por isso, mais natural do que a propensão do desporto para se organizar e funcionar em termos empresariais, com os próprios atletas reduzidos à categoria de "activos" económicos e com os títulos transaccionados nos mercados bolsistas.

A já assinalada proximidade entre o desporto e a religião volta a aflorar no tópico da *funcionalidade político-ideológica*. À semelhança da religião, também o desporto se mostra particularmente exposto ao aproveitamento político. Como Luhmann observa, o desporto, em si mesmo inconciliável com qualquer ideologia, pode ser obviamente utilizado por todas.[30] Nem é preciso para o demonstrar convocar manifestações tão extremadas como os Jogos Olímpicos de 1936 (Berlim). Ou a experiência da guerra fria durante a qual os sucessos desportivos foram sistematicamente invocados como credenciais privilegiadas da "luta de sistemas", exercício que terá conhecido na DDR a sua expressão exasperada. O panorama persiste inalterado – pese embora a maior discrição das cores e a menor exuberância dos gestos – no contexto da mais estabilizada das democracias. Também aí é constante e incontornável a tentação dos políticos para

30. N. LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeiner Theorie*, 1984, p. 337.

buscarem nos eventos desportivos um precioso e disputado suplemento de legitimação.[31]

12. Como deixámos antecipado, a interpenetração do desporto com o sistema social e a pletora de funções sistémico-sociais que lhe cabe assegurar não prejudicam, antes pressupõem, a autonomia do desporto. Além do mais porquanto o desporto só pode cumprir aquelas funções se preservar a sua autonomia sistémica. Importa, de resto, acentuar outro e significativo lado das relações entre o desporto e a sociedade, relações marcadas pela ambivalência e, por isso, a justo título apodadas como relações de "natureza paradoxal" (Ingham/Bloy).[32] Resumidamente e como noutra sede assinalámos, o desporto só pode assegurar as suas funções sistémico-sociais "auto-organizando-se segundo modelos autónomos e em obediência a uma mitologia e simbologia específicas que convertem o desporto numa contra-sociedade".[33] O que empresta ao desporto um lastro irredutível de atavismo e o coloca em contra-ciclo com a marcha do processo civilizacional e do progresso tecnológico é a sua conatural vinculação ao corpo, às emoções que o corpo desperta, ao símbolos de que é portador e aos sentidos que produz. Na sua expressão mais simples, "o desporto é uma acção social experimentada através do corpo (*körperlich erlebtes*) e com significado simbólico".[34] Na formulação convergente de Luhmann, o desporto "legitima o comportamento para o próprio corpo através do sentido do mesmo corpo, não isento, é certo de ascese mas no fundo valendo como antítese da ascese, isto é, não negativa, mas positivamente. E fá-lo sem

31. Como, a propósito, recorda DONATSCH, na final do campeonato do mundo de futebol de *1990* (Roma) entre a Argentina e a Alemanha Federal, estavam presentes, entre outros, políticos como o Presidente da República de Itália, o Presidente e o Chanceler Federal acompanhados de uma dezena de Ministros, a Presidente da Assembleia Popular da RDA, etc. DONNATSCH (como na n. 3), p. 405.

32. *Apud* SCHILD (como na n. 3), p. 469.

33. C. ANDRADE (como na n. 1), p. 316.

34. WEIS (como na n. 13), p. 129.

dependência de domínios de sentido (*Sinndomänen*) de qualquer outra proveniência".[35]

Recorda-se que, na esteira, *v. g.*, de N. Elias, o "processo de civilização" vem sendo interpretado e descrito como implicando *inter alia* a dissolução da anterior unidade entre a socialidade e a "corporeidade". Sob o impulso de generalizados e crescentes sentimentos colectivos de pudor e de vergonha, o corpo e os processos corporais foram abandonando os espaços públicos, refugiando-se nas áreas de privacidade. E com eles todas as emoções e sentidos vivenciados através do corpo ou a ele associados. Um processo que teve como reverso a emergência de uma sociedade esquizofrénica, irreconciliavelmente dividida entre o público – objectivo, neutral, racional, funcional, asséptico de emoções – e o privado onde se foram acantonando todos os encantamentos (religião, emoções, sexualidade, etc.) em fuga da sociedade "desencantada" (Max Weber). Este processo tem sido reforçado pelos crescentes desenvolvimentos tecnológicos, todos, em geral, convergindo no sentido de dispensar cada vez mais o corpo. Até a guerra se faz cada vez menos à custa do corpo.[36]

"Face ao frio prosaísmo programado do quotidiano", o desporto emerge como expressão e celebração ritualizada do corpo. É certo que "o progresso precisa cada vez menos do corpo. Mas nós, homens, precisamos cada vez mais dele, para termos experiência de nós próprios. E porque, apesar de toda a repressão do corpo, o nosso ser e a nossa identidade (...) se definem necessariamente pelo nosso corpo, aqueles processos acabam por trazer consigo correntes de sentido contrário. Na consciência da saúde, no desporto e na moda redescobriu-se o corpo, facto que viria a explodir no *boom* de movimentos de culturalismo em torno do corpo".[37]

35. LUHMANN (como na n. 30), p. 337.

36. Para unma (sic) síntese neste sentido, WEIS (como na n. 13), pp. 142 ss. Para uma referência mais desenvolvida, N. ELIAS, *Der Prozess der Zivilisation*, 1976; TH. LUCKMANN, *The invisible Religion*, 1967; RITTNER, "Sport, Bedürfnisstruktur und sozialer Wandel", *Stadion*, 1976, pp 159 ss.

37. WEIS (como na n. 13), p. 145.

O desporto vem de algum modo superar a esquizofrenia da modernidade, permitindo reviver e ritualizar à luz do dia a expressão do corpo e do contacto corporal, a emotividade, mesmo a intimidade, que o processo de civilização expulsara da publicidade e remetera para a invisibilidade da esfera privada. É neste sentido que, fundada e expressivamente, fala Rittner de uma atávica *temporalidade assimétrica* entre o sistema social e o desporto. Um conceito que permite a Schild adiantar a ideia de que "o desporto dá expressão à recordação colectiva de uma sociedade passada, corporal, imediata e espontânea".[38]

IV. Uma via indutiva de aproximação: a partir das soluções prático-jurídicas

13. O percurso feito permitiu-nos, por um lado, sinalizar o sentido e a função do desporto no contexto da sociedade moderna e situá-lo como um (sub)sistema autónomo. Tanto face ao sistema social como ao sistema individual do participante, se bem que numa estreita relação de interpenetração com ambos os sistemas-ambiente. De qualquer forma, o desporto emerge face ao praticante como um sistema animado por uma lógica autorreferente que em boa parte se afirma à custa da autonomia do desportista individual. Uma compreensão das coisas que não deve ser desatendida pelo sistema jurídico, e particularmente pelo subsistema direito penal, na hora de pôr de pé o ordenamento jurídico-penal do desporto. Por outro lado e complementarmente, foi-nos igualmente possível referenciar e sustentar o enunciado – fáctico e normativo – segundo o qual o limiar da dignidade penal – e reversamente da tolerabilidade jurídico-penal – se situa aqui a um nível mais elevado do que sucede nos demais domínios da vida social, em geral.

38. SCHILD (como na n. 3), p. 270. Sobre a agressividade como outro *topos* em que se reflecte a assinalada "*temporalidade assimétrica*", SCHILD, pp. 475 ss. Também deste lado o desporto emerge como *contra-sociedade*. Enquanto o Estado se louva e se reivindica do monopólio do uso legítimo da força, a verdade é que a agressividade e a violência têm presença assegurada no desporto, onde gozam do "estatuto de uma certa normalidade" (RITTNER).

Tendo estes *topoi* como supostos básicos subjacentes, importa agora afrontar directamente os problemas normativos e doutrinais que deixámos enunciados. Que são, recorda-se, fundamentalmente dois, se bem que complementares e intimamente imbricados entre si e cuja prioridade lógica, normológica e dogmática não resulta *prima facie* líquida. Trata-se, concretamente, de *definir, com o rigor e a segurança possíveis, a linha por onde passa a fronteira entre a tolerabilidade e a intolerabilidade jurídico-penal das lesões ocorridas no desporto*. E, para além disso, *referenciar as figuras ou institutos da doutrina penal capazes de assegurar o adequado enquadramento dogmático àquelas soluções normativas*. Trata-se, em síntese, de separar as águas entre o lícito e o ilícito e de dar arrumação dogmática à separação.

A fidelidade aos cânones e injunções metodológicas da doutrina penal, como ciência e sistema dogmático, sugere naturalmente uma via de aproximação de pendor privilegiadamente dedutivo. Nesta linha, deveria partir-se das diferentes figuras dogmáticas e do exame dos princípios que as enformam, para se chegar às soluções prático-jurídicas que elas podem ou não suportar. A experiência da doutrina e da *praxis* jurisprudencial no domínio do desporto parece, porém, aconselhar uma alternativa de pendor indutivo: *partir do quadro das soluções em geral tidas como correctas para, num segundo momento, curar de identificar o seu mais adequado enquadramento dogmático*. É que, se bem vemos as coisas, mais do que as soluções prático-jurídicas (em geral) tidas como correctas, são sobretudo os problemas de categorização dogmática que alimentam as controvérsias.

14. Como o mais descomprometido relance sobre o panorama doutrinal e jurisprudencial deixa a descoberto, a verdade é que quanto às soluções prático-jurídicas já foram sustentadas as mais diversificadas soluções: desde as que estreitam decididamente o campo das lesões legítimas até às que o alargam extremadamente. De igual modo, já foi invocado um larguíssimo espectro de alternativas doutrinais. A começar pela clássica e porventura ainda maioritária *doutrina do consentimento*. Tanto na versão tradicional (consentimento na *acção* e

no *resultado*) como na versão alternativa, e hoje maioritária, de consentimento na *acção* ou no *risco* (Schaffstein, Hansen, Hirsch) ou nas formulações mais recentes como o consentimento não final (*unfinale Einwilligung*) de Jakobs. Uma doutrina que conhece hoje a concorrência de novas construções ou figuras como: *rechtsfreie Raum* (Schild); *risco permitido* (Eser); *adequação social* (Zipf ou Dölling); "*dever de cuidado adequado à competição* (*wettkampfadäquat Sorgfaltsmasstab*)" (Rössner); "*renúncia* ou *abandono do bem jurídico* (*Rechtsguispreisgabe*)" (Ensthaler), ou "lesão de interesses (*Interessenverletzung*)" (Frisch), que não andarão longe da *heterocolocação-em-risco-consentida* (Niedermair).[39] Por outro lado, já se procurou equacionar e superar os problemas tanto em sede de tipo, de ilícito e de culpa, como em sede processual.[40]

Ora, o que se verifica é que nenhuma das construções doutrinais está vinculada a um dado e específico quadro de soluções prático-jurídicas. Pelo contrário, cada uma das alternativas dogmáticas revela a plasticidade bastante para, às mãos dos diferentes autores, oferecer suporte e enquadramento às mais centrífugas e diversificadas soluções pragmáticas. Não é, pois, pelo lado das soluções práticas que mediatizam que as alternativas doutrinais se mostram mais ou menos problemáticas. Onde as coisas se decidem é em sede de pertinência e consistência sistemática e dogmática. Por ser manifesto que, em matéria de desporto,

39. E SCHAFFSTEIN, "Handlungsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässgikeitsdelikten", *Festschrift-Welwl*, 1974, pp. 557 ss.; G. HANSEN, *Die Einwilligung des Veiletzten bei Fabrlässigkeitstaten, in besonderen das bewusste Eingeben eines Risikos durch den Geschädigten*, 1963, *passim*; HIRSCH; *LK*, 11 (1994), Rn. 107 antes do § 32; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (2. Aufl), 1991, pp. 250 s. Deve recordar-se a diferença introduzida, ao menos ao nível linguístico, em relação à primeira edição do manual (1983), onde JAKOBS utilizava a contraposição entre *consentimento imediato e consentimento mediato*. Cf ainda SCHILD (como na n. 3), pp. 585 ss.; ESER (como na n. 2), pp. 370 ss.; ZIPF (como na n. 2), pp. 80 ss.; DÖLLING (como na n. 4), pp. 55 ss.; RÖSSNER (como na n. 8), pp. 321 ss.; ENSTHAER, *Einwilligung und Rechtsgutspreisgabe beim fahrlässigen Delikt*, 1983, pp. 23 ss., e *passim*; W FRISCH, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, 1973, pp. 116 ss. Para uma referência mais desenvolvida às controvérsias sobre o objecto do consentimento nos crimes negligentes e particularmente sobre as *teorias da acção e as teorias do risco*, C. ANDRADE (como na n. 1), pp. 312 ss.

40. Para uma síntese, DÖLLING (como na n. 4), pp. 48 ss.

qualquer construção doutrinal acaba por oferecer aos que a subscrevem o apoio para as soluções que eles crêem as mais acertadas.[41]

15. É o que bem ilustra a trajectória doutrinal e jurisprudencial da tese do *consentimento*, à conta da qual já foram levados praticamente todos os quadros de soluções prático-jurídicas imagináveis e com curso mais ou menos recorrente entre os autores e os tribunais. Bem podendo, sem exagero, sustentar-se que os defensores da doutrina do consentimento acabam por entender cobertas pelo consentimento do praticante desportivo todos os casos face aos quais consideram indesejável a punição do agente. O que explica que a fronteira entre a punibilidade e impunidade oscile, com grande amplitude, entre os adeptos da doutrina.

Esta tendência para a dispersão de soluções prático-jurídicas dos defensores da doutrina do consentimento é particularmente potenciada pelas divergências a nível do *objecto do consentimento*. É o que não cabe aqui rastrear de forma esgotante. Sublinha-se apenas que dois autores que defendem aparentemente a mesma coisa – *v. g.*: o consentimento do desportista abrange apenas a actuação conforme às regras do jogo – estão, na prática, a defender coisas muito diferentes se forem, respectivamente, adeptos de uma ou de outra das teorias do objecto do consentimento.

Recorda-se, a propósito, que há autores, e serão hoje a maioria, que em relação à negligência definem a acção ou o risco – com exclusão do resultado – como objecto idóneo e exclusivo do consentimento. Isto a partir do axioma dogmático segundo o qual o ilícito negligente se define sobretudo, se não mesmo exclusivamente, pelo *desvalor de acção*.

Na síntese de Schaffstein, a quem ficou a dever-se uma das mais penetrantes e consistentes defesas desta tese, é o desvalor de acção, correspondente à *violação do dever de cuidado*, que constitui o "verdadeiro núcleo do ilícito dos de-

41. Neste sentido, também DÖLLING (como na n. 4), p. 46.

litos negligentes".[42] Só o desvalor de acção assume, por isso, um "significado de fundamentação do ilícito", não sobrando para o desvalor de resultado "nenhum significado constitutivo para a fundamentação do ilícito".[43] Por vias disso, o consentimento tem apenas que reportar-se ao desvalor de acção, sendo como tal suficiente para determinar a legitimação de todos os resultados (a morte incluída) decorrentes da acção ou do risco consentidos.

Como facilmente se representará, uma compreensão das coisas que alarga o âmbito de justificação a título de consentimento quando confrontada com as posições homólogas dos defensores da pertinência do *desvalor de resultado* ao objecto do consentimento. Além do mais, esta doutrina permite ultrapassar os limites decorrentes da *indisponibilidade* dos bens jurídicos coenvolvidos, como a vida. Um limite que, ao contrário do que sucede nos crimes dolosos, não tem, segundo os adeptos da teoria da acção ou do risco, qualquer significado em se tratando de crimes negligentes.

Já se sustentou, numa postura extremadamente restritiva que o consentimento só cobre as lesões corporais ou a morte causadas por *acções conformes às regras do jogo.*[44] Numa posição gradativamente próxima e num círculo de raio já

42. SCHAFFSTEIN (como na n. 39), p. 559.

43. *Idem*, p. 562.

44. Assim, por exemplo, P NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, 1955, pp. 97 ss, e, mais recentemente, R. SCHMITT, "§226a StGB ist überflüssig", *Gedächtnisschrift-Schröder*, 1978, p. 270. Em sentido convergente, G. HANSEN (como na n. 39), p. 83, e do lado da então RDA, J. LECKSHAS/J. RENNENBERG, *Strafrecht: A. T. Lebrbuch*, 1976, p. 421. Importa, para além disso, precisar que NOLL limita a eficácia justificativa do consentimento às lesões corporais ligeiras com exclusão das lesões graves e da morte. Por considerar que o lesado não consentiu nelas, porquanto se as tivesse previsto, ele não teria seguramente participado no jogo. O que, acrescenta o autor, não implica necessariamente a ilicitude, já que ela pode ser excluída em sede de "elementos subjectivos do tipo". Será assim para todas as lesões negligentes – com exclusão expressa das dolosas – ocorridas no respeito das regras, hipótese em que nem sequer se pode falar de negligência. Em síntese, o respeito pelas regras afasta sempre a ilicitude: já *in nomine* do consentimento já por falta de negligência. Movendo-se do lado da teoria do *consentimento no risco*, refere, por seu turno HANSEN: "se o sentido do desporto está em alcaçar os resultados desportivos na observância das correspondentes regras, então o desportista individual não pode de maneira nenhuma estar de acordo com o risco de violações negligentes das regras do

ligeiramente maior, não faltam vozes a alargar o consentimento aos casos de *violação negligente* das regras do jogo. Excluídas ficarão apenas, para além das violações dolosas, as violações com negligência qualificada (negligência grosseira, *leichtfertig* ou *grob*).[45] Este entendimento doutrinal mereceu o apoio de algumas marcantes decisões jurisprudenciais. Como o aresto do BayOLG de 03.08.61,[46] segundo o qual, para além das lesões em caso de actuação conforme às regras do jogo – entendidas "não apenas segundo o teor literal mas também segundo o seu sentido" – o consentimento cobrirá também as lesões devidas a violações das regras com negligência ligeira.[47]

Alargando mais o círculo, Mahling estende o consentimento ao que designa pelo "risco do desporto (*sportliche Risiko*)", que compreenderá todos os casos de violação negligente das regras, incluídos os casos de negligência grave. Segundo Mahling, o consentimento só não abarca, para além das violações dolosas, os casos de marcada e excepcional violência (*Roheitsakte*).[48] O âmbito da justificação a título de consentimento volta a conhecer um novo e significativo alargamento às mãos de Günther. Reportando o consentimento à "situação de risco

jogo" (p. 83). Isto sem deixar, contudo, de precisar que "o critério do dever de cuidado no desporto não é o mesmo das outras relações sociais" (*ibidem*).

45. Assim, por exemplo, JESCHECK, que estende o consentimento às lesões com negligência leve (*geringfügig*), mas exclui as violações dolosas e as grosseiramente negligentes (*vorsätzlúhe oder grob fahrlässige Regelwidrigkeíten*). Assim ainda em H.-H. JESCHECK/TH WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, A. T*, 1996, p. 51. Em sentido convergente, mas alargando a legitimação na direcção das lesões corporais graves e mesmo da morte a coberto do consentimento na acção, SCHAFFSTEIN (como no n. 39), p. 564.

46. Cf. *NJW* 1961, pp. 2.072 ss.

47. O aresto do tribunal supremo da Baviera, precisa ainda que em caso de violação das regras com negligência ligeira, a justificação não depende da gravidade das lesões provocadas, porquanto "a gravidade das lesões sofridas não releva". No mesmo sentido, S/S/STREE, 26. Aufl. (2001), § 228, Rn. 16. Interessante também uma decisão do ano anterior (8-11-60) do mesmo tribunal superior da Baviera, que mantém a mesma solução – consentimento nas lesões resultantes da actuação conforme com as regras – mas agora apelando expressamente para a ideia de *consentimento na acção perigosa*. Cf. *JR* 1961, pp. 72 ss.

48. G. MAHLING, *Die strafrechtliche Behandlung von Sportverletzungen*, 1940, pp. 68 ss.

(*Gefährdungslage*) criada pela participação num evento desportivo, o autor sustenta que a sua eficácia justificativa se estende às lesões que resultam das próprias "faltas intencionais". Porque, em desportos como o futebol, também elas pertencem "aos riscos com cuja realização o praticante desportivo tem (*muss*) de contar".[49]

Esta tendência para maximizar o alcance justificativo do consentimento e a suposta plasticidade da figura levaram já a soluções exasperadas como a sustentada por Mehl, segundo o qual: "o âmbito do consentimento declarado pelo desportista *tem de ser*, em todos os casos tão grande que garanta a prática da modalidade sem atritos".[50]

16. O quadro não é significativamente outro do lado das alternativas à doutrina do consentimento. Como acontece, por exemplo, com a doutrina da adequação social, sustentada, por exemplo, por Zipf e por Dölling, se bem que com âmbitos sensivelmente diferenciados.

Zipf limita a eficácia (exclusiva do tipo) da adequação social às lesões produzidas com a observância das regras do jogo ou, no máximo, às lesões causadas pelas violações das regras com negligência ligeira. Na formulação do autor: "a fronteira entre o que é socialmente adequado no desporto não passa entre

49. H.-L. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 350. Em sentido substancialmente idêntico, HORN, *SK* (1983), § 226a, Rn. 22, segundo o qual o desportista dá o consentimento para as violações das regras para as quais as leis desportivas prevêem sanções adequadas como: grande penalidade, cartão amarelo ou admoestaçãao (sic) (no boxe). Sendo certo que o determinante para tanto não é a decisão *in actu* do árbitro, mas o juízo objectivo e distanciado das "*massgebende Fachkreise*". Estas acções justificadas pelo consentimento, "não são puníveis *sub specie* lesões corporais, mesmo que, em concreto, elas produzam lesões corporais graves". Diferentemente, o consentimento já não justificará as violações das regras que, segundo o mesmo juízo objectivo, determinariam a desqualificação ou expulsão (cartão vermelho). Posição idêntica é sustentada, do lado da doutrina italiana, por RIZ. O consentimento pode justificar as lesões mais graves (mesmo a morte) desde que quem as sofre tenha representado o "risco derivado da actividade desportiva". O consentimento já não cobrirá, pelo contrário, os casos em que o agente ultrapassa a conduta média, isto é, aquela que normalmente tem lugar naquele desporto e em que, por isso, se superam os limites do que o ofendido pode representar. Cf. R RIZ, *Il consenso dell'ávente diritto*, 1979, p. 250.

50. *Apud* DÖLLING (como na n. 4), p. 46.

a negligência ligeira e a negligência grosseira, mas entre a observância das regras (sempre socialmente adequada) e a negligência ligeira (socialmente adequada nalguns desportos)[51]".

Pelo contrário, Dölling estende a adequação social – também compreendida como exclusão do tipo – às lesões causadas por violações, mesmo dolosas, das regras.[52] Como acontecerá em situações como: num jogo de futebol, o avançado *A* dirige-se, com a bola controlada, para a baliza adversária. *D*, defensor adversário, sabendo que já não pode chegar à bola, derruba *A* com o propósito de evitar o golo, provocando-lhe uma fractura. Segundo Dölling, *D* não é punível pelo crime de ofensas corporais.

17. Retomando a opção discursiva assumida, começaremos por referenciar o universo das lesões toleráveis, precisamente em nome da sua pertinência à instituição desporto. E, nessa medida, a reclamarem um adequado enquadramento dogmático no contexto de um "*direito penal do desporto*".

Importa, em primeiro lugar e *pela negativa*, afastar as lesões que por não pertencerem ao "risco típico do desporto" ou à "realidade normal e inevitável da competição" (Riz) – por exemplo, no futebol: a luta pela posse da bola no sentido de a afastar da própria baliza e de a lançar para a baliza adversária – não podem acolher-se à eficácia legitimadora do desporto como instituição. E devem, por isso, ser tomadas como ilícitas e puníveis, salvaguardada sempre a devida valoração em sede de *culpa*.

Tal vale, desde logo, para as ofensas infligidas (por atletas) a árbitros ou a espectadores, que, por não pertencerem à relação agónica específica do desporto, devem ser equacionadas segundo os princípios do direito penal comum.[53]

51. ZIPF (como na n. 2), p. 95.

52. DÖLLING (como na n. 4), pp. 50 ss.

53. Assim, por exemplo o OLGKarlsruhe, segundo o qual não há consentimento para a lesão corporal de um jogador a um espectador, durante uma pausa do jogo. *NJW* 1982, pp. 394 ss.

O mesmo valerá para as lesões de atletas a atletas mesmo "*no*" jogo ou "*durante*" o jogo, mas que "não estão finalisticamente inseridas na partida" (Riz). Ou, na expressão de Günther, sempre que a "violação das regras não tem nenhuma conexão adequada com o decorrer do jogo (*Spielverlauf*)".[54] Como acontece quando um guarda-redes, que acaba de lançar a bola para o meio-campo adversário, agindo nas costas do árbitro, se dirige a um avançado adversário que está próximo, atingindo-o com uma joelhada nas costas; ou quando dois futebolistas adversários, que não participam directamente na disputa da bola, até porque o jogo se disputa longe deles, se agridem entre si.[55]

Igual deve ser, em princípio, o tratamento das lesões produzidas quando o jogo está parado. Por exemplo, a agressão a um adversário que está caído no chão. Ou a acção de um avançado que, vendo frustrada a sua tentativa de ir para a baliza, depois de um defesa adversário ter afastado a bola, o agride com um murro.

Também não estão cobertas pelo regime privilegiado do direito penal do desporto as lesões *dolosamente* causadas. Isto salvaguardadas apenas aquelas modalidades – *boxe* e, noutros tempos, as chamadas *Schlägermensuren*, praticadas pelos estudantes de algumas universidades alemãs – em que a agressão do adversário configura precisamente a finalidade da actuação do desportista.[56] E mesmo aqui pressuposto sempre que a agressão se mantenha no limiar do risco próprio da modalidade e das regras que a disciplinam. Descontadas estas áreas

54. GONTHER (como na n. 49), p. 350. Em sentido convergente, sublinha SCHILD a fronteira entre o "*Noch-gerade-Sport*" e o "*Nicht-mehr-Sport*". SCHILD (como na n. 3), p. 590.

55. Sobre estas hipóteses, correspondentes, no essencial, a casos julgados pelos tribunais italianos, RIZ (como na n. 49), pp. 246 ss. Assim, na fundamentação da Suprema Corte italiana a propósito do segundo caso, refere-se que a violência, que não pertence ao desenvolvimento regular do jogo, só pode merecer o tratamento privilegiado duma agressão "desportiva" quando a conduta está "conexionada com o exercício da actividade desportiva em desenvolvimento, sendo uma acção finalisticamente inserida no desenrolar do jogo (...), configurando, por isso, uma acção do jogo". *Ibidem*, p. 249.

56. Por todos, neste sentido, SCHAFFSTEIN (como na n. 39), p. 565.

específicas, a lesão dolosa é ilícita, mesmo que praticada a coberto da observância das regras do jogo. Pois, se as regras do jogo visam, *inter alia,* a preservação da vida e da integridade física dos atletas, não parece que elas possam ser invocadas para, ao arrepio da sua própria teleologia, legitimar as agressões.[57]

18. *Pela positiva* também não será difícil referenciar um conjunto de constelações típicas de lesões tidas como lícitas em nome da força legitimadora que irradia do desporto como instituição autónoma.

Será assim, em primeiro lugar, com as pequenas lesões (ligeiras escoriações, arranhões, hematomas, contusões, o empurrão ou derrube, bem como a ligeira dor ou sofrimento provocados por um derrube), inevitavelmente associadas, por exemplo, à disputa da bola num jogo de futebol. Será naturalmente, assim sempre que as lesões, regular ou irregularmente provocadas, não atinjam o limiar mínimo de relevância que é próprio da incriminação geral das ofensas corporais.[58] De específico apenas a circunstância de esse limiar dever colocar-se aqui num nível ligeiramente superior. No sentido de afastar a relevância jurídico-penal de lesões que, na normalidade da vida em sociedade, mereceriam seguramente a qualificação de lesões corporais típicas.

Em segundo lugar, hão-de ter-se como lícitas e não puníveis as lesões – a morte incluída – *causadas pela actuação do desportista em conformidade com as regras do jogo*. Um enunciado que, merecendo o aplauso convergente dos autores e dos tribunais, não carece de fundamentação ou explicitação nesta sede.

57. Neste sentido, ESER (como na n. 2), p. 374, que fala, a propósito de "abuso de direito" e de actuação "contrária ao dever". No mesmo sentido, DÖLLING (como na n. 4), p. 61; ZIPF (como na n. 2), p. 91. Segundo este último, actuará ilicitamente o praticante de boxe que, querendo matar o seu odiado adversário, consegue fazê-lo com um golpe conforme com as regras gerais da modalidade. Em sentido divergente, e considerando que só pode "conhecer-se da lesão dolosa quando, pelo menos, o desportista actua contra as regras", DONNATSCH (como na n. 3), pp. 420 ss. O que fica dito no texto deve ser lido a benefício da consciência das dificuldades que, nomeadamente em matéria de prova, se levantam à efectivação da responsabilidade criminal do agente.

58. Cf. P. FARIA, *Comentário Conimbricense,* I, p. 207.

Em terceiro lugar – e aqui tocamos, como bem assinala Eser, o nódulo especificamente problemático do direito penal desportivo – hão de ainda considerar-se lícitas muitas lesões causadas pela actuação do desportista em violação das regras do jogo. E isto *independentemente do carácter negligente ou doloso daquela violação*. Decisivo é apenas que a conduta do atleta seja ainda recondutível ao "*sportimmanentes Risikoverhalten*", não exceda o "*sportspezi ftscher Verhaltensstandard*" nem o "*sportspezifischer Grundrisiko*", tal como ele é quotidianamente praticado, sob a aceitação e o sancionamento do sistema social. Na certeza de que o desporto que, sob o olhar de todos, a todas as horas e em todos os sítios se pratica, conhece (e reconhece) um número incontável de violações dolosas ou negligentes das leis do jogo que não raro desencadeiam lesões mais ou menos graves, mesmo a morte. Lesões que ninguém, nem mesmo as mais vigilantes instâncias formais de controlo, pensa em levar ao escrutínio e ao veredicto conderiatório dos tribunais criminais, a título de ofensas corporais ou de homicídio. Como acontece com o defesa que, em "estado de necessidade" e para evitar um golo, derruba intencionalmente o avançado causando-lhe uma fractura;[59] o futebolista que salta à bola com os cotovelos abertos, atingindo o adversário no rosto e fracturando-lhe os ossos do nariz ou o maxilar; aquele que procura alcançar a bola com o "pé em riste" atingindo o adversário e fracturando-lhe o perónio; ou aquele que procura travar o adversário com as pernas abertas ("carrinho"), derrubando-o e causando-lhe lesões.

19. Também aqui e como de todos os lados se assinala, há-de haver um *limite*, a partir do qual "se abandona o domínio autónomo do desporto e se toca a ordem jurídica na sua totalidade".[60] É um limite a que não pode renunciar-se,

59. Em sentido divergente, se bem que no contexto do direito civil e para efeitos de acordar uma indemnização, pronunciou-se recentemente (23-3-1998) o OLGHamm. Cf. *JR* 1999, pp. 465 ss.

60. H. KAUFMANN (como na n. 7), p. 212. Em sentido substancialmente convergente, SCHILD (como na n. 3), pp. 387 ss.

pesem embora as dificuldades da sua determinação com a clareza, a segurança e a estabilização intersubjectiva desejáveis.

Na busca desta fronteira não cremos, à partida, que devamos acolher-nos a critérios imanentes às leis do jogo e subordinados à lógica da sua específica reafirmação contrafáctica. Não cremos, por isso, que devamos acompanhar Güntherr ou Horn quando propõem para o efeito os critérios que determinam a desqualificação ou expulsão de um jogador. Na formulação explícita de Horn, o critério do "cartão vermelho".[61] Os problemas hão-de, pelo contrário, equacionar-se num plano transcendente ao dos sentidos específicos da organização e do funcionamento do desporto, isto é, num plano aberto à intervenção directa dos critérios do sistema social e do sistema penal. Trata-se, assim, de saber quando é que a actuação do desportista ultrapassa a fronteira do risco tolerado (pelo sistema social-penal) ao desporto – ou se se quiser, no desporto – como instituição autónoma. Fronteira a partir da qual o desportista fica directamente exposto aos juízos de *dignidade penal*. E, por princípio, a chamar sobre si o estigma da ilicitude penal e das reacções criminais.[62]

Estando em causa a definição de fronteiras entre sistemas autónomos mas interpenetrados e a separação das águas entre realidades que no plano fenomenológico integram um contínuo de tonalidades, somos forçados a recorrer a conceitos porosos e irredutivelmente indeterminados, privilegiando critérios de proporcionalidade, *rectius* de desproporcionalidade. Tanto na direcção do desvalor de acção como do desvalor de resultado. Nesta linha, para assumir relevo criminal, ao menos em sede de tipicidade, hão-de, em primeiro lugar, estar em causa *lesões graves*. Depois e sobretudo, aquelas lesões deverão ser imputadas a uma violação das regras do jogo que, pela sua chocante violência, rudeza e indiferença

61. GÜNTHER (como na n. 49), p. 350; HORN, *SK*, § 226a, Rn. 21 ss.

62. Isto salvaguardada sempre a intervenção autónoma da *culpa*. Neste sentido, DÖLLING (como na n. 4), p. 63; ESER (como na n. 2), p. 273.

pela saúde e pela vida dos outros, se mostrem de todo em todo incompatíveis com o sentido e os valores do desporto. Ou, noutra perspectiva, violam a confiança naquilo que qualquer desportista pode fundadamente esperar da sua, participação numa modalidade desportiva, mesmo ao nível mais exasperado de empenhamento e de competição.[63]

Como acontecerá, por exemplo, em constelações como aquela, julgada pela Suprema Corte italiana em que,[64] num jogo de futebol, um avançado desfere um violento pontapé contra o guarda-redes adversário (que se encontrava no chão e já na posse da bola), provocando-lhe a ruptura de um rim. O que, para além de ditar o fim da carreira profissional da vítima, teve ainda como consequência uma debilidade permanente da sua função renal. Dentre a pluralidade de situações pensáveis, cite-se ainda o caso do futebolista que agride violentamente, com um pontapé nas costas, o adversário que saltava para cabecear a bola, provocando-lhe uma lesão grave e permanente na coluna.

V. Vias de enquadramento dogmático

20. Como o mais perfunctório relance pelo panorama doutrinal e jurisprudencial permite concluir, continua ainda a apontar-se a *doutrina do consentimento* como a construção dogmática que tem por si o apoio majoritário dos autores e dos tribunais.

Na sua expressão eidéctica: ao *decidir-se pela participação no evento desportivo, o atleta assume o risco das lesões, o que vale como uma manifestação concludente de consentimento nas lesões*. Este enunciado, correspondente ao núcleo irredutível e comum às doutrinas do consentimento significa, contudo, coisas diferentes no contexto das diferentes e centrífugas doutrinas do consentimento.

63. Em sentido substancialmente convergente, DÖLLING (como na n. 4), p. 55; ESER (como na n. 2), p. 371; RÖSSNER (como na n. 8), p. 324.

64. Cf. RIZ (como na n. 49), p. 247.

Trata-se, na verdade, de um enunciado que conhece praticamente tantos significados normativos e prático-jurídicos quantos os adeptos da doutrina do consentimento. Basta recuperar as divergências e dissonâncias entre as diferentes posições em matéria de *objecto do consentimento*; e, noutra perspectiva, a multiplicação de linhas de clivagem na direcção da *observância*/*violação das regras da modalidade*.

De qualquer forma, há uma coisa comum às diferentes doutrinas do consentimento. Todas elas adiantam enunciados normativos de legitimação de um espectro maior ou menor de soluções prático-jurídicas que *põem invariavelmente entre parênteses a autonomia individual* e improgramável do portador concreto dos bens jurídicos. O consentimento – reconhecidamente o estatuto jurídico-penal da autonomia individual – é invocado como *nomen juris* capaz de dar cobertura a soluções prático-jurídicas de étimo claramente heterónomo. Em vez de configurar um antecedente necessário da justificação da lesão, o consentimento intervém *ex machina* para dar nome e categorização dogmática a soluções de justificação antes e noutra sede encontradas.

Não se estranhará, por isso, que do lado dos críticos da doutrina do consentimento sejam recorrentes expressões como *ficção de consentimento, generalização normativa, consentimento geral* (*Generaleinwilligung*) ou, na for mulação do BGH, "*suposição artificial* (*künstliche Unterstellung*)" Na impressiva denúncia de Zipf, a invocação do consentimento no direito penal do desporto equivale à «contrafacção num ficcionado consentimento geral (*zu einer fiktiven Generaleinwilligung verfälscht*)".[65]

Estas expressões sintetizam un dos *topoi* privilegiados pela crítica dirigida contra a doutrina do consentimento. Uma crítica também por nós já noutra

65. ZIPF (como na n. 2), p. 92. Estas ou expressões idênticas podem encontrar-se em DONNATCH (como na n. 3), pp. 421 ss.; RÖSSNER (como na n. 8), pp. 315 ss.; DÖLLING (como na n. 4), pp. 41 ss., ENSTHALER (como na n. 39), pp. 31 s., e BGHZ 63, 140 = *JZ* 1975, pp. 109 ss., ou *NJW* 1975, p. 109.

sede assumida e em cuja solvabilidade dogmática e acerto político-criminal continuamos a acreditar. De resto, os eventos entretanto ocorridos e as transformações registadas (sic) parecem correr claramente em reforço da crítica da doutrina do consentimento.

Por um lado, aumentou sensivelmente o coro dos opositores à doutrina do consentimento, não se conhecendo novos apoiantes daquela doutrina entre os autores que mais recentemente se têm ocupado da problemática das lesões no desporto. Por outro lado, as últimas décadas assistiram a progressos significativos na dogmática do ilícito negligente. Que *inter alia* fizeram emergir figuras novas com alguns momentos de comunicabilidade com o consentimento, mas de sentido axiológico e teleológico claramente distintos. Um conjunto de constelações (heterogéneas) que têm em comum o facto de ser o próprio portador dos bens jurídicos a comprometê-los em processos ou situações de risco, sem que possa, a nenhum título, falar-se de consentimento. E sem prejuízo de a ordem jurídica fazer relevar a conduta do portador do bem jurídico para influenciar, excluindo-a ou reduzindo-a, a responsabilidade do agente. A título, por exemplo, de *Handel auf eigene Gefahr* no direito civil ou da *heterocolocação em risco consentida* do lado do direito penal, figuras distintas e em muitos aspectos contrapostas ao consentimento.[66]

21. Numa maior aproximação e procurando alcançar uma certa arrumação expositiva, é possível referenciar entre as críticas à doutrina do consentimento duas ordens distintas, se bem que convergentes, de razões. De um lado, procura pôr-se em evidência o sentido e o conteúdo psicológico da postura e da actuação do desportista, para demonstrar que não é possível identificar nela os pressupostos do consentimento. Por outro lado, acentua-se que "a conformação geral do desporto é inconciliável com a essência do consentimento" (Zipf).

66. Desenvolvidamente, H. STOLL, *Handeln auf eigene Gefahr*, 1961; MÜNZBERG (como na n. 27); S. WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskanten Zusammenwirken*, 1991; M. CANCIO MELIÁ, *Conduta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 2001.

A primeira linha de argumentação conheceu uma das mais clarificadoras formulações às mãos de Eb. Schmidt. Que, há mais de meio século e reportando-se directamente a modalidades como o boxe, contestou frontalmente a possibilidaade (sic) de interpretar a conduta e a postura do praticante como um consentimento nas lesões.[67] Pois, argumenta Schmidt, longe de declinarem o consentimento e de quererem as lesões, os praticantes do boxe "demonstram da forma mais clara e unívoca a sua vontade contrária: através da sua defesa, eles fazem tudo para evitar ser feridos. Cada um *quer* exclusivamente ferir o outro para, o mais depressa possível, afastar a possibilidade de serem eles próprios a sofrer uma lesão".[68] O erro decisivo dos defensores da solução do consentimento, assevera o autor, está assim em confundirem duas coisas muito distintas: o "*Wollen des Risikos*" e o "*Wollen des Verletztwerdens*".

Esta visão das coisas viria a encontrar eco tanto nos tribunais como nos autores que contestam a tese do consentimento.

Do lado da jurisprudência, ela é expressamente sufragada em pronunciamentos como o do Tribunal Federal (10.02.76), vertido a propósito de um caso de "jogo perigoso" em futebol.[69] Também o supremo tribunal germânico afasta aqui a invocação do consentimento – que apoda de "*suposição artificial*" – porquanto, lê-se na fundamentação do aresto, dificilmente se poderá sustentar "que o participante num jogo de futebol consinta na sua própria lesão (...). Pelo contrário, todo o futebolista espera e confia poder acabar o jogo sem sofrer qualquer lesão". Por vias disso, também o BGH comete a solução normativa dos problemas a critérios de "tipicidade objectiva (...) não interessando a atitude individual de cada jogador".[70]

67. Eb. Schmidt, "Schlägermensur und Strafrecht", *JZ* 1954, pp. 369 ss.
68. *Idem*, p. 372.
69. BGHZ 63, 140 = *NJW* 1976, pp. 109 ss.
70. *NJW* 1976, p. 110.

Do lado da doutrina, esta argumentação está presente em praticamente todos os opositores da doutrina do consentimento e particularmente naqueles que erigem o resultado em momento essencial (a par da acção) do *objecto do consentimento*. Acolhendo-nos, por exemplo, à formulação de Rössner: "Apesar da reconhecida perigosidade do desporto, todo o jogador espera acabar o jogo sem sair lesionado. Adscrever ao consentimento uma lesão que, até ao limite do possível, se procura evitar é uma suposição artificial, que passa ao lado da realidade".[71]

22. Tal como resulta exposta, esta crítica à doutrina do consentimento parece ter o seu destino – sc., a sua pertinência e plausibilidade – vinculado à sorte da doutrina do *objecto do consentimento* que lhe está subjacente. E que erige o resultado em momento nuclear e insuprível do *objecto do consentimento* e da *área de consentimento*.

Numa primeira consideração, poderia, por isso, acreditar-se que a crítica resultaria neutralizada face a respostas alternativas ao problema do objecto do consentimento. Nomeadamente, face *às teorias da acção* ou *às teorias do risco*. Que, recorda-sé, denegando ao desvalor de resultado um *significado constitutivo* no ilícito negligente, lhe retiram consequentemente qualquer relevo como objecto do consentimento. Reportando-se exclusivamente ao desvalor-de-acção, isto é, à acção contrária ao dever de cuidado, o consentimento não deixa espaço de relevância para o desvalor-de-resultado, pura e simplesmente "irrelevante para a problemática do consentimento" (Hirsch). Na síntese do BayOLG, no já citado aresto a propósito de um dos *leading cases* (8-11-60) em matéria de direito penal do desporto: "o consentimento reporta-se ao desencadear da causação do resultado e nessa medida à acção do agente e ao seu resultado. Quem consente na acção que cria o risco tem (*muss*) também de assumir todas as suas consequências".[72]

71. RÖSSNER (como na n. 8), p. 316. No mesmo sentido, ESER (como na n. 2), p. 372; ZIPF (como na n. 2), p. 92; DÖLLING (como na n. 4), p. 44; DONNATSCH (como na n. 3), p. 422; ENSTHALER (como na n. 39), pp. 57 ss.; SCHILD (como na n. 3), p. 522.

72. *JR* 1961, p. 74.

A partir daqui parece estar aberto o caminho para a justificação, por consentimento, das lesões ocorridas no desporto, seja qual for a postura do agente em relação a elas. Ainda aqui, porém – e sem prejuízo das exigências quanto ao cumprimento das regras da modalidade – com diferenças sensíveis no que toca ao âmbito da justificação. Enquanto, por exemplo, o BayOLG circunscreve a eficácia justificativa aos limites da disponibilidade (com exclusão das lesões corporais graves), já a generalidade dos autores leva a justificação a qualquer resultado, a morte incluída.[73]

Postos entre parênteses os problemas gerais da validade dogmática, consistência metodológica e adequação político-criminal das *teorias da acção* e das *teorias do risco*, não parece que elas acabem por se revelar particularmente fecundas na perspectiva da justificação das lesões no desporto. Não se desconhece que estas teorias ficaram em boa medida a dever-se ao propósito de alargar a intervenção e eficácia do consentimento no domínio do facto negligente. Como Hirsch expressamente reconhece, a exigência de estender o objecto do consentimento ao resultado equivaleria à "negação fáctica da possibilidade do consentimento, já que o resultado do facto negligente não é, por regra, querido pela vítima".[74] Na mesma linha e reportando-se directamente ao desporto, refere, por seu turno Schaffstein: "o mesmo vale para o futebolista e o praticante de boxe que, em qualquer caso, só consentem nas lesões ligeiras e adequadas à respectiva modalidade; para além disso, só consentem na colocação em risco e não nas lesões graves e menos ainda na morte".[75]

Ora – mesmo não curando do acerto da manipulação do regime de uma figura jurídico, com o propósito de alargar o seu âmbito de eficácia – a verdade é que, mesmo assim, pouco espaço sobrará na prática para a intervenção do con-

73. Assim, por todos, SCHAFFSTEIN (como na n. 39), pp. 560 ss.

74. HIRSCH, *LK*, 11. Aufl., Rn. 107 antes do § 32.

75. SCHAFFSTEIN (como na n. 39), p. 565.

sentimento no desporto. Isto porquanto, mesmo circunscrito o consentimento na acção (perigosa), sempre será necessário reservar ao portador concreto do bem jurídico o *domínio sobre a acção consentida*. Sempre lhe assistirá legitimidade para definir com total autonomia o *se*, o *quando*, o *quem* e o *como* da acção. Uma possibilidade que manifestamente não sobra no desporto, *maxime* nas modalidades que opõem equipas. Assim, seja qual for a fecundidade das teorias da acção e do risco face a muitas das constelações de *heterocolocação em risco consentida* – como no caso de escola do passageiro que aceita ser transportado por um automobilista em estado de embriaguez – ela tende a reduzir-se drasticamente no campo do desporto.[76]

É o que nos permite ilustrar a citação apressada[77] da doutrina de Hansen, uma das referências da teoria do risco.[78] Que, em consonância com a dimensão teleológico-axiológica do consentimento, não deixa de sublinhar a exigência de que o consentimento se reporte a um perigo "*determinado*". Uma determinação nomeadamente, "quanto à pessoa do agente, ao modo de produção e à natureza da lesão".[79] Só que, estranhamente, o autor considera *determinados* os riscos produzidos sob observância das regras da modalidade; qualificando, inversamente, como *indeterminados* os riscos associados à violação das regras. E "é *indeterminado* não em relação ao agente – é o adversário ou um dos praticantes pertencentes ao círculo claramente delimitado da equipa adversária – mas em relação ao *se* e sobretudo quanto à *natureza* e ao *modo* com que uma violação das regras pode

76. Neste sentido, também DÖLLING (como na n. 4), pp. 43 ss.; ou ENSTHALER (como na n. 39), p. 57. Segundo este autor: "o consentimento é um processo individual. Isto significa que a área e a amplitude da permissão mediatizada pelo consentimento é determinada pelo autor do consentimento independentemente de se definir a acção ou o resultado como objecto do consentimento".

77. Para uma referência mais desenvolvida, C. ANDRADE (como na n. 1), pp. 352 ss. E CANCIO MEUÁ (como na n. 66), pp. 148 ss., que se refere desenvolvidamente aos movimentos de "espiritualização" do consentimento.

78. Cf. HANSEN (como na n. 39), pp. 75 ss.

79. *Ibidem*, p. 78.

ocorrer ao longo de um jogo".[80] *Brevitatis causa* e num sumário relance crítico, do ponto de vista da *determinabilidade/indeterminabilidade*, não parece que sobrem diferenças significativas entre os riscos associados, respectivamente, à violação e ao cumprimento das regras da modalidade.

23. Noutra direcção, não será difícil pôr em evidência a incompatibilidade entre o desporto e o consentimento. Isto é, entre o desempenho autor-referente do sentido do desporto, com a sua lógica generalizadora, e a lógica individualizadora e centrífuga das concretas cristalizações da autonomia individual. A aplicação do consentimento ao desporto fracassaria, na expressão de Cancio Meliá entre "a Cila da impossibilidade prática de dar validade ao consentimento e a Caríbdis da adulteração da instituição".[81] Tratar-se-ia, com efeito, de adulterar a figura plasmada pelo Direito para assegurar o triunfo da automomia individual, convertendo-a em mediador de valorações heterónomas. Uma perversão agravada pela circunstância de se imputar à vontade do ofendido, "como sendo próprias, o que não passa de valorações do legislador".[82] Insistindo em *impor ao desportista que ele quis o que a ordem jurídica lhe quer impor*. Na síntese de Ensthaler, de um "*Einwilligenkönnen*" conclui-se por um "*Einwilligenmüssen*".[83]

A alternativa, a intervenção do consentimento na plenitude dos seus pressupostos e exigências, determinaria, sem mais, a paralização do desporto, principalmente em se tratando de desportos que opõem entre si equipas. No regime do consentimento sobrelava, como momento nuclear, a legitimidade reservada ao portador do bem jurídico, de demarcar com total liberdade a *área do consentimento*. Posta entre parênteses a querela do objecto – resultado *versus* acção e risco

80. *Ibidem*, pp. 79 s.

81. M. CANCIO MELIÁ, "La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. ('Imputación a la víctima')", *Revista de Derecho Penal y Criminologia* 1998, p. 70.

82. ENSTHALER (como na n. 39), p. 31.

83. *Ibidem*, p. 68.

– será sempre ele a decidir do *se*, do *quando*, do *quem* e do *como* de um consentimento que, além do mais, *pode revogar a todo o tempo*. Num desporto como o futebol, cada um dos 22 jogadores poderia demarcar o seu consentimento em termos absolutamente excêntricos em relação a cada um daqueles tópicos. Na certeza de que uns podem dar consentimento outros não; uns podem revogá-lo outros não; os que revogam podem fazê-lo em momentos diferentes. "O que, como bem se representa, significaria a atomização e dispersão do universo de sentidos, de modelos de acção, papéis e expectativas que suportam o meio de comunicação que é o futebol. Isto é, a complexidade resultante do policentrismo de áreas de consentimento impossibilitaria, na prática, a modalidade desportiva".[84]

24. Como a seu tempo pôde já Eb. Schmidt sustentar, o que fica dito vale mesmo para o boxe e as modalidades que obedecem ao mesmo modelo de interacção: modalidades travadas entre dois praticantes individuais, cada um deles tendo por finalidade atingir e lesar o adversário, como forma de o derrotar. Alguns autores consideram que, à vista da concretização do agente, da acção e do risco, se encontrariam aqui preenchidas as exigências da tensão centrífuga e individualizadora própra do consentimento. Por vias disso, não faltam vozes, mesmo entre as que, em geral, denegam a doutrina do consentimento, a sustentar que o consentimento configura uma instância idónea de legitimação das lesões em desportos como o boxe.[85]

Mas também aqui sem fundamento. Tanto pela sua conduta como pelas medidas de protecção adoptadas, também o praticante de boxe revela claramente que quer atingir o adversário, evitando ao mesmo tempo as suas próprias le-

84. C. ANDRADE (como na n. 1), p. 319. Em sentido convergente, DÖLLING (como na n. 4), p. 45; STOLL (como na n. 66), p. 261 ss.; ENSTHALER (como na n. 39), pp. 31 ss.; RÖSSNER (como na n. 8), p. 316; ZIPF (como na n. 2), p. 92; MÜNZBERG (como na n. 27), pp. 308 ss.; DONNATSCH (como na n. 3), pp. 421 ss.; NIEDERMAIR (como na n. 6), pp. 131 ss.

85. Neste sentido, por exemplo, RÖSSNER (como na n. 8), p. 117; DÖLLING (como na n. 4), pp. 64 s. Do lado da jurisprudência, esta posição foi também sustentada pelo BGH (cf. *NJW* 1976, p. 110).

sões. Na síntese de Jakobs, o praticante de boxe "não só não quer a lesão por parte do adversário como também não quer a acção causadora, antes actua com a finalidade de a evitar".[86] Por outro lado e como Niedermair observa, a fidelidade à figura e ao regime do consentimento exigiria a verificação dos respectivos pressupostos em relação a cada um dos golpes em que o combate se desdobra.[87]

Tudo visto, também aqui a legitimação das lesões tem menos a ver com a autonomia e a vontade individuais do que com as *regras que heteronomamente disciplinam a modalidade*. Na pertinente observação de Donnatsch, é preciso distinguir com rigor "entre, por um lado, o consentimento numa lesão concreta ou numa concreta acção arriscada e, por outro lado, outras legitimações que decorrem de um complexo normativo, em primeira linha as regras do desporto". Segundo o autor, abandona-se já o domínio do consentimento quando os direitos e deveres dos praticantes não se fundamentam exclusivamente "na vontade expressa ou tácita do adversário, mas pelo menos também em normas reconhecidas, gerais e abstractas". Por isso, também "o pugilista pratica o seu desporto apoiado nas regras específicas da modalidade e não no consentimento dos respectivos concorrentes".[88]

25. A conclusão alcançada pela incompatibilidade entre o desporto e o consentimento significa ao mesmo tempo a separação das águas entre o ordenamento jurídico do desporto, *objectivo e heterónomo*, e as figuras ou institutos jurídicos cuja eficácia jurídica releva do sancionamento normativo das expressões da autonomia individual. Na síntese de Ensthaler, "a empresa desportiva reclama uma ordenação generalizada, independente do conteúdo da vontade individual".[89]

86. JAKOBS (como na n. 39), p. 251. No mesmo sentido, EB. SCHMIDT (como na n. 66), p. 372; NIEDERMAIR (como na n. 6), pp. 131 ss.; SCHILD (como na n. 3), p. 522; e DONNATSCH (como na n. 3), pp. 423 ss.

87. NIEDERMAIR (como na n. 6), p. 131.

88. DONNATSCH (como na n. 3), p. 424.

89. ENSTHALER (como na n. 39), p. 58.

Na superação jurídico-criminal dos problemas suscitados pelo desporto e no desporto, e particularmente dos problemas de legitimação da ofensas corporais, ou mesmo da morte, terão de privilegiar-se paradigmas e soluções de "tipicidade objectiva" (Noll). A separação entre as lesões lícitas e ilícitas terá, pois, de fazer-se segundo "regras gerais (...) sem consideração pela atitude real do interessado, uma consideração que, de resto, seria em grande medida impossível para os demais praticantes".[90] Em sentido convergente, precisa Walther que no desporto a adequação social se afere segundo critérios de "permissão *geral e abstracta* (*abstrakt genereller Erlaubtheit*), que não carecem do correspondente juízo individual de legitimação". Segundo a autora, "os riscos associados ao desporto não são socialmente adequados porque o desportista assume ele próprio ('consente') o risco; a adequação social das condutas que provocam lesões é antes determinada segundo as regras de comportamento e de jogo reconhecidas para a respectiva modalidade".[91]

Como de vários lados se acentua, há seguramente um "*momento de consentimento*", que constitui um pressuposto necessário da legitimação do jogo e das lesões: é a decisão livre de participação e de aceitação das regras. Também o desporto pertence àquele universo de "comportamentos regulamentados associados a autorizações prévias" de que fala Frisch.[92] Só que isto "não altera em nada o facto de, por exemplo, o conjunto de comportamentos *futebol* ser particado (sic) de forma desvinculada do contexto subjectivo – para além da assunção da intervenção no contexto social – dos praticantes. Neste sentido, o que é relevante aqui não é o consentimento (que introduz o contexto) mas a autorização geral".[93]

90. W. Preussj, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, 1974, p. 141.

91. Walther (como na n. 66), p. 24.

92. W Frisch, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 115.

93. Cancio Meliá (como na n. 66), p. 366. No mesmo sentido se pronuncia Dölling, segundo o qual o "momento de consentimento" se limita à participação livre no evento desportivo, onde, a partir daí, tudo é regulado segundo critérios objectivos. Na formuação (sic) do autor: "o despor-

26. No que fica dito vão já contidas as razões que, a nosso ver, comprometem a pertinência metodológica e dogmática de algumas das construções doutrinais de enquadramento das lesões corporais, alternativas à doutrina do consentimento.

Temos fundamentalmente em vista as doutrinas que apelam para figuras como a *heterocolocação-em-risco-consentida*, uma causa de exclusão da imputação objectiva, cunhada por Roxin e que hoje continua a fazer curso, no essencial, com o recorte que o seu criador lhe emprestou. O mesmo valendo para figuras no essencial sobreponíveis e que correm sob nomes como *abandono-do-bem-jurídico* (Ensthaler), *lesão-de-interesses* (Frisch).[94]

É que, apesar das profundas diferenças que separam estas figuras do consentimento, não pode desatender-se que elas mantêm com ele um significativo momento de comunicabilidade. Tanto o consentimento como a *heterocolocação-em-risco-consentida* prestam, cada qual a seu modo, homenagem a um *momento de vontade* do portador do bem jurídico. Em ambos os casos, "é uma manifestação de vontade do portador concreto do bem jurídico que aparece como motivo da valoração da ordem jurídica e como fundamento da mesma consequência prático-jurídica: a relativização da responsabilidade penal do agente".[95] À seme-

to configura uma área autónoma onde também no que toca à determinação das condutas possíveis têm de valer regras específicas, para que esta área permaneça capaz de funcionar. O indivíduo pode decidir livremente se quer intervir nesta área e participar na prática desportiva. Se, porém, ele se decide pela participação, então ele tem de aceitar, para as suas posições jurídicas, as limitações que decorrem da regulamentação jurídica do desporto". DÖLLING (como na n. 4), p. 60.

94. Cf. ENSTHALER (como na n. 39), *passim*, sobretudo, pp. 23 ss.; FRISCH (como na n. 39), pp. 116 ss. Como exemplo de proposta de enquadramento das lesões no desporto na figura e no regime da *heterocolocação-em-risco-consentida*, NIEDERMAIR (como na n. 6), pp. 130 ss. Em sentido convergente, falando da "imputação à área de responsabilidade da vítima" em nome da "autovinculação (do atleta) através da sua participação no jogo", D. STERNBERG-LIEBEN, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 1997, pp. 339 ss.

95. C. ANDRADE (como na n. 1), p. 297. Simplesmente, como já tivémos oportunidade de precisar, é claramente divergente o sentido da referência normativa à vontade, atitude ou conduta do portador do bem jurídico. No consentimento, o recuo da ordem jurídica faz-se em consonância com a vontade do ofendido. Já na herocolocação-em-risco-consentida o juízo normativo não valora

lhança do consentimento, também na *heterocolocação-em-risco-consentida* é a autorresponsabilidade do portador do bem jurídico que "chama" as soluções jurídico-penais. Nesta linha, não deixa de ser fundadamente que Frisch, reportando-se a constelações de *heterocolocação-em-risco-consentida* refere que "é o próprio beneficiário da protecção penal que através da sua pré-decisão responsável (o desejo ou a aceitação de uma conduta perfeitamente compreendida) *co-define o respeito em concreto devido ao bem jurídico e, por essa via*, coloca o agente e a sua conduta perigosa fora do respeito devido" aos bens jurídicos.[96]

Em síntese conclusiva: pela homenagem que presta à autorresponsabilidade da vítima e pelo seu sentido, em última instância individualizador, também a *heterocolocação-em-risco-consentida* se mostra incompatível com o sentido generalizador e abstracto do desporto. Não é, de resto, por acaso que a generalidade dos autores fazem depender a actualização da figura e do pertinente regime da exigência de que o lesado tenha em relação à actuação comum a mesma responsabilidade que o agente.

27. As dificuldades sentidas pelas doutrinas que vinculam as soluções prático-jurídicas à variável da "responsabilidade" da vítima – seja como *consentimento* seja como *Risikoübernahme* – são, no essencial, ultrapassadas pela doutrina do "*consentimento não-final*" de Jakobs.[97]

a vontade *qua tale*, no seu conteúdo e intencionalidade subjectiva, mas antes o estado de coisas criado por "responsabilidade" do ofendido. Mais, o recuo da ordem jurídica é ditado por exigências de justiça, *praeter* e não raro *contra* a vontade do lesado. C. ANDRADE, *id. ibidem.* No mesmo sentido, ENSTHALER, segundo o qual, enquanto a *Rechtsgutspreisgabe* significa a perda da tutela penal que o lesado tem de aceitar (*hinnehmen muss*), o consentiento (sic) significa, inversamente, a escolha da perda de tutela pelo próprio lesado (Como na n. 39), p. 31. No mesmo sentido FRISCH (como na n. 39), pp. 116 ss. Significativamente e sem prejuízo das diferenças, FRISCH leva tanto o consentimento como a "lesão de interesses", à mesma e comum categoria de *Interessenpreisgabe*. Sobre a contraposição entre consentimnto (sic) e heterocolocação-em-risco-consentida, U. HELLMANN, "Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung", *Festschrift-Roxin*, 2001, pp. 274 ss.

96. W FRISCH (como na n. 92), p. 147.

97. Sobre o "*unfinale Einwilligung*", JAKOBS (como na n. 39), pp. 250 ss.

Segundo o autor, o "*consentimento não-final*" não tem por objecto nem o resultado, nem o perigo nem sequer a acção. Aqui o portador do bem jurídico decide apenas participar numa "situação ou num contexto social prenhe de consequências", tendo, por isso, de aceitar todas as consequências associadas à participação no contexto social. O que define o *consentimento não-final* é a "criação pelo portador dos bens jurídicos de uma situação (*Lage*) em que já não é de respeitar o seu arbítrio (*Willkür*). Trata-se de definir a competência quanto aos custos indesejados de um contacto social em que a pessoa com legitimidade para dispor dos bens jurídicos não quer a conduta (em si) lesiva do agente, mas aspira a um determinado modelo de contacto social que não é possível sem aquele comportamento prenhe de consequências".[98] Uma situação que Jakobs ilustra precisamente com uma constelação fáctica pedida ao desporto: o futebolista que não quer seguramente ser bloqueado ou acotovelado por um adversário, muito menos sofrer uma qualquer lesão. Só que ele sabe que a prática da modalidade está necessariamente associada àquela eventualidade.

Não é seguramente o acerto material (do ponto de vista da justiça e da adequação político-criminal) da construção de Jakobs que suscita reservas. À semelhança de outras vozes críticas,[99] o que fundamentalmente questionamos é se, em rigor, o "*consentimento não-final*" tem alguma coisa a ver com o "*consentimento final*": E se podem esperar-se alguns ganhos doutrinais e prático-jurídicos do tratamento unificado, *sub nomine* de *consentimento*, de duas figuras tão diferentes e mesmo antinómicas em pontos nucleares. Na verdade e ao contrário do que sucede com o "*consentimento final*", o "*consentimento não-final*" obedece a critérios prevalentemente objectivos, tipificados e heterónomos. Para além disso e sobretudo, o seu regime releva do *conflito*, nesta medida se contrapondo ao

98. *Ob. cit.*, p. 250.

99. Assim, por exemplo, DÖLLING (como na n. 4), p. 46; CANCIO MELIÁ (como na n. 66), p. 190. Sobre o tema, cf. ainda, desenvolvidamente, C. ANDRADE (como na n. 1), pp. 357 ss.; e SCHILD (como na n. 3), p. 526 ss.

verdadeiro consentimento (final), que mediatiza e sanciona soluções de *consenso*. Razão assiste, por isso, a Paredes Castanon quando sugere que a doutrina do consentimento não-final "se aproxima já muito da ideia – mais objectiva do risco proibido".[100]

28. Abandonadas as tentativas de buscar a legitimação das lesões no desporto do lado da "responsabilidade" da vítima – *na medida* do consentimento ou da assunção do risco – cabe ensaiar caminho entre as soluções de índole objectivo-heterónoma. Ainda assim um caminho dificultado pela pluralidade de propostas, reportando-se a praticamente todas (sic) os momentos ou categorias da infracção criminal,[101] avultando naturalmente as doutrinas que privilegiam o *tipo* e a *ilicitude/justificação*. Isto descontadas construções como a subscrita por Schild que recorre para o efeito à ideia de "*espaço livre de direito* (*rechtsfreie Raum*)".[102]

Neste contexto sobressaem, tanto pela consistência doutrinal e pelo número e prestígio dos seus defensores, como pelo eco que encontram nos tribunais, as doutrinas da *adequação social* e do *risco permitido*, ambas invocadas como operando já ao nível do tipo, já ao nível da ilicitude. Por exemplo, a *adequação social* que alguns (Zipf ou Dölling) invocam como *causa de exclusão da tipicidade* das lesões no desporto, conhece igualmente autores que a encaram como uma causa de justificação dos mesmos factos.[103] De igual modo, também o *risco permitido*, em geral concebido como causa de afastamento do tipo em sede de im-

100. J. M. Paredes Castanon, "Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas questiones jurídico-penales", *ADPCP* 1990, p. 653.

101. Para uma primeira recensão, Dölling (como na n. 4), pp. 48 ss.

102. Schild (como na n. 3), pp. 585 ss. Esta doutina (sic) do *espaço livre de direito* – mais precisamente do "*rechtsentlassene Raum*" – que leva a resultados sensivelmente idênticos aos que aqui vimos sustentando, significa que o direito (estadual) se retira do desporto, cometendo a sua organização e disciplina à respectiva regulamentação autónoma. O direito, concretamente, o direito penal, só intervém quando as lesões ultrapassam o campo do agir "*imanente*" ao desporto e deixam *hoc sensu* de ser "*Sportverletzungen*". Até se atingir esse limite (em que cabem casos de violação dolosa das regras do jogo), as lesões, mais do que lícitas, são mesmo juridicamente irrelevantes.

103. Assim, por exemplo, Eb. Schmidhäuser, *Strafrecht. A. T. Lebrbuch*, 1975, p. 300.

putação do resultado, é por vezes levado à conta de justificação das lesões no desporto.[104]

Em tese, seriam pensáveis outras soluções doutrinais para sustentar, tanto em sede de tipicidade como de licitude, a legitimidade das lesões no desporto.

Do *lado do tipo*, seria pensável uma via de redução tipológica, *v. g.*, da incriminação das *Ofensas corporais*. No sentido de considerar que as lesões ocorridas no desporto – e dentro do limiar que já tivémos oportunidade de assinalar – não podem, pelo seu sentido e significado ético-sociais, considerar-se como uma concretização da danosidade social, do desvalor e da dignidade penal das lesões levadas à factualidade típica da incriminação.[105] Isto na linha de uma compreensão das coisas análoga à sustentada pela doutrina alemã para, à margem de solução legalmente positivada – como a constante do art. 150.º da codificação penal portuguesa – defender a atipicidade das intervenções médico-cirúrgicas.

Enquanto isto e *do lado da ilicitude*, talvez não fosse desajustado pensar numa justificação assente na ideia de *prossecução de interesses legítimos*. Uma causa de justificação, no essencial, sobreponível à dirimente que, sob este nome, está consagrada na lei penal portuguesa para os crimes *contra a honra* (art. 180.º, n. 2, do Código Penal) e *contra a reserva da vida privada* (art. 192.º, n. 2, do Código Penal). E que razões de analogia material, mediatizadas por uma interpretação sistémica dos factos, na linha do que já tivémos oportunidade de ensaiar, permitiriam aplicar, com as adaptações necessárias, às lesões ocorridas no desporto.

29. A opção por uma das construções doutrinais subsistentes dependerá fundamentalmente dos créditos de que elas possam fundadamente reivindicar-se ao nível da doutrina geral da infracção. Além do mais porquanto a já referenciada tendência para o encurtamento das distâncias, no que aos resultados prá-

104. Assim, ESER (como na n. 2), pp. 371 ss.

105. No sentido da não pertinência ao tipo, cf., por exemplo, FALLER. *Apud* DÖLLING (como na n. 4), p. 48.

ticos concerne, ganha uma expressão particularmente nítida neste espectro, agora já substancialmente reduzido, de alternativas doutrinais. É o que bem demonstra a sobreposição praticamente total dos resultados sustentados em nome de construções distintas por autores como Dölling (*adequação social*), Eser (*justificação por risco permitido*) e Rössner (*denegação do tipo por ausência de desvalor de acção*).

Postas assim as coisas, cremos, em primeiro lugar, dever acompanhar Rössner na parte em que privilegia *o tipo como instância de enquadramento das questões*. Por se nos afigurar que o tipo – pensado como expressão abstracta da danosidade social e da dignidade penal da conduta – se mostra mais indicado para ancorar soluções de vocação claramente geral-abstracta como têm de ser, pelas razões já expendidas, as soluções normativas das lesões no desporto. Diferentemente, já a ilicitude surge vocacionada para sustentar juízos concretos de tolerabilidade/intolerabilidade, em função da valoração da dignidade penal no contexto de uma concreta situação de conflito.[106] Acresce a circunstância não despicienda de a eficácia de uma causa de justificação estar dependente do concreto preenchimento dos pertinentes *pressupostos subjectivos*. Uma exigência cuja satisfaçãao (sic) não seria realista esperar na massiva fenomenologia das lesões corporais ocorridas no desporto e tidas como lícitas.

Em segundo lugar, a nossa preferência vai para a doutrina do *risco permitido*, hoje relativamente consensual e estabilizada no seu sentido e alcance, *maxime* no contexto da imputação do resultado.

Na aplicação do risco permitida às lesões ocorridas no desporto, importa sublinhar dois enunciados cujo alcance terá já ficado referenciado ao longo do presente estudo. Por um lado, deve ter-se presente que o *limiar do risco permitido se coloca aqui a um nível mais elevado do que sucede nas demais e comuns áreas de ris-*

106. No que fica dito vai implícita uma compreensão das relações entre tipo e ilicitude, na linha da sustentada, *v.g.*, por ROXIN (como na n. 26), pp. 232 ss.

co. Por outro lado, *a fronteira do risco permitido do direito 'penal' do desporto não se sobrepõe necessariamente à linha de violação das regras da modalidade*. O que equivale a admitir que o risco (*penalmente*) permitido cobre aqui um universo significativo de lesões provocadas pela violação das regras do jogo.

Procurando explicitar melhor as coisas no que a este último enunciado concerne, sublinha-se que ele apela para um exercício de integração normológica bem conhecida no contexto da doutrina da negligência. Onde não são raras as constelações em que a violação das "regras técnicas" não leva necessariamente consigo o ilícito penal.[107] Dito com Roxim "a violação das regras do tráfego representa seguramente um ponto de apoio para a determinação da negligência. Mas ela não dispensa uma autónoma comprovação judicial do risco criado".[108] Se é assim, em geral, por maioria de razão terá de sê-lo no domínio do desporto. Isto à vista da autonomia sistémica do desporto e da já assinalada assimetria entre as normas do desporto e as normas do direito penal. Resumidamente, as regras do jogo, para além de autónomas na sua génese – ao contrário das normas que regulam o tráfego rodoviário, de criação estadual, estas regras emanam dos organismos que dirigem a modalidade – carregam uma axiologia onde pontificam os valores da ética ou da *fairness* desportiva. Dito com Rössner, a violação sancionada por um árbitro "não tem necessariamente de representar uma acção contrária ao dever no contexto da realização negligente e penalmente relevante do tipo".[109] E é assim mesmo em se tratando de regras também preordenadas à tutela da vida e da integridade física.[110] Porque mesmo a violação destas normas

107. Desenvolvidamente, ROXIN (como na n. 26), p. 926. Para o domínio específico do desporto, DONNATSCH (como na n. 3), pp. 407 ss.; RÖSSNER (como na n. 8), p. 322.

108. ROXIN, *ibidem*, p. 926. No mesmo sentido e para o domínio específico do desporto, DONNATSCH (como na n. 4), pp. 407 ss.; KAUFMANN (como na n. 7), pp. 211 ss.

109. ROSSNER (como na n. 8), p. 324. No mesmo sentido, SCHILD (como na n. 3), pp. 387 ss.

110. O que nem sempre se dá. Não é assim, por exemplo, com a regra que, no futebol, proibe jogar a bola com a mão.

não determina necessariamente a relevância das lesões no contexto das incriminações das ofensas corporais ou do homicídio.[111]

Em síntese conclusiva, pode admitir-se que a obediência às regras do jogo afastará, em princípio, o tipo e, por vias disso, a ilicitude e as reacções criminais.[112] Mas já a inversa não é verdadeira: a violação das regras do jogo não tem necessariamente – nem sequer normalmente – de realizar o risco proibido capaz de suportar a imputação do resultado lesivo típico. Tal só sucederá nas constelações em que a violação das regras, pela sua violência e desproporcionalidade e pela gravidade das lesões produzidas, *perde a conexão de sentido com o jogo*, mesmo o jogo jogado com o mais exasperado e agónico empenhamento.[113]

A citação da experiência do *doping*, feita de forma apressada e a benefício de ulterior e mais aturada reflexão, ilustrará de forma particularmente expressiva e exposta a assimetria entre as regras do jogo e a lei penal. Sistematicamente proibido e punido no contexto do desporto como ilícito disciplinar, não está excluída a possibilidade do sancionamento criminal do *doping*, em nome da protecção de específicos valores ou bens jurídicos imanentes ao desporto. Já se afigura impertinente a sua punição a título de ofensas corporais, invocando nomeadamente para o efeito o limite dos *bons costumes*. Suposta a aplicação heterolesiva e que não se ultrapasse o limite das lesões graves e irreversíveis, o facto estará *justificado por consentimento validamente expresso*. A punição a título de *ofensas corporais* representaria uma apócrifa integração na área de tutela da incriminação de inte-

111. Neste sentido, expressamente, ROXIN (como na n. 26), p. 926.

112. Uma asserção que, em qualquer caso, não reivindica validade absoluta e axiomática. Por se reconhecer com ROXIN que "a observância das regras do tráfego não afasta necessariamente a criação de um risco proibido". *Ibidem*, p. 926. Na mesma linha e no contexto de um pronunciamento já citado e relativo a um caso de lesões corporais no desporto, considera a Suprema Corte italiana que "é possível que seja responsável por negligência o atleta que, na luta contra o seu adversário, não mantenha o devido controlo da sua acção, mesmo cumprindo fielmente todas as regras de uma dada modalidade desportiva. *Apud* RIZ (como na n. 4), p. 247.

113. E deixam de ser "*Sportverletzungen*", no sentido que SCHILD dá à expressão, isto é, lesões "*imanentes*" ao desporto. Cf. SCHILD (como na n. 3), p. 590.

resses – nomeadamente de interesses ou valores pertinentes à ética e à *fairness* desportiva – que nada têm a ver com a integridade física. Representaria, noutros termos, uma "*permuta do bem jurídico* (*Rechtsgutsvertauschung*)" (Sternberg-Lieben), para a qual o intérprete e aplicador da lei não estão legitimados.[114]

114. Em abono da ineficácia do consentimento por violação dos *bons costumes*, cf., por todos, ESER (como na n. 2), p. 369; U. WEBER, "Oblektive Grenzen der strafbefreienden Einwilligung in Lebens-und Gesundheitsgefährdung", *Festschr Baumann*, 1992, p. 54. Nós próprios nos pronunciámos neste sentido em *Comentário Conimbricense*, I, pp. 292 e 301, opinião que entendemos, depois de melhor consideração, alterar no sentido que fica assinalado no texto. Contra a aplicação da cláusula dos *bons costumes* e a favor da eficácia do consentimento, D. STERNBERG-LIEBEN (como na n. 94), pp. 512 ss. No mesmo sentido, NIEDERMAIR (como na n. 6), pp. 146 ss.

Política criminal ambiental na Amazônia: preservação do ambiente e sobrevivência humana[1]

René Ariel Dotti

Professor Titular de Direito Penal. Vice-Presidente e Membro do Comitê Científico da Associação Internacional de Direito Penal (Paris) e Presidente do Grupo Brasileiro (AIDP-Brasil). Membro da Sociedade Mexicana de Criminologia.

Sumário: 1. Introdução: 1.1 A devastação ambiental; 1.2 A globalização; 1.3 Os Direitos Humanos – 2. A Amazônia: 2.1 Extensão e importância; 2.2 A Floresta Amazônica brasileira – 3. Os atentados ao meio ambiente: 3.1 Referência histórica; 3.2 A extraordinária dimensão dos atentados; 3.3 Os atentados ao meio ambiente mundial; 3.4 Os atentados à Amazônia brasileira; – 4. Textos legais de proteção: 4.1 Disposições constitucionais brasileiras; 4.2 Disposições constitucionais estrangeiras; 4.3 Resumo indicativo da legislação ordinária brasileira – 5. Gestão ambiental da Amazônia: 5.1 Breves notas; 5.2 A pressão das Organizações Não Governamentais (ONGs); 5.3 As carências dos sistemas de proteção ambiental – 6. O aumento das taxas do desflorestamento – 7. Política criminal – 8. Uma política criminal para a Amazônia: 8.1 A suficiência da legislação vigente; 8.2 A questão da competência jurisdicional; 8.3 Desenvolvimento sustentável – 9. Perspectivas para o futuro – 10. Propostas de política criminal: 10.1 Aplicação de medidas e sanções administrativas; 10.2 O exercício da Ação Popular; 10.3 O exercício da Ação Civil Pública; 10.4 A aplicação de sanções criminais; 10.5 A federalização dos crimes contra os Direitos Humanos – 11. A solidariedade coletiva.

1. Texto da Conferência redigida para a Conferência Anual 2005 Primeiro Simpósio Pan-Amazônico – O futuro da Amazônia e os Direitos da Humanidade, realizado em Belém (BR), 26/28 de outubro de 2005. Promoção do Curso Ideal em convênio com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), São Paulo (BR).

Política criminal ambiental na Amazônia

Resumo: A busca do crescimento desenfreado, estimulada pelo processo da *globalização,* tem causado sensível degradação das riquezas naturais. Neste sentido, inúmeros foram os atentados mundiais contra o meio ambiente no Século XX. Não alheia a tal situação, a Amazônia brasileira vem sentindo os efeitos dos graves atos predatórios, com o crescente desmatamento de sua área e dos elementos naturais. Utilizando-se a Constituição Federal e a vasta legislação ambiental brasileira, deve-se proceder à correta gestão ambiental da Amazônia, aplicando-se uma vigorosa política de proteção com medidas, ações e penalidades através de procedimentos administrativo, civil e criminal, com largo exercício da Ação Popular e da Ação Civil Pública e a necessária federalização dos crimes contra os Direitos Humanos.

Palavras-chave: Globalização – Meio Ambiente – Atentados – Desmatamento – Legislação ambiental – Gestão ambiental – Política Criminal Ambiental – Medidas administrativas – Medidas criminais – Ação Popular – Ação Civil Pública – Federalização – Direitos Humanos.

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

Constituição de Portugal, art. 66.º: "(...) Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: (...), *g)* Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente; *h)* Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com proteção do ambiente e qualidade de vida."

Constituição da Espanha: "art. 45. 2. Os Poderes Públicos velarão pela utilização racional de todos os recursos naturais, com o fim de preservar e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva."

1. Introdução

1.1 A devastação ambiental

O *dano ambiental* é uma expressão muito genérica e abrangente de uma imensa variedade de aspectos que resumem os bens e os interesses protegidos pela norma jurídica. Segundo a lição de PASSOS DE FREITAS, fundada não somente na experiência da cátedra universitária como também na experiência das funções do Ministério Público e da magistratura, não há como se definir dano ambiental, fenômeno que deve ser avaliado caso a caso.[2] Já para MICHEL PRIEUR, dano ambiental é "aquele que se constitui em um atentado ao conjunto de elementos de um sistema e que por sua característica indireta e difusa não permite, enquanto tal, que se abra direito a sua reparação."[3]

Mas as possíveis dúvidas acerca da elaboração de um conceito jurídico através de uma fórmula sintética de linguagem não impede o reconhecimento de uma série infindável de *desastres ecológicos* provocados por fato da natureza ou fato do homem. A expressão *delinqüência ecológica* ganhou reconhecimento na linguagem dos textos de doutrina.

Os indivíduos estão se apartando de tal forma da natureza que não mais a consideram como a pródiga mãe – merecedora de carinho e resguardo – posto que jovem e envelhecida a um só tempo. As pessoas chegam a repudiar tal *relação de parentesco* para afrontar o ensinamento que nos vem desde a lenda da *Arca de Noé*, como o grande repositório para conservação das espécies e o notável veículo para conduzi-las a um porto seguro.[4]

2. PASSOS DE FREITAS, Vladimir. *A Constituição Federal e a Efetividade das normas ambientais.* 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005, p. 170.

3. Citado por Vladimir Passos de Freitas, ob. cit., p. 171.

4. Sobre este aspecto e outros relacionados à criminalidade ambiental, DOTTI, René Ariel. "A proteção penal do meio ambiente." *Enciclopédia Saraiva de Direito* (verbete *Ecologia*), São Paulo: Saraiva, 1977, v. 29.

Os reflexos da devastação ambiental no mundo podem ser sentidos na alteração climática, na ocorrência de grandes catástrofes naturais (*tsunami*, furacões, etc.) e no imenso desmatamento. Segundo o biólogo americano JOHN TERBORGH, as florestas tropicais do mundo podem acabar em 50 anos. Segundo ele, as nações não têm aprendido com a História. Apesar de verem os resultados catastróficos de países que destruíram a biodiversidade local, continuam no mesmo procedimento de destruição.[5]

1.2 A globalização

A *globalização* é um termo utilizado há vários anos pelos economistas para descrever um processo apresentado como recente, mas de fato, existente desde o início do século e que foi descrito por LENINE, em sua obra "*Imperialismo*", *estágio supremo do capitalismo*: crescimento e primazia das exportações de capital, desenvolvimento da divisão internacional do trabalho, dos trustes multinacionais, interconexão das economias dos diferentes países, etc. Este nome surge pelo fato de que tal processo tomou uma amplitude particular desde os anos 80, em que a desregulamentação generalizada acelerou as condições da concorrência no plano mundial e o desenvolvimento dos meios de transporte e telecomunicações suprimiram um a um os obstáculos à deslocação de centros de produção. Ao mesmo tempo, as crises financeiras, que no passado levavam meses ou anos para se propagar, agora tocam todas as praças financeiras em alguns instantes.[6]

A globalização é um fenômeno de múltiplas faces. Surge como revolução no campo dos mercados, dos meios de comunicação e de transporte e, também, como fator de desagregação de culturas locais, sejam elas de natureza material ou espiritual. É certo que o vocábulo indica, em primeiro lugar, o fim das

5. Extraído de <www.adital.com.br>.

6. SIZE, Pierre. *Dicionário da globalização*. Trad. Serge Goulart. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997, p. 55.

economias nacionais e a integração cada vez maior dos mercados. Porém, em sua *base ideológica* está a sacralização do lucro com seus inúmeros componentes de triunfo financeiro e econômico. E, como é natural, o mundo moderno ainda não está revelando a comunhão entre o progresso comercial e industrial e a preservação dos recursos naturais.

A globalização, a busca do crescimento desenfreado mantém conexões ideológicas e instrumentais e produzem os inúmeros fatores de degradação das riquezas naturais.

1.3 Os direitos humanos

Não é possível cogitar do tema objeto da presente exposição sobre Amazônia, ambiente e preservação humana, sem abordar, inevitavelmente, o universo dos Direitos Humanos.

Em uma de suas inúmeras entrevistas, NORBERTO BOBBIO foi perguntado sobre as características de nosso tempo que despertam viva preocupação, especialmente quanto ao gigantesco aumento da população; o intolerável progresso dos atentados ao meio ambiente e o aumento cada vez mais rápido e insensato do poder destrutivo das armas. Ao final, se em meio a tantas previsíveis causas de infelicidade, ele via algum sinal positivo. O imortal pensador e cientista político italiano respondeu afirmativamente, que via pelo menos um desses sinais: "a crescente importância atribuída, nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos humanos."[7]

Mas o que são os Direitos Humanos?

Existe na sociedade e nos meios de comunicação o entendimento desvirtuado sobre a natureza e a extensão dos Direitos Humanos. É comum o equívo-

7. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 49.

co de reduzir esse fenômeno jurídico à proteção das pessoas acusadas ou condenadas por uma infração criminal que sofrem tortura ou maus tratos de um modo geral.

Os Direitos Humanos são o conjunto de normas defendidas e aplicadas por instituições voltadas ao resguardo da dignidade, liberdade, igualdade, honra e outros direitos fundamentais dos seres humanos e que constituem o fundamento do Estado Democrático de Direito. São os direitos elementares à dignidade humana e de múltiplas naturezas: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

O saudoso mestre CELSO BASTOS, interpretando o art. 4.º, II, da CF/88, indaga: "Mas quais são efetivamente os direitos do homem?" Ele mesmo responde: "A melhor definição deles encontrável é a constante na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948."[8]

Sem dúvida, a boa qualidade de vida humana resultante do equilíbrio ecológico é um dos Direitos Humanos de primeira geração.

Os escritores de um modo geral,[9] atentos à evolução histórica dos fenômenos sociais, políticos, econômicos e culturais, classificam em 4 (quatro) grupos a relação dos Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos de *primeira geração* são os direitos civis e políticos (vida, liberdade, integridade física, segurança, etc.), conforme o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (1966).

Os Direitos Humanos de *segunda geração* compreendem os direitos e as garantias econômicas, sociais e culturais (erradicação da pobreza, saúde, trabalho, educação, cultura, etc.).

8. RIBEIRO BASTOS, Celso e GANDRA MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 453/454.

9. Entre outros, MAIA NETO, Cândido Furtado. *Código de Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 5.

Os Direitos Humanos de *terceira geração* dizem respeito à auto-determinação e desenvolvimento dos povos (direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, etc.).

Os Direitos Humanos de *quarta geração* se caracterizam como as necessidades mais amplas no contexto mundial (direito à democracia como regime de governo, ao pluralismo em todos os sentidos, às diversidades e costumes dos povos, etc.).

2. A Amazônia

2.1 Extensão e importância

A Amazônia é a maior floresta tropical do planeta (40% das florestas tropicais do mundo) e a de maior biodiversidade. Muitas espécies de plantas e animais ainda estão por ser descobertas em seu vasto domínio, assim como ainda existem grupos indígenas isolados do contato com a chamada civilização. Isto torna o Brasil, somando os biomas do Pantanal, Caatinga, Cerrado e Mata Atlântica, o país da megabiodiversidade e da riqueza cultural. Cerca de 60% da Amazônia está no Brasil e ainda distribui-se pela Guiana Francesa, Suriname, Guiana, Venezuela, Colômbia, Equador, Peru e Bolívia. Para facilitar a administração da área no Brasil, o Governo Federal estabeleceu, em 1966, que os Estados do Amapá, Pará, Roraima, Amazonas, Acre, Rondônia, Tocantins e partes do Mato Grosso e Maranhão formassem a chamada Amazônia Legal. Os limites da Amazônia Legal nem sempre correspondem aos da Amazônia Brasileira propriamente dita.[10]

2.2 A Floresta Amazônica brasileira

A Constituição Federal declara que a Floresta Amazônica brasileira é patrimônio nacional e a sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro das con-

10. Extraído de <www.amazoniamaranhense.com>, em outubro de 2005.

dições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quando ao uso dos recursos naturais (art. 225, § 4.º).

É a lei que determina, nessas vastas regiões, a utilização do território, lembrando-se que o Plano Nacional do Meio Ambiente foi introduzido pelos seguintes diplomas: Lei 6.902, de 27.04.1981; Lei 6.938, de 31.08.1981 e Lei 7.347, de 24.07.1985, no que concerne à proteção judicial através da Ação Civil Pública.[11]

3. Os atentados ao meio ambiente

3.1 Referência histórica[12]

Historicamente, delimita-se como marco referencial no processo de depredação e devastação do meio ambiente a segunda metade do Século XVIII. Não que anteriormente a esta época isso não ocorresse, porém, o marco indica o recrudescimento da Revolução Industrial Inglesa que, sob a égide da modernidade, passa a investir em novas tecnologias. Com isso se procurou o aumento da produção dos principais bens de consumo da sociedade, sem preocupações maiores com os problemas causados ao meio ambiente. O que importava naquele momento, era manter a supremacia sócio-econômico-política da Inglaterra sob os demais países europeus, numa corrida estimulada por um modelo de desenvolvimento conivente aos anseios de dominação proposta pela *democracia industrial*, voltada ao desenvolvimento a qualquer custo, traduzido e interpretado pelos países desenvolvidos, como crescimento de renda, expropriação, acumulação de riquezas e devastação ambiental.

Tal fenômeno foi uma constante até o início do século XX quando então, dentre diversas outras ações extremamente danosas ao meio ambiente, se desta-

11. GANDRA MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil*, em co-autoria com RIBEIRO BASTOS, Celso. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 8, p. 928.

12. Extraído do texto "*Estado, Educação e cidadania: vetores de reflexão em busca da (Nova) Ordem*", de JOEL DE ARAÚJO. Disponível em <www.revistaea.arvore.com.br>.

cam um conjunto de princípios desenvolvidos pelo então empresário norte americano HENRY FORD. Com o objetivo de aumentar a produção de automóveis, ele introduziu a chamada *linha de montagem*, iniciando então a *produção em série* e a divisão técnica dos trabalhos. A concentração industrial exigida nesse estágio, bem como a complexidade dos sistemas para a transformação de energia de seus maquinários, deram seqüência ao ataque e consumo nocivo, frente aos recursos naturais com o desmatamento intensivo para a manutenção das máquinas à vapor. Aumentou o consumo dos recursos naturais – renováveis ou não – dentro de determinados espaços físicos, o que veio causar, incontáveis malefícios à sociedade.

3.2 A extraordinária dimensão dos atentados

A terra, o ar e as águas como elementos da biosfera estão sofrendo intensa e extensamente um processo de notável erosão, capaz de transformá-los não somente quanto à substância natural, mas também como fontes ambientais necessárias à sobrevivência do homem, dos animais e da vegetação. O descomunal e rápido progresso da civilização contemporânea decorre da aplicação de técnicas cada vez mais eficientes de exploração das reservas naturais. Como observa o especialista EDMON NIMER, a utilização dessas técnicas é comparável ao emprego de uma *faca de dois gumes*, uma vez que o empobrecimento gradual dos recursos naturais resulta, inevitavelmente, em decréscimo dos padrões da vida humana.[13]

Até bem pouco tempo, os indivíduos consideravam a natureza como um manancial pródigo e inesgotável pelas grandes possibilidades de exploração. Mas esta perspectiva foi radicalmente alterada. Como fatos consumados, os cientistas apontam estatísticas alarmantes: 256 espécies ou subespécies de vertebrados

13. Importância das florestas para a qualidade do meio ambiente. *Recursos Naturais, meio ambiente e poluição.* Rio de Janeiro: SUPREN, p. 75.

foram extintas nos últimos 300 anos e 20.000 tipos de plantas estão em fase de extinção.[14]

3.3 Os atentados ao meio ambiente mundial[15]

O século XX veio comprovar os efeitos nocivos ao meio ambiente, causados pela ação antrópica e a constante busca por um crescimento e desenvolvimento divorciado dos elementos ambientais. Exploração de populações, sucateamento de patrimônios históricos, concentração de riquezas, produção excessiva de todo o tipo de lixo, destruição de ecossistemas, chuvas ácidas, escassez dos recursos hídricos, utilização desregrada de agrotóxicos, destruição de florestas, extinção da fauna e flora e efeito estufa – com o desequilíbrio energético global; derretimento das calotas polares, com o posterior aumento dos níveis das superfícies líquidas que inundarão cidades litorâneas; buraco na camada de ozônio; poluição atmosférica, erosão dos solos agricultáveis, contaminação do lençol freático, desertificação, queda na qualidade de vida humana, dentre outros, passaram a gerar problemas de ordem, social, econômica, cultural e ambiental.

A Conferência de Estocolmo, organizada pela ONU (1972), foi um grande marco ambiental. Ela chamou a atenção do mundo para a gravidade da situação nesse setor. A delegação brasileira, a princípio cética a respeito, depois assinou sem reserva a *Declaração de Estocolmo*. Em conseqüência, HENRIQUE BRANDÃO CAVALCANTI, Secretário Geral do Ministério do Interior e membro da delegação brasileira, em seu retorno promoveu a elaboração do decreto que criou, em 1973, a Secretaria Especial do Meio Ambiente. Esta iniciou as suas atividades em 14.01.1974.[16]

14. Cf. TREVISAN, Nelson. O homem e o meio. *Cadernos da Associação de Defesa e Educação Ambiental*. Curitiba, 1978, v. I, p. 11.

15. Extraído do texto "*Estado, Educação e cidadania: vetores de reflexão em busca da (Nova) Ordem*", de JOEL DE ARAÚJO. Disponível em <www.revistaea.arvore.com.br>.

16. Extraído de <www.mre.gov.br>.

A crise do ambiente humano, tema principal daquela Conferência apontou para a necessidade de uma abordagem global que permitisse delinear soluções contra o agravamento dos problemas ambientais. Um dos frutos do evento foi a *Declaração Sobre o Ambiente Humano*, oferecendo orientação aos governos dos países participantes através do Plano de Ação Mundial; e, em particular, recomendando o estabelecimento de um programa internacional de Educação Ambiental, visando educar o cidadão comum no sentido de capacitá-lo para manejar e controlar seu meio ambiente. A Conferência reconheceu a Educação como elemento crítico essencial para o combate à crise ambiental no mundo.

O ano de 1977 representou outro marco na evolução histórica da educação ambiental. A Conferência de Tibilisi (URSS), realizada pela UNESCO, em colaboração com o PNUMA (UNEP), concede à Educação Ambiental o estatuto de política internacional, estabelecendo princípios e diretrizes gerais para os programas a serem elaborados em todo o mundo. Desde então, convencionou-se chamar *Educação Ambiental* a concentração de todos os esforços para informar e prover os conhecimentos necessários à conscientização a respeito dos problemas ambientais. *Sensibilização, conscientização e participação* constituem as palavras-chave desta política e se referem, respectivamente, aos objetivos de: despertar os indivíduos e a coletividade para os problemas ambientais; dar significado a estes problemas relacionando-os à sua importância para a vida cotidiana; e oferecem os conhecimentos indispensáveis para que os indivíduos sejam capazes de empreender ações em favor de seu meio ambiente e de sua qualidade de vida.

Em 1992, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o evento denominado *Rio 92*, foi reafirmada a importância da Educação Ambiental para uma mudança qualitativa de comportamento do homem perante o meio ambiente. No documento proposto pelo respectivo fórum, a *Agenda 21*, há um capítulo especificamente dedicado a este tema, intitulado "Promovendo a Educação ambiental" (Cap. 36, seção IV). Ele trata,

especificamente, da reorientação da Educação Ambiental no sentido da sustentabilidade.[17]

3.4 Os atentados à Amazônia brasileira

O primeiro e grave problema é o desmatamento. A taxa anual desta agressão no período de agosto de 2004 a julho de 2005 ficou entre 15.247 e 16.570 km² (valores mínimo e máximo), com uma estimativa média de 15.909 km². Trata-se de dados fornecidos pelo sistema DETER, do INPE, baseados nos levantamentos do satélite MODIS e processados pelo Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia (Imazon).[18]

A questão dos madeireiros ilegais preocupa a Polícia Federal e, segundo PAULO TARSO, Delegado Federal na Amazônia, é importante a cooperação e a troca de informações sobre os infratores que atuam nessa área, entre "as embaixadas e os adidos policiais".

Outro problema terrível são as queimadas, geralmente como fruto da voluntária ação humana. Igualmente crimes contra a fauna, como o tráfico de animais silvestres, são muito comuns.[19]

4. Textos legais de proteção

4.1 Disposições constitucionais brasileiras

A Constituição brasileira de 1988 revela grande sensibilidade para as questões do meio ambiente e do seu equilíbrio ecológico, atribuindo a qualquer cidadão legitimidade para propor Ação Popular visando a anular ato lesivo desse bem jurídico fundamental (art. 5.º, LXXIII).

17. Extraído de <www.eicos.psycho.ufrj.br>.
18. Extraído de <www.amazonia.org.br>.
19. Extraído de <www.amazonia.org.br>.

Respondendo aos clamores da sociedade e refletindo o grande trabalho desenvolvido por grupos de opinião e de pressão, a nossa Carta Política em várias passagens reserva disposições específicas para a preservação de valores e sentimentos essenciais ao homem e que iluminam o cenário do ambiente natural: vida, saúde, alegria e felicidade.

No quadro das medidas administrativas de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estão destacadas a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas, bem como a preservação das florestas, da fauna e da flora (art. 23, VI e VII).

E, no campo da legislação concorrente, declara a Constituição ser da competência da União, dos Estados e do Distrito Federal a iniciativa das leis de amparo em favor de florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI). Também se defere às referidas pessoas jurídicas a competência para legislar concorrentemente sobre proteção do patrimônio paisagístico, a responsabilidade por dano ao meio ambiente e a bens de interesse paisagístico (art. 24, VII e VIII).

No âmbito da legislação concorrente a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais, atribuindo-se aos Estados a competência suplementar. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercem a competência legislativa plena, visando a atender às suas peculiaridades (art. 24, §§ 1.º, 2.º, 3.º).

Também no terreno da ordem econômica e financeira a nossa Lei Fundamental destaca, entre os princípios da atividade econômica, a defesa do meio ambiente (art. 170, VI).

E, especificamente no capítulo destinado ao meio ambiente, a Constituição contém dispositivos ora programáticos, ora pragmáticos, como se poderá constatar pelo art. 225 e parágrafos.

A *palavra de direito* em relação ao tema decorre da proclamação do art. 225: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de

uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preserva-lo para as presentes e futuras gerações."

Diz, também, a Constituição no mencionado dispositivo que, "§ 1.º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos, que justifiquem sua proteção; IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade."

4.2 Disposições constitucionais estrangeiras

Não resta dúvida no sentido de que, além da visão da realidade nacional, o legislador constituinte acolheu, entre as fontes formais, a experiência constitucional dos países europeus durante os anos 70.

As Cartas Políticas da Iugoslávia (1974), Grécia (1975), Polônia (Emenda de 1976), Portugal (1976), Rússia (1977) e Espanha (1978), além de outras, ex-

pressaram claramente as inquietações de um *novo tempo* e procuraram responder aos clamores universais contra o que se convencionou chamar de *ecocídio*, isto é, a morte ou destruição de todo um fenômeno natural de ressonância projetado pelas relações entre o meio ambiente e os seres vivos.

Enfaticamente, dispunha o art. 18 da Constituição soviética: "No interesse das gerações do presente e do futuro, adotam-se na URSS as medidas necessárias para a proteção e o uso racional, cientificamente fundamentado, da terra e do subsolo, dos recursos aquáticos, da flora e da fauna para a conservação da pureza do ar e da água, assegurar a reprodução das riquezas naturais e a melhoria do meio ambiente."

Na Espanha, a Carta Política que sintetizou as tendências nacionais surgidas após o longo período de ditadura franquista reconheceu o direito coletivo de desfrutar um meio ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa humana, bem como o dever de conservá-lo. Os Poderes Públicos – diz o art. 45, I e II – fiscalizarão o uso racional de todos os recursos naturais com a finalidade de proteger e melhorar a qualidade de vida, "apoiando-se na *indispensável solidariedade coletiva*". E aos infratores se cominam sanções penais e administrativas, além das obrigações de reparar o dano (art. 45, III).

Na mesma linha de orientação é o texto constitucional português. Envolvendo o meio ambiente e a qualidade de vida como bens conexos de supremo valor, essa Carta Política consagra à todos o direito a um ambiente de vida humano, sadio, e ecologicamente equilibrado, bem como o dever de protegê-lo. E declara caber ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares: a) prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) ordenar o espaço territorial de forma a constituir paisagens biologicamente equilibradas; c) criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) promover o aproveitamento racional dos recursos

naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica (art. 66.º).[20]

4.3 Resumo indicativo da legislação ordinária brasileira

A Constituição de 1988 estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em todas as suas formas, bem como preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, VI e VII). Surgiu, em conseqüência, um fantástico número de iniciativas oficiais – bem ou mal sucedidas – para atender os mencionados bens e interesses. Também declara a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI).

Sinteticamente e apenas quanto aos fins do presente trabalho, podem ser indicados alguns diplomas federais:

• *Código de Águas* – Dec. 24.643, de 10.07.1934 – Decreta o Código de Águas, cuja execução compete ao Ministério da Agricultura.

• *Florestas* – Lei 4.771, de 15.09.1965 – Determina a proteção de florestas nativas e determina áreas de preservação ambiental.

• *Fauna Silvestre* – Lei 5.197, de 03.01.1967 – Classifica como crime o uso, perseguição, apanha de animais silvestres, a caça profissional, o comércio de

20. Com a revisão constitucional de 1997, o art. 66.º sofreu alterações no parágrafo 2, na alínea *d* e o acréscimo de mais quatro outras. O texto atual é o seguinte: "Art. 66.º. (...) 2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: (...) *d)* Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre as gerações; *e)* Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas; *f)* Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial; *g)* Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente; *h)* Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com proteção do ambiente e qualidade de vida."

espécimes da fauna silvestres e produtos que derivaram de sua caça, além de proibir a introdução de espécie exótica (importada) e a caça amadorística sem autorização do Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis).

• *Substâncias minerais* – Lei 6.567, de 24.09.1978 – Dispõe sobre regime especial para exploração e o aproveitamento das substâncias minerais que especifica.

• *Zoneamento industrial* – Lei 6.803, de 02.07.1980 – Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências.

• *Política Nacional do Meio Ambiente* – Lei 6.938, de 31.08.1981 – A mais importante lei ambiental. Define que o poluidor é obrigado a indenizar danos ambientais que causar, independentemente de culpa.

• *Área de Proteção Ambiental* – Lei 6.902, de 27.04.1981 – Lei que criou as figuras das *Estações Ecológicas* (áreas representativas de ecossistemas brasileiros, sendo que 90% delas devem permanecer intocadas e 10% podem sofrer alterações para fins científicos) e das *Áreas de Proteção Ambiental* (APAS – onde podem permanecer as propriedades privadas, mas o poder público pode limitar e as atividades econômicas para fins de proteção ambiental).

• *Ação Civil Pública* – Lei 7.347, de 24.07.1985 – Disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade *pelos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, e ao patrimônio artístico, turístico ou paisagístico.*[21]

• *Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro* – Lei 7.661, de 16.05.1988 – *Institui o Plano Nacional de* Gerenciamento Costeiro.

21. Anteriormente ao advento deste diploma a proteção do meio ambiente poderia ser exercida por qualquer cidadão contra atos da administração através dos dispositivos da Lei 4.717, de 29.06.1965 (Ação Popular). Tornou-se nacionalmente conhecida a ação proposta em fins de 1978 contra o Estado do Paraná e a autarquia Paranatur em favor da integridade dos arenitos e da paisagem dos sítios naturais de Vila Velha, em Ponta Grossa (PR).

• *Ibama* – Lei 7.735, de 22.02.1989 – Criou o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama).

• *Fundo Nacional de Meio Ambiente* – Lei 7.797, de 10.07.1989 – Cria o Fundo Nacional de Meio Ambiente.

• *Exploração Mineral* – Lei 7.805, de 18.07.1989 – Regulamenta a atividade garimpeira.

• *Agrotóxicos* – Lei 7.802, de 11.07.1989 – A Lei dos Agrotóxicos regulamenta desde a pesquisa e fabricação dos agrotóxicos até sua comercialização, aplicação, controle, fiscalização e também o destino da embalagem.

• *Recursos Hídricos* – Lei 9.433, de 08.01.1997 – A lei que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Recursos Hídricos define a água como recurso natural limitado, dotado de valor econômico, que pode ter usos múltiplos.

• *Política agrícola* – Lei 8.171, de 17.01.1991 – Dispõe sobre a política agrícola.

• *Poluição de Veículos* – Lei 8.723, de 28.10.1993 – Dispõe sobre a redução de emissão de poluentes por veículos automotores.

• *Engenharia Genética* – Lei 11.105, de 24.03.2005; Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1.º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança).

• *Amianto* – Lei 9.055, de 01.06.1995 – Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim.

• *Crimes Ambientais* – Lei 9.605, de 12.02.1998 – A Lei dos Crimes Ambientais reordena a legislação ambiental brasileira no que se refere às in-

frações e punições. E estabelece a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas.

• *Educação ambiental* – Lei 9.795, de 27.04.1999 – Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental.

• *Agência Nacional das Águas* – Lei 9.984, de 17.07.2000 – Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

• *Conservação da Natureza* – Lei 9.985, de 18.07.2000 – Regulamenta o art. 225, § 1.º, I, II, III e VII, da CF/88, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

Existem muitas obras específicas indicando o grande volume de diplomas legislativos sobre o tema. Entre várias delas, pode-se indicar a coletânea de EDIS MILARÉ, *Legislação Ambiental do Brasil*,[22] não apenas por se tratar de um repertório confiável como também pela sensibilidade, talento e experiência do autor em relação à matéria.

Atualmente tramita no Senado Federal um projeto de lei sobre gestão de florestas públicas. O mencionado *disegno di legge* define normas de uso sustentável dos recursos florestais em terras públicas. Busca introduzir um sistema de concessão de uso de produtos e serviços florestais pela iniciativa privada ou associações comunitárias.

5. Gestão ambiental da Amazônia

5.1 Breves notas

Entre os textos atuais que revelam boa qualidade de pesquisa e sensibilidade de tratamento, merece referência o artigo de MARIA AUGUSTA A. BURSZTYN,

22. Edição da Associação Paulista do Ministério Público, 1991.

MARCEL BURSZTYN e FRANCISCA NETA A. ASSUNÇÃO, "Aspectos legais e institucionais da gestão ambiental na Amazônia". Esses especialistas dizem que a institucionalização da questão ambiental no Brasil teve início após a conferência de Estocolmo (1972). Na década de 1980, os governos estaduais iniciaram o processo de criação de órgãos gestores do meio ambiente e a formulação de políticas ambientais. E observam a omissão: "Entretanto, a quase totalidade dos Estados da Região amazônica só veio a formular seu marco regulatório e institucional de gestão do meio ambiente nos anos 1990."[23] Surge a lamentável conclusão: "Os resultados, no entanto, mostram que o aparato legal vem sendo formulado paulatinamente; e que os órgãos estaduais de meio ambiente da região enfrentam problemas de ordem política, econômica, financeira e de recursos humanos; relegando a questão ambiental a um segundo plano nas agendas governamentais."[24]

MARIA e MARCEL BURSZTYN e FRANCISCA N. A. ASSUNÇÃO oferecem, no valioso trabalho já referido, uma breve introdução histórica sobre a exploração das reservas naturais amazônicas que merece literal reprodução. E assim é feito não somente como respeito ao texto original mas, também, como reconhecimento pela sua qualidade.

"O desenvolvimento econômico e social da Amazônia, desde o início da colonização portuguesa até meados do presente século, percorreu uma longa história de atividades extrativistas e mercantilistas, na qual se insere, entre 1840 e 1910, o episódio do monopólio amazônico da borracha. Esse período não passou sem deixar profundas alterações sociais e ecológicas. Entre as mudanças sociais, destaca-se uma drástica redução das populações indígenas, sobretudo durante os três primeiros séculos.

23. Em *Amazônia* – Cenas e cenários. Distrito Federal: Universidade de Brasília, 2003, p. 263.

24. BURSZTYN, Maria Augusta A.; BURSZTYN, Marcel e ASSUNÇÃO, Francisca Neta A. ob. e loc. cit.

Após a Segunda Guerra Mundial, tem início a integração da amazônica brasileira ao processo de desenvolvimento nacional. Data dessa época, por exemplo, a criação em 1952 do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (Inpa), que veio a se consolidar ao lado do Museu Paraense Emílio Goeldi (criado em 1866) como um dos mais importantes centros de pesquisas científicas situados na região. As décadas de 1960 e 1970 marcaram o início dos chamados *grandes projetos*[25] na região, apoiados pela implantação das agências de desenvolvimento regional, como a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) (1966) e a Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa) (1967).

"Os projetos de grande porte e muitos de porte médio ou pequeno tiveram efeitos negativos sobre o meio ambiente, tais como: destruição de espécies e variedades genéticas, desperdício de recursos madeireiros e outros produtos florestais, compactação e erosão do solo, modificações do microclima e do ciclo hidrológico local e produção de gases do 'efeito estufa'.

"Parte dos impactos ambientais, no entanto, reincidem a cada passo da ocupação e, no seu conjunto, têm projetado a Amazônia ao centro do debate ecológico internacional.

"O governo brasileiro vem há algumas décadas sofrendo pressões de ONGs ambientalistas, nacionais e internacionais, e de instituições financiadoras do desenvolvimento para a adoção de estratégias e ações de proteção ambiental para a *Região Amazônica*.[26]

25. Entre os grandes projetos, destacam-se: a) o Projeto Jarí; b) os projetos agropecuários incentivados pela Sudam; c) a colonização ao longo da Transamazônica e da Rodovia Cuiabá-Porto Velho, em Rondônia; d) o aproveitamento hidrelétrico de Tucuruí e Balbina; e) o Programa Grande Carajás, que inclui o projeto de mineração de ferro da companhia Vale do Rio Doce (CVRD), a ferrovia Carajás-São Luís, o porto de Ponta da Madeira, as indústrias de alumínio em Barcarena (PA) e São Luís (MA), e as usinas de ferro-gusa à base de carvão vegetal ao longo da ferrovia; e f) a exploração comercial de petróleo na bacia do Riu Urucu (AM) (Bursztyn, *et alii*, 1994).

26. O termo *Região Amazônica* é utilizado neste artigo para se referir aos nove estados que compõe a Amazônia Legal (AC, AP, AM, MA, MT, PA, RO, RR e TO).

"A questão ambiental no Brasil passou a ocupar espaço nos debates nacionais e a constar da agenda governamental após a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972. No ano seguinte de sua realização, o governo criou a Secretaria Especial de Meio Ambiente (Sema), vinculada ao Ministério do Interior, com a finalidade de controlar as atividades produtivas mais poluentes e modificadoras do meio ambiente.

"De início, a atuação de controle ambiental da Sema concentrava-se basicamente nos estados das Regiões Sul e Sudeste do país, que enfrentavam sérios problemas de poluição. Essa atuação foi ampliada, no fim dos anos 1980, com a criação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos naturais Renováveis (Ibama), a partir da fusão da Sema (órgão de controle ambiental), com o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF), a Superintendência de Desenvolvimento da Pesca (Sudepe) e a Superintendência da Borracha (Sudhevea) – órgãos setoriais responsáveis pelo uso e pela conservação dos recursos naturais renováveis, floresta, pesca e borracha. (...).

"Ressalta-se que, no início dos anos 1990, grande parte das ações de gestão ambiental implementada na Região Amazônica era desenvolvida pelo órgão ambiental federal (Ibama), em virtude da precária estrutura administrativa, técnica e financeira dos Órgãos Estaduais de Meio Ambiente (OEMAs). Nos últimos anos, o governo federal, com apoio financeiro de instituições estrangeiras, passou a investir no fortalecimento institucional desses órgãos."[27]

5.2 *A pressão das Organizações Não Governamentais (ONGs)*

A extraordinária importância da região amazônica para o mundo e não somente para o nosso país, gerou a criação de autênticos *consórcios de proteção*, nacionais e internacionais, comprometidos em lutar pela preservação da qualidade de vida das espécies.

27. Aspectos legais e institucionais da gestão ambiental na Amazônia. ob. cit., p. 263/266.

O empenho em proteger as condições naturais da vida humana inspirou a fundação, no ano de 1974, da Sociedade Francesa pelo Direito do Meio Ambiente, sob a presidência de M. PRIEUR, professor em Strasburgo, o qual enfatizou a necessidade de uma contribuição mais eficaz para a defesa do meio ambiente. Disse ele naquela oportunidade: "Também devemos tentar nos associar, o máximo possível, aos grandes projetos de reforma legislativa e regulamentar bem como acompanhar a evolução jurisprudencial, tão dinâmica nos últimos tempos".[28]

Infelizmente, mais de vinte anos se passaram até que as autoridades governamentais brasileiras acordassem para a gravidade da reiterada devastação amazônica. Daí a certeira afirmação de que o tema *meio ambiente* "só ingressou na agenda dos governos das unidades federativas da região graças à forte pressão de organismos nacionais e internacionais preocupados com o ritmo acelerado do desmatamento para a expansão da malha viária e da fronteira agrícola e com as queimadas freqüentes, conseqüência do modelo de desenvolvimento adotado para a região que procurava integrá-la ao restante do país. Na visão desses, a floresta estava sendo destruída rapidamente, o que causava perdas na biodiversidade e contribuía, significativamente, para as mudanças climáticas do planeta. Parte dessa situação foi atribuída à inoperância da Sema, órgão ambiental federal que, apesar de ter competência para atuar em todas as unidades da Federação, apresentava certa fragilidade política e institucional, bem como um número reduzido de funcionários. Tais fatores foram decisivos para que as atenções fossem direcionadas aos governos estaduais, no sentido de criar estruturas institucionais e formular aparato legal – em complementação á Política Nacional de Meio Ambiente – que pudessem assumir as ações de gestão ambiental na sua jurisdição."[29]

28. *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1:448, 1977.

29. BURSZTYN, Maria Augusta A.; BURSZTYN, Marcel e ASSUNÇÃO, Francisca Neta A., ob. cit., p. 267.

Foi em função das denúncias internas e externas, divulgadas pela mídia eletrônica e impressa que os Estados da região amazônica cuidaram de estruturar setores administrativos de proteção ambiental, embora obedecendo a arranjos institucionais diferenciados.

Um exemplo muito eloqüente é a atuação do *Greenpeace* que além da atuação mundial em favor da Ecologia insiste na exigência de aumento da presença dos poderes públicos para a proteção da Amazônia. A paz na floresta é fundamental para garantir o bem-estar de populações ribeirinhas e tradicionais. Deve haver também garantia de recursos para os órgãos de fomento para atividades sustentáveis, como afirma SÉRGIO LEITÃO, o seu diretor de políticas públicas.

5.3 As carências dos sistemas de proteção ambiental

Na Região Amazônica, os sistemas estaduais do meio ambiente e seus respectivos conselhos funcionam de forma precária. Esta é a realidade frustrante ao mostrar que uma grande parte dos conselhos exerce papel de assessoria de governo e não de órgão colegiado independente. "Muitos não têm agendas de reunião definidas, nem mesmo autonomia para promover discussões e propor instrumentos legais que alterem os existentes ou criem novos em torno de temas que não estão disciplinados por legislações específicas. Faltam, para a maioria dos conselhos, capacidade de intermediar e arbitrar conflitos entre os setores usuários de recursos ambientais, maior representação/participação da sociedade e dos municípios nas tomadas de decisões, condições para propor a inserção da variável ambiental nas demais políticas públicas, entre outros fatores. A fraca atuação dos conselhos e dos OEMAs na maioria dos estados da Região Amazônica tem levado o Ministério Público a assumir o papel de órgão fiscalizador do cumprimento doas normas legais ambientais vigentes, tanto pelos OEMAs quanto pelos usuários de recursos ambientais."[30]

30. BURSZTYN Maria Augusta A *et alii*, ob. cit., p. 275 e ss.

Outro importante instrumento de apoio à gestão ambiental criado em quase todos os estados, com exceção apenas do Estado de Mato Grosso, é o Fundo Estadual de Meio Ambiente. De maneira geral, os fundos ambientais são constituídos com recursos financeiros oriundos de: *a)* recolhimento de taxas ambientais e multas aplicadas aos infratores/degradadores do meio ambiente; *b)* repasse dos governos federal e estadual; *c)* doações de outras instituições nacionais; e *d)* doações ou empréstimos de organismos governamental e não-governamental, tanto nacionais quanto internacionais.[31]

A Política Estadual de Recursos Hídricos só foi formulada e aprovada, até o momento, nos Estados do Pará (Lei 6.381, de 25.07.2001), do Maranhão (Lei 7.052/97) e do Mato Grosso (Lei 6.945/97). Acre, Amapá, Amazonas, Rondônia e Tocantins estão discutindo com a sociedade uma minuta de projeto de lei que dispõe sobre a política de recursos hídricos. Roraima é o único Estado que ainda não iniciou esse processo.[32]

6. O aumento das taxas do desflorestamento

Mais uma vez é importante a leitura das observações e denúncias apresentadas pelos estudiosos dos problemas da região. O texto a seguir bem demonstra esse desastre: "Os recursos florestais da Amazônia brasileira vêm sendo destruídos em larga escala e explorados com grandes desperdícios. A expansão da fronteira agrícola na região tem se caracterizado por rápidas quedas de produtividade em função do precário manejo dos solos na maioria das propriedades. O avanço da ocupação econômica da região expande fronteiras territoriais, seja pelo aumento da agricultura itinerária – que se utiliza de práticas de derrubadas e queimadas para a abertura de novas áreas – seja pela conversão de

31. Bursztyn Maria Augusta A., *et alii*, p. 275/276.

32. Bursztyn Maria Augusta A., *et alii*, p. 278.

extensas áreas florestais em pastagens, nas grandes propriedades. O resultado da ação combinada da expansão da economia de mercado e do aumento da malha viária explica, em parte, o crescimento das taxas de desflorestamento da Amazônia."[33]

Em 1996, foi aprovada uma reformulação da Política Florestal brasileira a ser implementada por meio de alguns programas, entre eles: Programa Nacional de Florestas Plantadas, Programa Nacional de Conservação e Uso Sustentável das Florestas Nativas, Programa Nacional de Monitoramento e Controle dos Desmatamentos e Queimadas.[34]

São inúmeras as dificuldades para a preservação de um ecossistema em condições de oferecer um melhor cenário para a flora e a fauna. Existem determinados e recorrentes problemas como: *a)* descontinuidade de projetos; *b)* mudanças constantes nos cargos de direção dos órgãos; *c)* aplicação de recursos financeiros em outras atividades e instituições não previstas nos programas; e *d)* fragilidades desses órgãos para tomar decisões contrárias aos interesses de políticos da região e do setor produtivo ali instalado.

Vêm muito a propósito estas considerações: "A mudança dessa realidade requer dos governos estaduais maior transparência e participação de todos os setores da sociedade no processo de formulação do aparato legal-normativo da gestão ambiental e no processo decisório. Nesse contexto, cabe, portanto, à sociedade desempenhar papel ativo, seja exigindo dos governos sua inclusão no processo, seja contribuindo para que as tomadas de decisões ocorram de forma transparente e que resultem de consenso entre os diferentes representantes. É necessário, também, que a representação dos diferentes setores seja paritária.[35]

33. BURSZTYN Maria Augusta A., *et alii*, p. 278.

34. Idem, ibidem.

35. Idem, ibidem.

7. Política criminal

A *Política Criminal* é o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais. Compete a esta disciplina fornecer e avaliar os critérios para se apreciar o valor do Direito vigente e revelar o Direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a compreender o Direito à luz de considerações extraídas dos fins a que ele se dirige e a aplicá-lo nos casos singulares em atenção a esses fins.[36] Em síntese, pode-se afirmar que a Política Criminal é a sabedoria legislativa do Estado na luta contra as infrações penais

Para positivistas como FERRI, a Política Criminal é, ao mesmo tempo, *ciência* e *arte*. Um saber que era útil ao legislador; uma arte pelo modo de adaptar às exigências de cada população as propostas da Sociologia Criminal para a defesa preventiva e repressiva.[37]

Numa visão do chamado Direito Penal Liberal, autores como CARRARA e PESSINA, consideravam a Política Criminal como "doutrina da prática legislativa."[38]

Para ZAFFARONI, a expressão "Política Criminal" é empregada desde o Século XVIII, em vários sentidos e que com a sua difusão, foi perdendo o sentido semântico. Em geral, – diz o renomado mestre argentino – predomina um conceito que a considera sob a função de estabelecer como deve se configurar a legislação e a jurisprudência, para proporcionar uma proteção mais eficaz à sociedade. Nos dias correntes, a Política Criminal é uma ciência que tem relevo para a dogmática jurídico-penal, isto é, um saber que não se destina apenas ao

36. VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. Editores, 1899, t. I, p. 3.

37. *Princípios de Direito Criminal*. Trad. Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo, 1931, p. 97.

38. *Apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal* – Parte General. Buenos Aires: Sociedad Anonima, Comercial, Industrial y Financiera, 2000, p. 148.

legislador, como também à doutrina e à jurisprudência, isto é, aos intérpretes da lei e aos juízes.[39]

8. Uma política criminal para a Amazônia

8.1 A suficiência da legislação vigente

A proteção e a preservação do meio ambiente são efetivadas por cinco ramos de normas jurídicas: constitucionais, civis, administrativas, tributárias e penais.

As normas constitucionais são as do Capítulo VI (*Do meio ambiente)*, do Título VIII (*Da ordem social*), conforme o art. 225, e seus parágrafos e incisos.

As normas civis, dizem respeito à *indenização por ato ilícito*, conforme prevê o Código Civil (arts. 186) e a legislação especial que trata da reparação dos danos causados ao meio ambiente, conforme relação adiante.

As normas administrativas estão reunidas em várias leis e decretos, os quais contém, também, algumas regras sobre a indenização.

As normas tributárias são constituídas pelos incentivos fiscais concedidos a determinados empreendimentos, como o reflorestamento.

E as normas penais estão previstas na Constituição, no Código Penal, na Lei das Contravenções Penais e em leis especiais.

Pode-se afirmar que atualmente existe uma relativa *estabilidade legiferante* pois com o advento da Constituição de 1988, fixaram-se as coordenadas normativas básicas bem como foi instituído um programa de ação nacional em defesa do ambiente e da qualidade de vida. Em conseqüência, as revisões legislativas ocorrem em menor intensidade que as operadas anteriormente a 05.10.1988.

Além desse *combate oficial*, desenvolvido através de disposições de Direito Civil, Administrativo, Tributário e Penal, a própria comunidade tem o dever

39. Ob. e loc. cit.

de proteger e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando as gerações do presente e do futuro, assim como estabelece o art. 225, *caput,* da lei fundamental.

8.2 A questão da competência jurisdicional

Aspecto relevantíssimo para a boa administração da Política Criminal é o da competência jurisdicional, alçada à categoria constitucional de garantia individual.[40] A eficácia dos princípios e das normas penais depende de sua boa aplicação através do devido e justo processo legal.

Algumas leis especiais expressamente indicam o órgão judiciário competente para conhecer da respectiva ação penal. Assim ocorre, por exemplo, com a Lei 7.492, de 16.06.1986, dispondo sobre os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, através do art. 26, *verbis:* "A ação penal, nos crimes previstos nesta Lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal." O mesmo sucede com a Lei 9.613, de 03.03.1998 (chamada de *lavagem de dinheiro)*, cujo art. 2.º, III, estabelece que o processo e o julgamento dos crimes aí previstos "são da competência da Justiça Federal."

Essa orientação de Política Criminal não está presente na Lei 9.605, de 12.02.1998 (sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente). Embora minucioso quanto aos aspectos de criminalização e sanções – inclusive para as pessoas jurídicas – e disposições processuais penais e administrativas, o diploma é omisso quanto à competência jurisdicional. A omissão poderia e deveria ser resolvida deferindo-se a competência criminal para a Justiça Federal. Tal solução resolveria as controvérsias da jurisprudência.[41]

40. Art. 5.º, LIII, da CF/88 – "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente."

41. Na verdade, o Projeto de Lei 1.164, de 1991 (62/95 do Senado Federal), estabelecia no parágrafo único do art. 26: "O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei caberão à

Com efeito, o STJ editou, em 26.10.1993, a Súmula 91, com o seguinte enunciado: "Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna." Porém, na sessão de 08.11.2000, a Terceira Seção da Corte deliberou cancelar a Súmula. É que na época em que foi sedimentada tal orientação, atualmente revogada, o Código Florestal (Lei 4.771/65) e a Lei 5.197/67 (infrações relativas à fauna silvestre), pautavam as decisões. As contravenções, de um modo geral, eram de competência da Justiça Federal. A própria Emenda Constitucional de 1969 permitia essa exegese ao atribuir aos juízes federais o processo e o julgamento dos crimes "(...) praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (...)" (art. 125, IV). E, dentro da noção ampla de *crime* (como infração penal) os tribunais incluíam as contravenções penais.[42]

Com o advento da Carta Política de 1988 e da Lei 9.605, de 12.02.1998, a questão da competência passou a ser determinada exclusivamente em conseqüência da natureza dos interesses ofendidos, a teor do art. 109, IV, da lei maior. O assunto passou ao domínio da jurisprudência.

O entendimento atual e majoritário do STJ é sintetizado no seguinte aresto: "Compete, em *regra*, à *Justiça* Estadual, o processo e julgamento de feitos que visam à apuração de *crimes ambientais*."[43] As exceções ocorrem quando há interesse direto da União.

Quanto à conexão (art. 76, do CPP) é pacífico o entendimento consagrado na Súmula 122 do STJ: "Compete à Justiça Federal o processo e julgamento

Justiça Estadual, com a interveniência do Ministério Público respectivo, quando tiverem sido praticados em território de Município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Regional Federal correspondente." Tal dispositivo, porém, foi vetado ao argumento de que "são da competência da Justiça Federal os crimes praticados em detrimento de bens e serviços ou interesse da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Assim sendo, há crimes ambientais de competência da justiça estadual e da Justiça Federal." (*Mensagem 181*, de 12.02.1998).

42. TRF 1.ª Reg., 3.ª T., Ap 90.01.16893-0, *DJU* 25.06.1992.

43. STJ, 3.ª Seção, CC 39.055/RS, Rel. Min. Paulo Medina, *DJ* 11.04.2005.

unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal."

Para o STF, é competente a Justiça Federal quando, além de existir o interesse da União, nos termos do art. 109, IV, da CF/88, o mesmo seja *específico e direto*. É o que se constata pelos seguintes julgados: "Hipótese em que não se configura a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito, nos termos do art. 109, inciso IV, da Carta Magna, porque o interesse da União, no caso, se manifesta de forma genérica ou indireta. Recurso extraordinário não conhecido."[44] Ou seja, para o STF, "(...) A presença de interesse direto e específico da União, de suas entidades autárquicas e empresas públicas (...), constitui pressuposto para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no art. 109, IV, da Constituição."[45]

No entanto, há entendimentos respeitáveis em sentido oposto. A propósito, SILVA FRANCO e RUI STOCCO, p.ex., que pregam, ao contrário do que tem determinado o STJ, que a Justiça Estadual só julgará tais crimes em seara excepcional. Assim, tem-se que "nos crimes ambientais, como regra geral, competem à Justiça Federal todas as causas nas quais houver sido atingido bens, serviços ou interesses da União, de entidade autárquica ou empresa pública federal, excluídas as contravenções (art. 109, inc. IV, da CF). (...) A Lei 9.605/98, porém, não traz qualquer outro dispositivo legal sobre a atribuição de competência. Logo, necessário haver uma análise casuística nas várias áreas de proteção ambiental. (...) Enfim, partindo-se da regra geral de que sempre que o crime ambiental lesar ou ameaçar de lesão bens, interesses ou serviços da União, autarquias ou empresas públicas federais, assim como quando o agente ao qual é imputado o ato for integrante daqueles entes da administração pública, a competência para seu julgamento sempre será federal. Nos demais casos a competência é estadual."[46]

44. STF, 1.ª T., RE 349.191/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 07.03.2003. (negritos nossos)

45. STF, 2.ª T., HC 81.916/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 11.10.2002. (negritos nossos)

46. Franco, Alberto Silva; Stocco, Rui. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 752-753.

Essa é a orientação que se harmoniza com o relevo do meio ambiente ecologicamente equilibrado como "bem de uso comum do povo" (art. 225, da CF/88) e o espírito da *lei fundamental* quando inclui esse mesmo bem jurídico como um dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, VI).

8.3 Desenvolvimento sustentável

Entende-se por *desenvolvimento sustentável* ou *sustentado* o processo de crescimento de uma empresa, ramo industrial, região ou país sem esgotar os recursos naturais que consome e sem degradar o meio ambiente de modo a impedir o desenvolvimento dessa atividade no futuro. Este conceito é formulado em referência aos campos da Ecologia e da Administração e alcançou uma de suas expressões mais eloqüentes através da *Agenda 21*.

Trata-se do documento assinado pelos 170 países que se reuniram na Conferência Mundial do Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro (1992), com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável no mundo a partir do Século XXI. Isso significa que cada um dos signatários, dentro de prazos definidos, deveria adotar um conjunto de medidas, atitude e procedimentos incorporados em suas políticas visando melhorar a qualidade de vida do planeta.

Em sua obra já referida,[47] PASSOS DE FREITAS observa que "desenvolvimento e sustentabilidade não são palavras absolutamente harmônicas." E refere LEONARDO BOFF[48] o qual afirma: "o termo desenvolvimento vem do campo da economia; não de qualquer economia, mas do tipo imperante, cujo objetivo é a acumulação de bens e serviços de forma crescente e linear mesmo à custa de iniqüidade social e depredação ecológica." E prossegue BOFF observando que "a sustentabilidade provém do campo da ecologia e da biologia. Ela afirma a inclusão de todos no processo de 'inter-retrorelação' que caracteriza todos os seres do

47. *Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais.*

48. BOFF, Leonardo. Um ethos para salvar a Terra. *Meio ambiente Brasil*, p. 55.

ecossistema. A sustentabilidade afirma o equilíbrio dinâmico que permite a todos participarem e se verem incluídos no processo global."[49]

O mestre e magistrado lembra que o vínculo entre o desenvolvimento e a sustentabilidade entrou no rol das preocupações dos governos a partir da Declaração de Estocolmo (1972). Naquela ocasião foram editadas 23 recomendações que repercutiram na elaboração de textos constitucionais da década. E duas delas se referiam à necessidade de compatibilizar desenvolvimento e equilíbrio ecológico. É oportuno transcrever: "*4* – O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, bem assim o seu *habitat*, que se encontram atualmente em grave perigo, por uma combinação de fatores adversos. Em conseqüência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres. *13* – A fim de lograr um ordenamento mais racional dos recursos e, assim, melhorar as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado da planificação de seu desenvolvimento, com a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano, em benefício de sua população".[50]

O encontro designado ECO-92 "*Conferência da Terra*" aprovou a *Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Agenda 21*. As expectativas em torno do desenvolvimento sustentável constam em 12 dos 27 princípios do documento. Dois deles têm a seguinte redação: "*10* – A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscienti-

49. Passos de Freitas, Vladimir, ob. cit., p. 233.

50. Passos de Freitas, Vladimir, ob. cit., p. 233/234.

zação e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos. *12* – Os Estados devem cooperar para o estabelecimento de um sistema econômico internacional aberto e favorável, propício ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável em todos os países, de modo a possibilitar o tratamento mais adequado dos problemas da degradação ambiental. Medidas de política comercial para depósitos ambientais não devem constituir-se em meios para a imposição de discriminações arbitrárias ou injustificáveis ou em barreiras disfarçadas ao comércio internacional. Devem ser evitadas ações unilaterais para o tratamento de questões ambientais fora da jurisdição do país importador. Medidas destinadas a tratar problemas ambientais transfronteiriços ou globais devem, na medida do possível, basear-se em um consenso internacional."[51]

9. Perspectivas para o futuro

Não obstante a continuidade das gravíssimas denúncias que afetam os recursos naturais da Amazônia[52] os profissionais e estudiosos do assunto, como formadores de opinião pública, procuram *visualizar* um cenário futuro para a gestão ambiental tendo como perspectiva duas vertentes possíveis.

"A primeira é a da continuidade do quadro atual, em que, mesmo com o apoio de programas internacionais, nacionais e de ONGs e dispondo de instrumentos normativos e legais, a efetividade do poder regulatório público vê-se limitada pela baixa capacidade institucional e pelo primado da razão econômica de curto prazo (que se vale oportunistamente do apelo social). Neste cenário, é lícito dar crédito aos alertas e ao pessimismo dos autores que asseveram um futuro sombrio para a região. A segunda vertente, um cenário mais otimista, será

51. Em PASSOS DE FREITAS, Vladimir. ob. cit., p. 234/235.

52. Como, por exemplo, a denúncia de desmatamento no Pará de 30.000 hectares.

possível se a capacidade institucional desejada pelos grandes eixos de apoio aos OEMAs for, de fato, sustentável. Para isso, é preciso que a região disponha de organismos reguladores com pessoal qualificado e perene, instrumentos de política ambiental efetivos e ágeis, participação social com transparência e ação cada vez mais presente do Poder Judiciário."[53]

10. Propostas de política criminal

Especificamente para a região amazônica as propostas de Política Criminal a serem introduzidas revelam dupla face.

De um lado, é necessário estimular e deflagrar atividades de controle institucional com a presença cada vez maior do Estado (União, unidades federativas e municípios) e de Organizações Não Governamentais, num positivo *consórcio de atividades e esperanças*. Sob tal perspectiva, a aplicação da lei rigorosa e permanente da lei é uma das exigências fundamentais. Tanto o Direito Administrativo Penal, com seu repertório de sanções às pessoas naturais e jurídicas (interdição de atividade, multa, etc.) e o Direito Penal (prisão, multa, etc.) devem atuar de modo crescente e diuturno.

De outro, a aglutinação de dois fatores de prevenção: a *consciência ecológica* e a *solidariedade coletiva*. Tanto um como outro dependem do processo de educação dos seres humanos que habitam a região e o país num processo contínuo e irreversível.

Algumas *propostas mínimas* de Política Criminal para a preservação do ambiente e sobrevivência humana, podem ser indicadas.

10.1 Aplicação de medidas e sanções administrativas

Existem amplas possibilidades de se prevenir ou, pelo menos, reduzir, os atentados ao meio ambiente através das sanções administrativas. A celeridade do procedimento e a amplitude das decisões que podem alcançar um número indeter-

53. Bursztyn, Maria Augusta A., *et alii*, ob. cit., p. 290/291.

minado de pessoas naturais ou jurídicas, são algumas das vantagens da atuação do Direito Administrativo Penal que se distingue do Direito Penal Administrativo.

O *Direito Penal Administrativo* é a parte do Direito Administrativo em geral que cuida das infrações criminais praticadas contra a administração pública, nacional ou estrangeira (art. 337-B, do CP – corrupção ativa em transação comercial internacional). Protege também os bens jurídicos relacionados com a administração indireta. Exemplos: arts. 319, do CP; Lei 1.079, de 10.04.1950; Lei 7.106, de 1983; Dec.-lei 201, de 27.02.1967; etc.

Já o *Direito Administrativo Penal* faz o caminho oposto. Ele parte do reconhecimento de infrações que, apesar de seu caráter administrativo, contém sanções que afetam o patrimônio jurídico da pessoa natural ou jurídica. Ora se caracterizam como sanções pecuniárias (multa, perda de bem, seqüestro, etc), ora assumem a dimensão de interdição de direitos, interesses ou atividades.

Esse ramo jurídico oferece melhores e mais ágeis condições e instrumentos para combater a criminalidade astuciosa e os grupos de infratores que cometem delitos econômicos, tributários ou contra a economia popular.

A Lei 9.605, de 12.02.1998, na preocupação de esgotar as possibilidades normativas de controle e punição, define o ilícito administrativo em seu art. 70, *verbis*: "Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente."

O *poder de polícia*, ou seja, o exercício legal e legítimo de apuração e punição dos atentados ao meio ambiente, deve ter a iniciativa oficial ou particular. Aquela obrigatória em face dos deveres funcionais; esta, em princípio facultativa, assume também a situação de obrigatoriedade em face de um dever imposto pela cidadania.

10.2 O exercício da Ação Popular

Entre os instrumentos constitucionais de garantia individual e de interesse público, desponta a *Ação Popular*. Estabelece a *lei fundamental* que "qual-

quer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência" (art. 5º, LXXIII).

A Lei 4.717, de 29.06.1965, que regula a Ação Popular, admite, inclusive, a declaração incidental de inconstitucionalidade de lei como meio e modo de anular o ato administrativo praticado com base em seus preceitos.[54]

10.3 O exercício da Ação Civil Pública

Sem prejuízo do exercício da *Ação Popular* a proteção do meio pode e deve ser efetivada através da *Ação Civil Pública*, inclusive com o ajuizamento de Ação Cautelar objetivando, por exemplo, a prevenção de dano, a ser promovida pelas pessoas jurídicas referidas no art. 5.º, da Lei 7.347, de 24.07.1985, ou sejam: Ministério Público, União, Estados, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação que satisfaça as exigências legais.

São muitos e freqüentes os casos para os quais a Ação Civil Pública é utilizada. Valem algumas indicações: "(...) A Ação Civil Pública é o instrumento processual destinado a propiciar a tutela ao meio ambiente (CF, art. 129, III). Como todo instrumento, submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material. Somente assim será instrumento adequado e útil. (...)."[55] "Ação Civil Pública. Meio ambiente. Interesse difuso. Ministério Público. *Legitimidade ad causam*. O Ministério Público tem legitimidade para

54. Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo 2.245/2.090, em NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto F., *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1078, nota n. 1.b.

55. STJ, 1.ª T., Resp 605.323/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Rel. para o acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, *DJU* 17.10.2005.

promover ação civil pública contra empresa poluidora do ambiente, emissora de ruídos acima dos níveis permitidos."[56] "Processo civil. Ação Civil Pública. Danos ao meio ambiente causado pelo Estado. Se o Estado edifica obra pública – no caso, um presídio – Sem dotá-la de um sistema de esgoto sanitário adequado, causando prejuízos ao meio ambiente, a Ação Civil Pública é, sim, a via própria para obrigá-lo às construções necessárias à eliminação dos danos; sujeito tambem às leis, o Estado tem, nesse âmbito, as mesmas responsabilidades dos particulares. recurso especial conhecido e provido."[57]

10.4 A aplicação de sanções criminais

É elementar que a ocorrência do delito pressupõe, inevitavelmente, a aplicação de sanções criminais correspondentes em qualidade e quantidade à dimensão do dano ou do perigo de dano.

Além das normas incriminadoras previstas na legislação especial de proteção ambiental o ordenamento jurídico é provido de hipóteses e sanções de outra natureza que protegem os bens e interesses individuais e coletivos. O concurso de infrações penais – entre os ilícitos ecológicos e contra a pessoa humana, por exemplo – é uma das mais freqüentes situações de ofensa que ocorrem na região amazônica.

Um Direito Penal Ambiental deve ser meio e fim para atender aos mais relevantes interesses coletivos e individuais.

10.5 A federalização dos crimes contra os Direitos Humanos

A EC 45, de 08.12.2004, a chamada *reforma do Poder Judiciário,* acresceu ao art. 109, o § 5.º, na qual possibilitou uma previsão indispensável e longo alcance. A sua redação é muito apropriada: "Nas hipóteses de grave violação dos

56. STJ, 1.ª T., Resp 216.269/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* 28.08.2000.
57. STJ, 2.ª T., Resp 88776/GO, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 09.06.1997.

direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal."

Como é natural, há determinados crimes contra o cenário ambiental que assumem a proporção de grave violação dos Direitos Humanos. A sensibilidade do Ministério Público para essas hipóteses irá orientar o seu chefe institucional para levar a causa penal ao conhecimento da magistratura federal. É inegável o interesse da União que tem o compromisso de tornar reais as promessas de boa qualidade de vida aos cidadãos.

11. A solidariedade coletiva

As Declarações de Direitos, as Constituições e as leis se referem, invariavelmente e de forma explícita ou implícita, ao fenômeno da *solidariedade coletiva* como indispensável para a prevenção dos atentados ao meio ambiente. Tal solidariedade deve resultar não somente das imposições legais às autoridades públicas e seus agentes mas, também, do processo de persuasão educacional aos cidadãos de um modo geral.

A educação em todos os níveis de acesso da inteligência humana, e em todos os estágios da infância, adolescência e maturidade, bem como os princípios e as regras de convivência social e espiritual devem ser estimulados e efetivados para a preservação de um "meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida", como proclama a Constituição brasileira num de seus dispositivos que ganhou prestígio mundial.

A esse justo reconhecimento deve corresponder a soma de esforços de pessoas, grupos, associações e órgãos públicos para reverter a *maldição* de antiga sentença, como já disse alguém:

"A floresta precede os homens e o deserto os segue".

Processo penal do inimigo

Diogo Rudge Malan

Doutorando em Direito Processual Penal na USP. Mestre em Ciências Penais pela UCAM. Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Processual Penal na UCAM.

Sumário: 1. Introdução – 2. Conceito de processo penal do inimigo – 3. Processo penal do inimigo no Brasil – 4. Críticas ao processo penal do inimigo – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

Resumo: Estudo sobre o conceito e principais características do indigitado Processo Penal do Inimigo e sua legitimidade no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Processo penal do inimigo – Estado democrático de direito – Direitos e garantias individuais – Emergência – Crime organizado – Terrorismo – Lei 9.034/95.

1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é proceder a uma investigação científica, de natureza crítica, acerca da legitimidade do chamado Processo Penal do Inimigo no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Para que se possa empreender tal abordagem, entende-se que são imprescindíveis o prévio esclarecimento desse conceito e a análise da fundamentação político-criminal a ele subjacente.

Posteriormente, investigar-se-á, à luz do conceito estabelecido, a hipótese científica de a legislação de combate às *organizações ou associações criminosas de qualquer tipo* (Lei 9.034/95) ter instituído um subsistema de Processo Penal do Inimigo no bojo do sistema penal brasileiro, sem prejuízo da adoção pontual de dispositivos igualmente característicos dessa espécie de processo penal por outros diplomas legais.

Por derradeiro, será feita a abordagem propriamente dita da legitimidade do Processo Penal do Inimigo, em confronto com os valores e ideais imanentes ao Estado Democrático de Direito.

Importa ressaltar que o Processo Penal do Inimigo acarretou uma profunda involução estrutural em todos os setores e níveis dos sistemas penais – o caldo cultural e composição dos órgãos que o integram, programas normativos que lhe servem de orientação, ideologias que o legitimam, práticas efetivas do dia-a-dia etc. – de diversos países.[1]

Não obstante, o nosso enfoque circunscrever-se-á ao plano normativo, ou seja, à legislação brasileira que orienta os aparatos estatais de controle penal sobre as chamadas *organizações* ou *associações criminosas de qualquer tipo*.

2. Conceito de processo penal do inimigo

É tributável ao penalista germânico GÜNTHER JAKOBS a criação do conceito, ora tão em voga, de Direito Penal do Inimigo.

Em estudo sobre a legitimidade da tipificação de condutas antecedentes à efetiva lesão de um bem jurídico datado de 1985, o sobredito autor estabelece, pela primeira vez, uma distinção entre o Direito Penal do Cidadão (*Bürgerstrafrecht*), o qual otimiza as esferas de liberdade, e Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), que potencializa a proteção a bens jurídicos.

1. BARATTA, Alessandro; SILBERNAGL, Michael. La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale.

A esse propósito, faz ele uma distinção entre a intangibilidade da vida privada do cidadão, sobre a qual é ilegítima a criminalização, e os atos materialmente preparatórios de crimes praticados pelo inimigo, em relação aos quais é legítima a intervenção do sistema penal.[2]

A conclusão do autor é a de que em um Estado de Direito em regra não é azada a incriminação das condutas que não são qualificáveis de preparatórias da lesão a determinados bens jurídicos. Não obstante, tal impossibilidade não se aplicaria àqueles que JAKOBS qualifica como *inimigos*, em textual:

"Las ataduras son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado. La existencia de un Derecho penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe. Ciertamente son posibles situaciones, que quizá se dan incluso en este momento, en las que normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferivelmente también en su presentación externa."[3]

Em trabalho bem mais recente, JAKOBS voltou a examinar o conceito de Direito Penal do Inimigo, dessa vez o aprofundando e sistematizando. Tomando como ponto de partida a teoria da pena, ele diferencia as suas funções de *contradição* e de *eliminação de um perigo*.

2. "Ciertamente esto es útil para la protección de bienes jurídicos, pero por esta protección tiene que ceder una parte de su esfera interna. Una disminuición semejante del sujeto pertence a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nitidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad." (JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico).

3. JAKOBS, Günther. Idem.

A primeira é característica do chamado Direito Penal do Cidadão, representando a interação simbólica entre o fato criminoso e a coação penal, a qual traduz a resposta social ao ataque à norma jurídica representado pelo fato criminoso.[4] A segunda, por sua vez, é típica do Direito Penal do Inimigo, servindo exclusivamente aos fins de prevenção especial (negativa), sem qualquer conotação simbólica.[5] Ambas as funções referidas acima podem eventualmente ser legítimas e representam tipos ideais, nunca sendo encontradas em uma configuração pura.

Mais adiante, invocando as teorias contratualistas do Iluminismo, o sobredito autor tedesco aduz que aquele que viola as normas do contrato social, por princípio e de forma reiterada, renuncia ao seu *status* de cidadão, devendo ser tratado como um inimigo.[6]

Segundo ele, há certos indivíduos que por suas atitudes, vidas econômicas ou adesão a uma determinada organização, se afastam de forma propositada e permanente do Direito, têm por princípio ideológico o repúdio ao ordenamento jurídico e almejam a destruição deste último, não fornecendo, portanto, a garantia cognitiva mínima necessária para o seu tratamento enquanto pessoa.[7] Tais

4. "(...) el hecho, como hecho de una persona racional, significa algo, significa una desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad." (JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, p. 23).

5. "En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso." (JAKOBS, Günther. *Derecho penal* cit., p. 24).

6. "Por conseguiente, HOBBES y KANT conocen un Derecho penal del ciudadano – contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio – y un derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona." (JAKOBS, Günther. *Derecho penal* cit., p. 32).

7. Aqui JAKOBS parte da premissa de que toda norma jurídica necessita de uma cimentação cognitiva por parte do seu destinatário para poder ser real – algo que não ocorre com os indivíduos que integram os grupos de *inimigos*, os quais, por aderir ao grupo criminoso em vez da sociedade civil e rechaçar a legitimidade do Estado em seu conjunto, praticam uma auto-exclusão da personalidade. (JAKOBS, Günther. Idem, *passim*).

indivíduos vivem naquilo que THOMAS HOBBES denominava *estado de natureza*, gozando de uma liberdade normativamente ilimitada (*ius naturale*).

Portanto, a reação do Estado ante os atos dessa categoria de indivíduos não pode ser a compensação forçada de um dano à norma jurídica – tal qual aquela cabível para o cidadão ocasionalmente delinqüente –, mas a eliminação, pelo uso da coação, do perigo de destruição do próprio ordenamento jurídico que esses inimigos representam.[8]

Ademais disso, JAKOBS assevera a inexistência de um estado real de vigência global dos direitos humanos, havendo tão-somente um *postulado de realização*.

Por esse motivo, a intervenção internacional nos locais onde há violações em grande escala de direitos humanos não se dá para a *manutenção* do estado comunitário legal, e sim para o seu *estabelecimento* pelo emprego da coação, pois até então nesses locais impera o já mencionado *estado de natureza* hobbesiano, no qual os indivíduos não têm personalidade assegurada. Destarte, esse uso da força, para fins de estabelecimento do estado comunitário legal, representa faceta do chamado Direito Penal do Inimigo.[9]

Os fenômenos político-criminais cuja confluência gera o Direito Penal do Inimigo, segundo o professor espanhol MANUEL CANCIO MELIÁ, são o *Direito Penal Simbólico* e o *punitivismo*. Ambos os fenômenos em apreço são produto da expansão do Direito Penal que caracteriza as sociedades pós-industriais.[10]

8. JAKOBS, Günther. Idem, *passim*.

9. "Por ello, frente a los autores de vulneraciones de los derechos humanos, quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas, de por sí está permitido todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito *comunitario-legal*, y esto es de hecho lo que sucede, conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a la policía para ejecutar una orden de detención." (JAKOBS, Günther, *Derecho penal* cit., p. 54).

10. Cuja análise das origens – dentre as quais avulta a importância da globalização econômica e da integração supranacional – extrapolaria o modesto propósito do presente trabalho. Para uma análise aprofundada desse fenômeno ver, por todos, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*.

O primeiro é representado, na sua acepção crítica, pela promulgação de normas penais com o único propósito de transmitir à opinião pública a "impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido, es decir, que predomina una función latente sobre la manifesta",[11] pois o legislador sabe de antemão que tais normas terão escassa aplicação prática. O referido punitivismo, por sua vez, se caracteriza pela introdução de novas figuras típicas com efetiva aplicabilidade prática e/ou pelo agravamento das penas daquelas já existentes.

Esses dois fenômenos, entretanto, não são detectáveis de forma nitidamente distinta na realidade legislativa. Vale dizer: da mesma forma que normas com efetiva aplicabilidade prática por vezes são promulgadas com o intuito de produzir também efeitos simbólicos, normas em princípio de matizes simbólicos podem eventualmente dar azo a uma persecução penal. A relação entre esses dois fenômenos, portanto, é mais complementar do que de exclusão recíproca.[12]

Os três elementos caracterizadores do Direito Penal do Inimigo são: *(i)* o adiantamento do âmbito de incidência da punibilidade, que passa a adotar um enfoque *prospectivo* (pune-se o fato criminoso futuro), ao invés do tradicional enfoque *retrospectivo* (criminalização do fato já consumado); *(ii)* a acentuada desproporção das penas cominadas, pois o legislador não leva em consideração o adiantamento da punibilidade referido acima para efeito de reduzir proporcionalmente a pena; *(iii)* o abrandamento ou até mesmo a supressão pura e simples de determinadas garantias processuais do réu.[13]

Há, ainda, algumas características secundárias, tais como *(i)* a incriminação não de fatos propriamente ditos, mas condutas cuja relevância está precipuamente em seu conteúdo simbólico; *(ii)* a técnica empregada na redação dos tipos penais, que utiliza expressões tão vagas e ambíguas que despertam a sensação de

11. CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo?, p. 68.
12. CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Derecho penal cit., p. 65 e 76-78.
13. CANCIO MELIÁ, Manuel. Idem, p. 79-83.

que o legislador propositadamente quis ludibriar as chamadas *complexidades* inerentes ao cânone da legalidade penal.[14]

Trata-se, portanto, de um verdadeiro *modelo de Direito Penal parcial*, com o qual se pune de forma antecipada e mais dura, restringindo-se a liberdade de agir e até mesmo de pensar.[15]

À guisa de conclusão, JAKOBS aduz que para se evitar com que se prive o Direito Penal do Cidadão de suas qualidades imanentes à noção de Estado de Direito – tais como a punição exclusiva dos fatos exteriorizados e o respeito à personalidade do réu no processo penal – dever-se-ia chamar de outro nome aquilo que se deve aplicar aos terroristas: Direito Penal do Inimigo, ou *guerra refreada*.[16] Tal Direito Penal do Inimigo, uma vez claramente delimitado, segundo ele seria menos perigoso, do ponto de vista do Estado de Direito, do que se embutir no Direito Penal do Cidadão alguns dispositivos próprios do Direito Penal do Inimigo.[17]

De forma semelhante, JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ admite uma "graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia no próprio seio do Direito Penal, em função do concreto modelo sancionatório que este acabe assumindo."[18] Essa graduação segundo ele ensejaria uma configuração dualista do sistema de Direito Penal, com dois níveis distintos de regras de imputação e princípios de garantia (os quais SILVA SÁNCHEZ chama de *velocidades* do Direito Penal): um mais rígido, para as infrações penais sancionadas com pena privativa de liberdade, e outro mais flexível, para as demais infrações.

14. CANCIO MELIÁ, Manuel. "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo: Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000.

15. PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: Tendências atuais em direito penal e política criminal.

16. JAKOBS, Günther. *Derecho penal* cit., p. 42.

17. JAKOBS, Günther. Idem, p. 56.

18. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão* cit., p. 140.

Entretanto, o referido penalista espanhol considera legítima uma terceira *velocidade* do Direito Penal, na qual haja uma ampla relativização dos clássicos princípios político-criminais de garantia – conceito esse que, nesse aspecto, muito se aproxima do Direito Penal do Inimigo de JAKOBS –, desde que baseada em critérios de necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência.[19]

Destarte, segundo JAKOBS a já referida polarização entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo igualmente permeia o Direito Processual Penal.

Assim, se por um lado o réu – ao menos em um processo penal de cariz acusatório – é um verdadeiro sujeito processual titular de garantias inalienáveis, por outro lado ele é objeto de inúmeros atos de coação física pura e simples, segundo JAKOBS despidos de qualquer conotação simbólica (v.g. decretação de sua prisão preventiva). Tais atos de coação não se dirigem contra o titular de direitos fundamentais, "sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo."[20]

Por conseguinte, o Processo Penal do Inimigo traduz, em vez da atividade cognitiva baseada na imparcialidade do Juízo, característica do Estado Democrático de Direito, aquilo que LUIGI FERRAJOLI denomina "procedura decisionistica e inquisitoria fondata sul principio, schiettamente politico, dell'amico/nemico."[21] Segundo o referido autor peninsular, são características do Processo Penal do Inimigo a conotação partidária do acusador e do órgão jurisdicional e a transformação do processo penal em instrumento da *luta* contra a criminalidade organizada.

19. SILVA SÁNCHEZ. Jesús-María. *A expansão* cit., p. 148-151.
20. JAKOBS, Günther. *Derecho penal* cit., p. 45.
21. FERRAJOLI, Luigi. Emergenza penale e crisi della giurisdizione.

Logo, nesse modelo processual penal inexiste uma verificação empírica de fatos concretos imputados ao réu e sim uma "tecnica d'inquisizione sulla persona, cioè sulla sua soggetività nemica od amica quale si esprime non solo nei reati ma anche nel suo comportamento processuale."[22]

Dentre os institutos típicos desse processo penal, avulta a importância da incomunicabilidade do preso, que visa a evitar que ele utilize a comunicação com seu defensor como meio para colocar em risco a vida, integridade física ou liberdade de terceiros.[23]

A par da incomunicabilidade, são recorrentes no arsenal do Processo Penal do Inimigo: *(i)* prisões para *averiguação* decretadas com base em mera suspeita, com dispensa de autorização judicial; *(ii)* mecanismos de delação premiada; *(iii)* julgadores de exceção, ou seja, constituídos casuisticamente, após a prática da infração penal, muitas vezes com identidade sigilosa (*juízes sem rosto*); *(iv)* regimes de execução penal sem quaisquer direitos para o apenado.[24]

Nesse contexto, WINFRIED HASSEMER aduz que os fenômenos da modernização e da globalização vêm ameaçando maciçamente as clássicas garantias do processo penal, sendo que as reformas processuais penais "concentram-se nas últimas décadas somente na fase de investigação, isto é, naquela parte do processo em que se trata de instrumentos de controle."[25]

Como tais instrumentos invariavelmente são secretos (v.g. escutas clandestinas; agentes infiltrados etc.), o investigado não tem como se comportar de forma estratégica, pessoal, perante esse controle. Logo, suprime-se o direito fundamental do investigado ao silêncio. Outra conseqüência apontada pelo sobredito

22. FERRAJOLI, Luigi. Emergenza cit. No mesmo sentido: FERRAJOLI, Luigi. L'imputato come nemico: un topos della giurisdizione dell'emergenza.

23. JAKOBS, Günther. *Derecho penal* cit., p. 43-46.

24. Sobre os institutos processuais penais de exceção no Direito Comparado ver SARDINHA, José Miguel. *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*, p. 42-82 e CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*, p. 74-130.

25. HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais.

autor germânico é que os instrumentos em questão inexoravelmente devassam não só a esfera de intimidade do próprio suspeito, mas igualmente a de terceiras pessoas, inocentes que integram o círculo de relações pessoais daquele.[26]

O exemplo a nosso ver mais paradigmático do Processo Penal do Inimigo[27] é a Ordem Militar Presidencial estadunidense de 13.11.2001, a qual versa sobre a Detenção, Tratamento e Julgamento de Alguns Não-cidadãos na Guerra Contra o Terrorismo (*Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-citizens in the War Against Terrorism*).

Trata-se de ato normativo, promulgado por força do notório atentado terrorista de 11 de setembro daquele ano, ao qual estão sujeitos os indivíduos considerados suspeitos de *(i)* integrar ou ter integrado a organização terrorista conhecida como *Al Quaeda*; *(ii)* praticar qualquer ato terrorista, ou ato preparatório deste último, ou até mesmo simplesmente ter conspirado para praticá-lo; *(iii)* hospedar qualquer pessoa referida nos itens anteriores.

Releva destacar que mesmo fora das referidas hipóteses, indivíduos podem ser submetidos ao ato em apreço, desde que isso seja considerado conveniente do ponto de vista dos interesses dos Estados Unidos da América (*is in the interest of the United States that such individual be subject to this order*).[28]

No que concerne à competência, através desse ato todos os indivíduos enquadrados nesse elástico conceito de *terroristas* são julgados por órgãos denominados Comissões Militares – cuja totalidade dos integrantes, incluindo julgadores, acusadores e defensores, é diretamente nomeada pelo Secretário de Defesa estadunidense, dentre oficiais integrantes das Forças Armadas. O Secretário de Defesa detém, ainda, competência legislativa, podendo editar ordens com vistas à

26. HASSEMER, Winfried. Idem.

27. Uma análise de todos os subsistemas de Processo Penal do Inimigo existentes no Direito Comparado extrapolaria o modesto objetivo do presente estudo, motivo pelo qual optamos pelo breve exame tão-somente daquele que nos parece o mais emblemático.

28. Seção 2, letra *a*.

regulamentação desse ato, quanto à matéria processual.[29] Não bastasse essa concentração absoluta de poderes, há, ainda, a instituição de um reexame obrigatório de todas as decisões de mérito proferidas pelas Comissões Militares pelo próprio Presidente da República ou o Secretário de Defesa, caso designado por aquele.[30]

Tal ato legislativo ainda dispõe que são inaplicáveis às Comissões Militares incumbidas de julgar indivíduos suspeitos da prática de atos terroristas os princípios da lei e as regras probatórias cabíveis no processo criminal ianque,[31] não cabendo recurso por parte dos réus a qualquer tribunal civil, seja ele norte-americano, estrangeiro ou internacional.[32]

Ou seja, essa Ordem Militar Presidencial outorga poderes praticamente ilimitados ao Secretário de Defesa.

Com efeito, este último acumula o poder *legislativo* (ao criar órgãos jurisdicionais e normas processuais penais *ex post factum*), *executivo* (ao nomear todos os componentes dessas Comissões Militares e exercer as funções de autoridade penitenciária) e, finalmente, *judicial* (ao desempenhar o papel de instância revisora das decisões proferidas pelo primeiro grau de jurisdição) – tornando tal Ordem Militar Presidencial, como bem anota MARCO BOUCHARD, um *ato absolutamente único*,[33] ante a clássica tripartição de Poderes e o seu sistema de freios e contrapesos, que caracterizam qualquer Estado Democrático de Direito.

29. Seção 4, letras *a*, *b* e *c*.

30. Seção 4, letra *c*, n. 8.

31. "Given the danger to the safety of the United States and the nature of international terrorism, and to the extent provided by and under this order, I find consitent with section 836 of title 10, United States Code, that is not practicable to apply in military commissions under this order the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States district courts." (Seção 1, letra *f*).

32. Seção 7, letra *b*, n. 2. No dia 28.06.2004 a Suprema Corte norte-americana, ao julgar o caso "Rasul v. Bush" (124 S.Ct. 2686), decidiu, pois seis votos a três, que as cortes distritais federais ("federal district courts") daquele País têm competência para julgar ações de "habeas corpus" ajuizadas pelos estrangeiros suspeitos da prática de terrorismo que hodiernamente se encontram presos na base militar estadunidense situada na Baía de Guantánamo, em Cuba.

33. BOUCHARD, Marco. Guantánamo: morte do processo penal e início do apocalipse.

Ademais dessa concentração de poderes, a Ordem Militar Presidencial em questão é exemplo paradigmático de utilização do Processo Penal do Inimigo, eis que ela, ao omitir o procedimento penal que será observado, cria *uma relação bilateral entre uma estrutura inquisitória, de um lado, e o acusado, do outro.*[34]

Amparado pela delegação de poderes contida nessa Ordem Militar Presidencial, o Secretário de Defesa editou a *Military Commission Order* n. 1 (*Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism*), de 21.03.2002, no bojo da qual foi estabelecido o procedimento a ser seguido, com a enunciação de algumas garantias dos réus.[35]

Não obstante, na realidade trata-se de garantias meramente formais, sem qualquer efetividade.[36] A maior prova da veracidade dessa asserção é o fato de os defensores dos acusados serem obrigatoriamente nomeados pelo Conselho Geral do Departamento de Defesa, dentre oficiais das Forças Armadas que exerçam funções junto à Justiça Militar[37] – à semelhança dos julgadores e acusadores. Assim, como o defensor do réu carece da mais comezinha independência, sendo inexoravelmente subordinado hierarquicamente ao Secretário de Defesa, é evidente que o direito de defesa nesse procedimento é meramente formal.

Malgrado a *Military Commission Order* n. 1 faculte ao réu a contratação de um defensor civil de sua livre escolha, ela estabelece tantas restrições à sua atuação que esta se torna completamente ineficaz.[38]

34. BOUCHARD, Marco. Idem.

35. Item 5 (*Procedures accorded the accused*).

36. "Na realidade, estas garantias reduzem-se a puras cláusulas de estilo não só porque, de facto, os processos são conduzidos no máximo segredo, mas também porque o próprio regime formal não deixa dúvidas sobre a específica intenção de transformar os acusados em puros instrumentos de recolha de informações para a luta contra o terrorismo, com o definitivo enterro de uma qualquer finalidade processual, seja ela um mero juízo sobre factos, seja o apuramento da verdade sobre uma conduta humana. Os factos, aqui, não têm relevância. Não há factos para apurar." (BOUCHARD, Marco. Guantánamo cit.).

37. Item 4, letra *c*.

38. "Com efeito: a) o defensor escolhido não substitui o defensor militar, fica colocado ao seu lado, numa posição de subordinação hierárquica em relação ao chefe do corpo de defesa militar;

Ante o exposto, é lícito concluir que o atual procedimento aplicável aos suspeitos da prática de terrorismo nos Estados Unidos da América é um caso paradigmático de Processo Penal do Inimigo, visando à neutralização do suposto perigo que esses indivíduos representam, através da supressão de diversas garantias fundamentais, tais como o Juiz Natural, o acesso à Justiça, o direito de defesa etc.

Hodiernamente, portanto, há no ordenamento jurídico estadunidense a coexistência do subsistema do Processo Penal do Inimigo – disciplinado pelos atos em análise a aplicável aos suspeitos da prática de atos terroristas – e do Processo Penal do Cidadão, o qual prevê todos os corolários lógicos da cláusula do *due process of law* e se aplica a todos os demais indivíduos.

3. Processo penal do inimigo no Brasil

Entendemos que o procedimento previsto na Lei 9.034/95 (a indigitada Lei do Crime Organizado, doravante LCO) pode ser caracterizado como um subsistema de Processo Penal do Inimigo incrustado no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se do diploma legal que disciplina os meios de prova e procedimentos aplicáveis aos delitos praticados por quadrilha ou bando *ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo* (art. 1.º, com a redação da Lei 10.217/01).

Não obstante o legislador tenha equiparado os conceitos de *quadrilha ou bando* e de *organização ou associação criminosa de qualquer tipo*, para fins de incidência da LCO, o crime de quadrilha ou bando (art. 288, do CP)[39] abrange qual-

b) não tem direito a conhecer os meios de prova que – conforme decisão discricionária da Comissão Militar – estão cobertos pelo segredo militar; c) os contactos entre o defensor e o acusado estão constantemente submetidos à vigilância; d) o defensor tem de ter a nacionalidade americana e deve ter tido uma conduta sem mácula; e) o defensor deve entregar uma declaração de autorização de vigilância sobre a sua vida pública e privada; f) o defensor deve assumir um compromisso de total submissão às regras de funcionamento do processo perante as Comissões Militares." (BOUCHARD, Marco. Guantánamo cit.).

39. Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

quer associação criminosa estável ou permanente, com o objetivo de praticar delitos.

Logo, não há uma relação de identidade entre esse conceito jurídico-penal de quadrilha ou bando e o conceito criminológico de organização criminosa, o qual sequer se encontra tipificado pelo legislador brasileiro. A esse respeito, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI aduz que "é claro que quem fala de crime organizado não está se referindo a qualquer pluralidade de agentes nem a qualquer associação ilícita, senão a um fenômeno distinto, que é inconcebível no mundo pré-capitalista, onde não havia empresa nem mercado na forma em que os conhecemos hoje."[40]

Por esse motivo, a literatura jurídico-penal brasileira já se manifestou no sentido da inconstitucionalidade do art. 1.º em análise e a subseqüente inaplicabilidade da LCO como um todo, as quais são reiteradamente atribuídas à falta de técnica por parte do legislador.[41]

O referido penalista portenho, entretanto, alerta que a importação de um conceito tão impreciso quanto o de *organização criminosa* para o âmbito dos ti-

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

40. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Crime organizado": Uma categorização frustrada. No mesmo sentido: "muito dificilmente a maioria das quadrilhas ou bandos, tal como os conhecemos tradicionalmente, chega a se aproximar de um crime organizado (em sentido estrito). Aqueles são expressões da criminalidade de massa, este é quantitativamente diverso." (GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*, p. 75).

41. "A solução para obviar a situação de déficit de definição está em escolher entre aplicar a lei a todos os casos de quadrilha ou bando, o que colide com o princípio constitucional da proibição do excesso, ou não aplica-la em nenhuma hipótese, ao menos até que o legislador preencha a lacuna. Esta alternativa é, sem dúvida, a única aceitável, na medida em que preserva o respeito à Constituição e oferece oportunidade ao legislador de corrigir as demais inconstitucionalidades do diploma, especialmente a que diz respeito às atividades persecutórias do juiz, indevidamente regulamentadas no artigo 3.º." (GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. *Crime organizado*, p. 50. No mesmo sentido: SILVA FRANCO, Alberto. Nota de doutrina sobre a Lei 9.034/95; GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: Que se entende por isso depois da lei 10.217, de 11.04.2001? (apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da lei 9.034/95); BECK, Antonio Rafael. Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização de garantias, p. 123-125.

pos penais é característica do Direito Penal autoritário, propositadamente visando a ludibriar as chamadas *complexidades* inerentes ao cânone da legalidade penal (art. 5.º, XXXIX, da CF/88).[42] Logo, é lícito supor que a vagueza do conceito de *organizações ou associações criminosas de qualquer tipo* pode não ser decorrente da alegada ausência de técnica do legislador brasileiro, mas sim de proposital adoção do paradigma de tipificação de condutas do Direito Penal do Inimigo, já analisado *supra*.[43]

No procedimento fixado pela LCO estão previstos, dentre outros, os seguintes institutos: *(i)* a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, mediante autorização judicial (art. 2.º, IV); *(ii)* a infiltração de agentes de polícia ou de inteligência no seio da associação criminosa, para realização de tarefa de investigação, com autorização judicial circunstanciada (art. 2.º, V); *(iii)* a realização de diligências investigativas diretamente pelo juiz da causa, em se tratando de acesso a dados ou documentos de natureza sigilosa (art. 3.º); *(iv)* a instituição de mecanismos de delação premiada, reduzindo-se de 1 (um) a 2/3 (dois terços) a pena do agente cuja colaboração levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria (art. 6.º); *(v)* a proibição de concessão de liberdade provisória ao agente com *intensa e efetiva participação na organização criminosa* (art. 7.º); *(vi)* a proibição de apelar em liberdade (art. 9.º); *(vii)* o regime inicial obrigatoriamente fechado de cumprimento da pena para os condenados por crimes decorrentes da organização criminosa (art. 10). Comente-se cada qual.

De início, cabe ressaltar que institutos como a captação ambiental subreptícia de sinais e a infiltração de agentes caracterizam, no mínimo, o abrandamento do princípio da superioridade ética do Estado, característico do Estado

42. "O transporte de uma categoria frustrada ao campo da lei penal não é mais do que uma criminalização que apela a uma idéia difusa, indefinida, carente de limites precisos e, por fim, uma lesão ao princípio da legalidade –, isto é, à primeira e fundamental característica do direito penal liberal ou de garantias." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Crime organizado" cit.).

43. "Il fatto, in queste figure normative, sfuma nel percorso di vita o nella collocazione politica dell'imputato, ed è come tale tanto poco verificabile dall'accusa quanto poco confutabile dalla difesa. E si configura tendenzialmente come un reato di status, piú che come un reato di azione e di evento, identificabile anziché con prove con valutazioni riferite alla soggettività eversiva o sostanzialmente antigiuridica del suo autore." (FERRAJOLI, Luigi. Emergenza cit.).

Democrático de Direito.[44] Nessa ordem de convicções, inexiste uma suposta *igualdade de armas* entre a criminalidade organizada e o Estado que a combate, de sorte a legitimar este último a lançar mão de todos os meios que se encontram à disposição dos criminosos.[45]

Tal captação ambiental sub-reptícia, por exemplo, viola os direitos fundamentais do cidadão investigado à autodeterminação informativa – segundo conceito de GERALDO PRADO, o *direito de o sujeito sobre o qual são armazenadas informações conhecer previamente os limites de emprego futuro dessas mesmas informações* – e à informação quanto ao direito ao silêncio.[46]

O agente infiltrado[47] igualmente compromete a eticidade do Estado, uma vez que o Poder Judiciário concede a ele, em última análise, *autorização para a prática de delitos*, a pretexto justamente de combatê-los.[48]

44. "De acuerdo con esto, el procedimiento penal y su concepción jurídica no deberían ser vistos solamente como un medio para el esclarecimiento y persecución de los hechos punibles, sino también como un signo de la respectiva cultura jurídica. Su ethos y su legitimación surgen a partir de una superioridad moral frente al control social en principio no vinculante. Esta superioridad moral se apoya en la cuestión de cuáles son los límites y principios del derecho procesal penal que se pretende hacer valer incluso em horas de necesidad por si mismos. En mi opinión, solamente un proceso de principios firmes puede mantener la confianza y el respecto de la población." (HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*, p. 90).

45. HASSEMER. Winfried. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada.

46. PRADO, Geraldo. Da lei de controle do crime organizado: Crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental.

47. Pode-se conceituá-lo como o agente público "que, sem revelar a sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para a incriminação do(s) suspeito(s), ou então simplesmente para a obtenção da *notitia criminis*, ganha a confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos factos, praticando actos de execução se necessário for, por forma a conseguir a informação necessária ao fim a que se propõe." (MEIREIS, Manuel Augusto Alves. O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, p. 163-164). Assim, esse agente *infiltrado* se diferencia do chamado *provocador* – na medida em que o primeiro nunca detém exclusivamente o domínio do fato criminoso, ao contrário deste último – e do *encoberto*, que não interfere no mecanismo causal do crime e tampouco busca conquistar a confiança dos delinqüentes, limitando-se a freqüentar locais à paisana com vistas a efetuar eventual prisão em flagrante (MEIREIS, Manuel Augusto Alves. *O regime* cit., p. 183-184 e 192-193).

48. PRADO, Geraldo. Da lei cit. No mesmo sentido: MEIREIS, Manuel Augusto Alves. O regime cit., p. 171.

Trata-se, em última análise, de meios insidiosos de busca de prova, porquanto visam a induzir o cidadão à auto-incriminação, em franca violação ao seu estatuto jurídico de sujeito processual titular de garantias inalienáveis.[49]

No que tange à realização de diligência investigativa diretamente pelo Juiz, o legislador optou pela supressão do princípio acusatório, que é a pedra angular do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (arts. 5.º, 93, IX e 129, I),[50] cuja principal característica é a repartição das tarefas de acusar e julgar entre órgãos distintos, tudo com vistas à preservação da imparcialidade do julgador.[51]

Com efeito, no sistema de investigação preliminar delineado pela Constituição da República Federativa do Brasil cabe exclusivamente à Polícia Federal e às Polícias Civis Estaduais exercer as funções de polícia judiciária (art. 144, § 1.º, IV e § 4.º, respectivamente), podendo o Ministério Público requisitar diligências investigativas àquelas (art. 129, VIII). O papel do órgão jurisdicional nessa fase, portanto, é o de decretar eventual medida cautelar que acarrete a constrição dos direitos fundamentais do cidadão investigado.

49. "Não quer isso dizer que o arguido não possa, em termos demarcados pela lei por forma estrita e expressa, ser objecto de medidas coativas e constituir, ele próprio, um meio de prova. Quer dizer, sim, que as medidas coactivas e probatórias que sobre ele se exerçam não poderão nunca dirigir-se à extorsão de declarações ou de qualquer forma de auto-incriminação, e que, pelo contrário, todos os actos processuais do argüido deverão ser a expressão da sua livre personalidade." (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*, p. 430).

50. MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*, p. 88-102.

51. "O art. 3.º da Lei 9.034/95 é, a meu ver, inconstitucional, porque fere a mais importante garantia do 'devido processo legal', que é a imparcialidade do juiz. E é, igualmente, inconstitucional, porque vulnera o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo estas aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extra-processual." (GRINOVER, Ada Pellegrini. Que juiz inquisidor é esse?). Note-se que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo em questão, no que tange ao acesso do Juiz aos dados *fiscais* e *eleitorais*. Por outro lado, no que tange aos dados *bancários* e *financeiros*, o STF entendeu que houve a derrogação do art. 3.º da LCO por força da Lei Complementar 105/01, que disciplinou de forma integral o procedimento de acesso aos dados dessa natureza (STF, ADIn 1570-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* 22.10.2004, p. 04).

Severas críticas são igualmente passíveis de ser formuladas aos mecanismos de delação premiada do art. 6.º da LCO. EUGENIO RAUL ZAFFARONI frisa que tal instituto não guarda qualquer relação com o da desistência voluntária (art. 15, do CP) – no qual o agente voluntariamente desiste de prosseguir no *iter criminis* – pois se trata de um "delinqüente que negocia um benefício em troca de informação, ou seja, é um delator. O estado está se valendo da cooperação de um delinqüente, comprada ao preço de sua impunidade, para 'fazer justiça', algo que o direito penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria."[52]

A proibição de concessão de liberdade provisória contida no art. 7.º da LCO, de outra banda, é flagrantemente inconstitucional.

A uma, pois o direito fundamental à liberdade provisória se encontra previsto no art. 5.º, LXVI, da CF/88, a qual delegou ao legislador ordinário tão-somente poderes para estabelecer os requisitos para a sua concessão, nunca para excluir abstratamente tal direito com relação a determinadas categorias de crimes.

A duas, porque a Carta Constitucional brasileira somente exclui, com relação aos chamados *crimes hediondos*, a possibilidade de concessão *fiança*, *graça* e *anistia* (art. 5.º, XLIII), portanto implicitamente permitindo a liberdade provisória sem arbitramento de fiança.[53]

A três, pois se condicionar a proibição de liberdade provisória a um conceito vago como o de *intensa e efetiva participação na organização criminosa*, além de afrontar o princípio da legalidade, desvirtua a natureza cautelar da prisão processual no sistema acusatório, transformando-a em instrumento de punição antecipada do réu.

A essa punição antecipada se resume, outrossim, a proibição de o condenado apelar em liberdade (art. 9.º, da LCO). Com efeito, tal dispositivo vincula dois institutos que não guardam nenhuma relação entre si: condiciona o exercí-

52. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Crime organizado" cit.

53. SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*, p. 372-384.

cio do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição a uma prisão que é conseqüência obrigatória da prolação da sentença penal condenatória recorrível – não tendo, portanto, natureza cautelar e tampouco exigindo fundamentação específica por parte do magistrado prolator da sentença.[54]

Por derradeiro, a instituição de regime inicial de cumprimento da pena obrigatoriamente fechado, independente da quantidade de pena imposta ao réu, vai frontalmente de encontro aos princípios fundamentais da legalidade, da humanidade e da individualização da pena (art. 5.º, III, XXXIX e XLV, da Carta Política Brasileira).[55]

À vista das características desses institutos processuais examinados *supra*, é lícito concluir que a LCO – a pretexto de neutralização dos supostos riscos que representam os grupos de indivíduos enquadrados no vago conceito de *organizações ou associações criminosas de qualquer tipo* – abrandou de forma excessiva ou até mesmo suprimiu pura e simplesmente diversas garantias processuais. Logo, tal diploma legal pode, a nosso ver, ser caracterizado com um subsistema de Processo Penal do Inimigo que hodiernamente existe dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais dessa disciplina procedimental específica da Lei 9.034/95, não resta a menor dúvida de que diversos outros diplomas legais brasileiros incorporaram, ainda que de forma pontual, dispositivos igualmente característicos do Processo Penal do Inimigo.

54. "Prisão 'por força de lei', que desobrigue o juiz a fundamentá-la, é prisão automática ou obrigatória. Se não ofende a presunção de inocência ou a ampla defesa, indiscutivelmente ofende o princípio da necessidade de fundamentação da prisão, inscrito no art. 5.º, LXI. Nossa Constituição, em tal preceito, não exige tão-somente 'ordem de autoridade judiciária'. Só isso não basta. Ainda é preciso que a ordem seja 'fundamentada'. E fundamentada não genericamente, tendo-se por base exclusivamente a sentença condenatória recorrível. Esta decide a pretensão punitiva estatal, reconhece o delito, dá como certa a autoria. Mas para justificar constitucionalmente a prisão, desde logo, cabe ao juiz dar os motivos fáticos e jurídicos específicos da medida cautelar." (GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*, p. 32).

55. SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*, p. 161-170.

Assim, pode-se mencionar a título de exemplo o art. 30, da Lei 7.492/86, que instituiu a *magnitude da lesão causada* como circunstância autorizadora da decretação da prisão preventiva do réu acusado da prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional.[56]

Ou então o art. 2.º, da Lei 8.072/90, que proibiu a concessão de liberdade provisória e progressão do regime de cumprimento de pena àqueles acusados da prática de crimes por ela qualificados como *hediondos*.[57]

Da mesma forma, a Lei 9.613/98 – que tipifica os crimes de *lavagem* ou ocultação de bens, direitos e valores – permite o julgamento do réu à revelia (art. 2.º, § 2.º),[58] proíbe a concessão de fiança e liberdade provisória (art. 3.º) e inverte o ônus da prova, quanto à licitude os bens, direitos e valores apreendidos cautelarmente (art. 4.º, § 2.º).[59]

56. Trata-se de dispositivo de constitucionalidade questionável, porque tal conceito de *magnitude da lesão causada* é tão vago e empiricamente indemonstrável que não pode autorizar a restrição à liberdade ambulatória do cidadão. Ademais disso, mesmo que essa magnitude lesiva pudesse ser empiricamente comprovada, ainda assim ela não caracterizaria o *periculum libertatis*, pressuposto indispensável para a decretação da prisão processual do réu, que deve ser presumido inocente no sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Pelo contrário, tal dispositivo legal encerra, a bem da verdade, uma presunção implícita de culpabilidade do réu, que acarreta a sua punição antecipada, ainda que a medida prisional seja absolutamente desnecessária do ponto de vista cautelar.

57. O Supremo Tribunal Federal no dia 23.02.2006 declarou, por seis votos a cinco, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.078/90, que previa o regime de cumprimento de pena integralmente fechado para os crimes considerados hediondos e a eles equiparados (STF, HC 82959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio).

58. Desde o advento da Lei 9.271/96 não se admite no Brasil o julgamento à revelia, o qual sabidamente viola o direito fundamental do réu à autodefesa, nas suas duas vertentes (direito de audiência e direito de presença), além de propiciar uma defesa técnica por defensor dativo que normalmente é deficiente, senão inexistente. No procedimento ordinário do Código de Processo Penal brasileiro, caso a citação editalícia não seja atendida pelo réu e tampouco seja constituído advogado para defendê-lo, suspende-se tanto o processo quanto o prazo prescricional (art. 366).

59. A bem da verdade, o ônus de comprovar a origem ilícita dos bens, direitos e valores do cidadão é sempre da parte que requer a medida cautelar de apreensão ou seqüestro, a qual sabidamente está sujeita ao pressuposto do *fumus boni juris*. A origem *lícita* dos bens do réu é que deve ser presumida, por força do cânone constitucional da presunção de inocência. Assim, a única interpretação conforme a Constituição possível desse dispositivo legal é a seguinte: malgrado o ônus de se

A Lei 10.792/03, ao alterar a redação dos arts. 52 a 54 da Lei 7.210/84, instituiu a Execução Penal do Inimigo no Brasil, através do *regime disciplinar diferenciado*, que consiste no recolhimento em cela individual por até trezentos e sessenta dias daqueles indivíduos que *(i)* praticarem falta disciplinar tipificada como crime doloso, quando tal fato ocasionar *subversão da ordem ou disciplina interna*; *(ii)* apresentarem *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*; *(iii)* sobre os quais recaiam *fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.*

Por fim, os reflexos dessa política criminal do Processo Penal do Inimigo se encontram inclusive em projetos de lei que visam a instituir *(i)* a assistência jurídica estatal obrigatória para acusados da prática de crimes qualificados como *hediondos* ou a ele equiparados (art. 5.º, XLIII, da CF/88);[60] *(ii)* a obrigatoriedade dos acusados da prática de crime de *lavagem* ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei 9.613/98) comprovarem a origem lícita dos valores pagos a título de honorários advocatícios;[61] *(iii)* infração ético-disciplinar aplicável ao advogado que *solicitar ou receber de constituinte importância proveniente de narcotráfico ou outra atividade criminosa, a título de honorários advocatícios*;[62] *(iv)* o recrudescimento da própria LCO, com a instituição de vedações à progressão de regime de cumprimento de pena, à suspensão condicional da pena (*sursis*) e à substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, além da ampliação do prazo da prisão temporária para 120 (cento e vinte) dias (prorrogável por igual período), para acusados de integrar organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. [63]

comprovar a ilicitude dos bens seja da parte acusadora, faculta-se ao réu, a qualquer momento no curso do processo, produzir a contraprova quanto à licitude desses bens, ao ensejo da qual eles serão liberados pelo órgão jurisdicional imediatamente (CERVINI, Raúl, OLIVEIRA, William Terra de, GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*, p. 365-366).

60. Projeto de Lei 866/2003, de autoria do Deputado Federal André Luiz (PMDB/RJ).
61. Projeto de Lei 577/2003, de autoria do Deputado Federal Alberto Fraga (PMDB/DF).
62. Projeto de Lei 712/2003, de autoria do Deputado Federal Bispo Wanderval (PL/SP).
63. Projeto de Lei 5549/2005, de autoria do Deputado Federal Capitão Wayne (PSDB/GO).

À luz de todos os exemplos colacionados acima, é forçoso concluir que o Processo Penal do Inimigo não é uma abstração teórica e sim uma realidade no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Não obstante, se a utilização desse paradigma de Processo Penal beligerante em países de instituições democráticas fortemente consolidadas já se afigura altamente questionável, que dirá em jovens democracias tais como a brasileira – nas quais ainda não se encontra devidamente arraigado um caldo de cultura de respeito às liberdades públicas após o processo de redemocratização.[64]

Interessante notar que a Convenção de Genebra sobre vítimas da guerra de 1949 – promulgada no Brasil pelo Dec. 42.121/57 – proíbe, em seu art. 3.º, "as condenações pronunciadas e as execuções efetuadas e sem julgamento prévio proferido por tribunal regularmente constituído, que conceda garantias judiciárias reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados", com relação aos prisioneiros de guerra, os quais, assim, paradoxalmente obtêm tratamento mais vantajoso do que os acusados de integrar as organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

4. Críticas ao processo penal do inimigo

Definido o conceito de Direito Penal do Inimigo, analisada a corrente de política criminal que busca legitimá-lo e examinados os seus principais desdobramentos no âmbito do processo penal, é possível proceder a uma abordagem crítica do conceito, à luz dos valores e ideais inerentes ao chamado Estado Democrático de Direito.[65]

64. "A situação brasileira apresenta uma delicadeza particular quando se pensa na cultura emergencial, característica essa comum aos países em processo de (re) democratização, onde os valores que lhe são próprios mal são estabelecidos no pacto de civilidade e acabam por ser desmoralizados na prática dos operadores do direito – e na prática social, de forma geral – que assim conferem uma vivência apenas formal aos cânones culturais da normalidade." (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*, p. 132).

65. "Considero que, en los momentos actuales, no basta con identificar y describir en los ordenamientos jurídico-penales actuales brotes o ejemplos evidentes de un "Derecho penal del

A esse propósito, releva destacar que segundo CANCIO MELIÁ, as medidas repressivas ínsitas ao chamado Direito Penal do Inimigo não podem ser consideradas parte integrante do sistema do Direito Penal – tal qual é conhecido em nossos sistemas jurídicos – e sim do arsenal dos chamados estados de exceção. Isso porque o agrupamento dessas medidas sob o rótulo legitimador de Direito Penal e sob uma suposta normalidade constitucional pode acarretar o risco de produção de um câmbio estrutural no sistema normativo do Direito Penal.[66]

Destarte, o próprio conceito de *Direito Penal do Inimigo* peca pela sua pouca precisão. Com efeito, com relação àqueles delitos sobre os quais se reclama a incidência do chamado Direito Penal do Inimigo (v.g. criminalidade econômico-financeira organizada; terrorismo; tráfico de drogas etc.), não acontecem operações de natureza militar, planejadas com frieza e prudência, e sim uma espécie de cruzada simbólica, insuflada pelos *media*, contra aqueles indivíduos considerados perversos, malgrado não sejam necessariamente perigosos.

Por força desse simbolismo, o processo de incriminação característico do Direito Penal do Inimigo não tem somente uma determinada conduta como base, mas também outros elementos, notadamente aqueles que caracterizam o autor como alguém pertencente à casta dos *inimigos*.[67]

Mais adiante, CANCIO MELIÁ aduz que não se deve considerar o Direito Penal do Inimigo um componente indissociável do Direito Penal moderno. A uma, simplesmente porque ele é inconstitucional. A duas, pois inexiste

enemigo", sino que es preciso manifestar también si son compatibles con el marco constitucional de un Estado de Derecho y con los pactos internacionales de derechos civiles reconocidos y acogidos en los ordenamientos jurídicos de los Estados civilizados. Una visión puramente tecnocrática, funcionalista o descriptiva de un sistema jurídico, convierte al jurista en simples notário que constata una realidad, pero que ni la aprueba, ni la desaprueba." (MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre ele "Derecho penal del enemigo"*, p. 70).

66. CANCIO MELIÁ, Manuel. Prólogo (II). In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo, p. 16-17.

67. "Se trata, por lo tanto, más de 'enemigos' en este sentido pseudorreligioso que en la acepción tradicional-militar del término." (CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Derecho penal cit., p. 87-89).

qualquer comprovação de que o Direito Penal do Inimigo efetivamente contribui para a prevenção de delitos. Por fim, o Direito Penal do Inimigo *conceitualmente* não pode fazer parte do Direito Penal, pois aquele não cria normais penais incriminadoras, e sim demoniza determinados grupos de indivíduos – trata-se, por conseguinte, de um Direito Penal do autor, e não do fato.

Nesse mesmo diapasão, o referido jurista espanhol critica o argumento de que o Direito Penal do Inimigo é necessário ante aqueles indivíduos que, pela sua própria periculosidade, comprometem a existência da sociedade. Isso porque a percepção do risco é somente uma *construção social*, que independe da dimensão efetiva da ameaça. Os grupos de indivíduos normalmente eleitos como *inimigos*, a bem da verdade, sequer representam esse risco efetivo para as instituições sociais.

Logo, CANCIO MELIÁ assevera que o que há de singular naqueles grupos de indivíduos aos quais se almeja aplicar o Direito Penal do Inimigo é que suas condutas atingem, *no plano simbólico*, alguns aspectos reputados essenciais e especialmente vulneráveis da identidade social, transcendendo as lesões a bens jurídicos de titularidade individual.

Defende ele que a melhor resposta a essas condutas, no plano simbólico, é justamente a aplicação do Direito Penal tradicional, dentro dos parâmetros da normalidade, negando-se assim ao infrator justamente essa suposta capacidade de ameaçar os precitados elementos essenciais à construção da identidade social. Assim, a tentativa de legitimação do Direito Penal do Inimigo com base no argumento da defesa das instituições componentes do Estado Democrático não passa de um *luogo retorico, oltre che contradittorio*, porque a Democracia e o Estado de Direito são defendidos justamente através do respeito às suas próprias regras do jogo.[68]

68. "In ogni caso, una volta imboccata la strada dell'emergenza come necessaria per la difesa dello Stato (dal terrorismo o da se stesso), si doveva almeno avere il coraggio politico e l'onestà intellettuale di ammetere che una tale risposta al pericolo eversivo era una risposta fuori-legge,

Além disso, CANCIO MELIÁ critica a tese de JAKOBS acerca da pretensa auto-exclusão da personalidade jurídica por parte do *inimigo*, na justa medida em que a personalidade jurídica é atribuída pelo Estado Democrático de Direito a todos os seres humanos, sendo irrenunciável, a não ser que haja uma verdadeira ruptura no sistema.[69]

Em última análise, o Direito Penal do Inimigo e sua mudança nos paradigmas de princípios e regras de responsabilização penal são disfuncionais conforme o conceito tradicional de Direito Penal.

Ademais disso, tal diferenciação entre Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão com base no critério de abrandamento das garantias penais e processuais do réu acusado de integrar a criminalidade organizada, ainda que pudesse ser aceita, acarretaria o risco da eventual extensão dessa flexibilidade à criminalidade convencional.[70]

Em síntese, a conclusão é no sentido de que o conceito de Direito Penal do Inimigo é válido como elemento *descritivo* da atual quadra da involução dos ordenamentos jurídico-criminais. Por outro lado, o componente *afirmativo* do conceito em apreço é passível de críticas, na medida em que a expressão *Direito Penal do Inimigo* encerra uma contradição em termos, ao passo que *Direito Penal do Cidadão*, um pleonasmo.[71] Destarte, a utilidade prática desse conceito, nessa

come sono sempre le risposte di guerra, e non corrompere con essa i principi garantisti del diritto penale che è essenzialmente un diritto di pace." (FERRAJOLI, Luigi. Emergenza cit.).

69. "La mayor desautorización que puede corresponder a esa defección intentada por el 'enemigo' es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía general, es decir, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor." (CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Derecho penal cit., p. 99).

70. "Daí que a aposta, que parece decidida, por uma expansão do Direito Penal, que conglobe a relativização dos princípios de garantia e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer ademais no erro adicional de repercutir sobre a criminalidade em geral, incluída a dos *'powerless', algo que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas antigarantistas* (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão cit., p. 55).

71. CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Derecho penal cit., p. 61.

perspectiva crítica, é a de servir como meio de identificação de dispositivos dos ordenamentos jurídicos que são indesejáveis e ineficazes, além de *incoerentes*, à luz do verdadeiro conceito de Direito Penal.[72]

No que tange à crítica ao Processo Penal do Inimigo, de início cumpre destacar que as garantias processuais do cidadão não se encontram entre as causas do fenômeno da criminalidade organizada.[73] Por conseguinte, não há qualquer dado empírico idôneo a apontar a supressão dessas garantias como causa da redução dos índices de criminalidade organizada.[74]

Logo, o âmbito do Direito Processual Penal não é o foro mais adequado para a repressão da criminalidade organizada, que deve se desenvolver "*specialmente prima e fuori del processo, dispiegandosi ai diversi levelli nei quali si collocano, più o meno direttamente, i corrispondenti fattori criminogeni.*"[75]

Se a criminalidade organizada se apropria de nichos mercadológicos deixados de lado pelo Estado e disputa habilmente o descontentamento da população quanto a determinados serviços, ela deve ser alvo de uma operação social de prevenção, a qual pressupõe "*una política penal confinada en la justa dimensión de la represión de comportamientos realmente ofensivos y no gestables através de la constituición de ilícitos extrapenales.*"[76]

Nessa ordem de convicções é cabível, em vez da política criminal simbólica e populista de prevenção *normativa* ao crime organizado que vem sendo

72. CANCIO MELIÁ, Manuel. "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo: Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000. No mesmo sentido: MUÑOZ CONDE, Franciso. De nuevo cit., p. 84-85.

73. "Rigorosamente falando, o crime organizado, suas variantes e alarmantes conseqüências não foram causados por qualquer dos direitos fundamentais. Suas soluções não passam, por certo, pela violação destes." (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo* cit., p. 68).

74. CHOUKR, Fauzi Hassan. Idem, p. 65.

75. GREVI, Vittorio. Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: Un primo bilancio.

76. CASTALDO, Andrea. La criminalidad organizada em Italia: La respuesta normativa y los problemas de la praxis.

reiteradamente empregada, aquilo que WINFRIED HASSEMER denomina prevenção *técnica*. Esta última é consubstanciada na criação de óbices à criminalidade de ordem *fática*, *organizatória* e *econômica*, tais como: o desbaratamento do mercado negro de substâncias entorpecentes; a adoção de mecanismos de transparência e participação popular na Administração Pública; a instituição de sistemas de intercâmbio de informações e cadastros unificados de dados etc.[77]

O grande paradoxo do Direito Processual Penal é a convivência entre suas duas finalidades precípuas, as quais são antitéticas: eficácia na realização da justiça e proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Diante da impossibilidade de integral harmonia entre elas, logrou-se atingir na maioria dos Estados Democráticos de Direito aquilo que JORGE DE FIGUEIREDO DIAS denomina de *concordância prática* dessas finalidades em conflito, "de modo que de cada uma se salve, em cada situação, o máximo conteúdo possível, otimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais."[78]

Destarte, esse equilíbrio outrora alcançado entre a necessidade de uma administração da Justiça Criminal eficaz e o respeito pelos direitos fundamentais do cidadão vem se revelando precário, ante os novos fenômenos da pós-modernidade, notadamente o da criminalidade organizada. Logo, atualmente reclama-se um Direito Penal que não seja somente um *ordenamento de liberdade*, limitativo do poder-dever de punir estatal, mas igualmente um *ordenamento de*

77. "El sentido proprio del Estado de Derecho en el campo de la prevención técnica es lograr, tanto como sea posible, una sustitución de la prevención normativa. El principio de proporcionalidad demanda el examen constante de si no existen medios técnicos igualmente adecuados de prevención que hagan renunciable la prevención normativa: la política de seguridad interna deve ser enfocada también a un desestimiento de agravaciones de carácter jurídico y no únicamente, como hasta ahora, a su incremento." (HASSEMER. Winfried. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada).

78. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O novo Código de Processo Penal.

segurança, ampliativo dos poderes estatais em prol da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.[79]

Segundo ANABELA MIRANDA RODRIGUES, a solução para o reequilíbrio dessa tensão está na neutralização do risco de o réu instrumentalizar as suas garantias processuais, para fins de obstruir a realização da Justiça.[80]

Da mesma forma, segundo a ilustre professora da Universidade de Coimbra, inexiste qualquer óbice à instituição de um *regime processual de dupla via* – disciplinando-se um procedimento penal para a criminalidade convencional e outro para a chamada criminalidade organizada – consagrando-se "soluções céleres e flexíveis ao nível da pequena e média criminalidade, servidas por mecanismos de consenso e oportunidade; e soluções formais e ritualizadas ao nível da criminalidade grave, em que o conflito se decide enquanto conflito."[81]

Tal diferenciação, entretanto, na atual quadra da evolução do Estado Democrático de Direito não pode ser feita às expensas do abrandamento dos direitos fundamentais do réu, sob pena de se colocar em xeque esse mesmo Estado.[82]

Portanto, trata-se de "uma política criminal de excepção que se auto-limita, já que só legitima soluções diferenciadas desde que sejam preservadas as instituições e garantias do Estado de direito."[83] Com efeito, o clamor por eficá-

79. RODRIGUES, Anabela Miranda. A defesa do argüido: Uma garantia em perigo no admirável mundo novo.

80. RODRIGUES, Anabela Miranda. Idem. No mesmo sentido: GREVI, Vittorio. *Nuovo codice* cit.

81. "Respostas diferenciadas para fenómenos criminais diferenciados – a criminalidade de massa e organizada – não parece ser uma solução irracional." (RODRIGUES, Anabela Miranda. A defesa cit.). No mesmo sentido: CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada.

82. "Aceitando embora a ameaça que representa para os sistemas democráticos a existência da criminalidade organizada, uma política que vise combatê-la deve respeitar as regras do Estado de direito. É o próprio Estado de direito que está em causa, quando se põem em funcionamento mecanismos de controle que supõem a negação dos seus princípios informadores." (RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada – que política criminal?). No mesmo sentido: GREVI, Vittorio. Nuovo codice cit.

83. RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada cit.

cia na atividade de persecução penal gera o risco de correlata obrigação estatal de "sacrifício ilimitado e arbitrário de direitos e liberdades fundamentais no altar do combate à criminalidade."[84]

Destarte, tal política criminal de eficácia carecerá de legitimidade a partir do momento em que for suprimida qualquer uma das garantias processuais penais do cidadão. Daí em diante, já não se pode falar em Processo Penal, e sim em autotutela do interesse punitivo estatal: "o processo sem as suas formas, as suas regras, os seus princípios, não é mais processo, os atos e regras são *'operations sublimes'*, para usar a felicíssima expressão de Robespierre, mas não atos de justiça. Em lugar do processo penal e do direito temos atos políticos subversivos."[85]

Nessa ordem de convicções, a instituição das garantias processuais do réu consubstancia, em última análise, juízo de valor do legislador constituinte no sentido do respeito a princípios fundadores do Estado Democrático de Direito: liberdade, personalidade e dignidade individuais diante do risco de uso arbitrário do poder-dever de punir estatal. Portanto, a desqualificação dessas mesmas garantias – a pretexto de elas constituírem suposto óbice à eficácia da atividade de persecução penal – representa, em última análise, a negação do sobredito juízo de valor.[86]

É uma imposição de ordem lógica a possibilidade teórica de restrição das garantias constitucionais do réu, em regimes democráticos. Isso porque a convivência prática entre diversos direitos fundamentais exige limitações recíprocas, sob pena de aniquilamento de alguns desses direitos.[87] Todavia, qualquer garantia fundamental do réu só pode ser restringida até os limites do seu *conteúdo essencial*, o qual é característico e abstratamente determinável.[88]

84. RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal – novos desafios, velhos rumos.

85. MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais.

86. MOCCIA, Sergio. Idem.

87. SCHÄFFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais:* Proteção e restrições, p. 62.

88. "Há aí uma proibição absoluta, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável. Não poderá designadamente admitir-se que o conteúdo essencial (enquanto núcleo fundamental) possa ser

Esse epicentro inexpugnável de cada direito fundamental é constituído pelo princípio da dignidade da pessoa humana, entendido não como cada um dos direitos subjetivos individuais e sim como "o valor e a garantia constitucionais ínsitos em cada um dos diversos preceitos relativos aos direitos fundamentais."[89]

Com base na construção exegética dos tribunais superiores germânicos, os quais são precursores na aplicação do princípio da *proporcionalidade* às medidas restritivas de direitos humanos, NICOLAS GONZALEZ-CUELLAR SERRANO sistematizou os pressupostos e condições para que se possa validamente restringir um direito fundamental.[90]

Em primeiro lugar, há dois pressupostos, um de ordem formal, a *legalidade* (exigência de previsão normativa expressa da medida) e outro de natureza material, a *justificação teleológica* (a restrição deve estar amparada em fins legítimos, socialmente relevantes e com respaldo constitucional).

Além disso, atendidos esses dois pressupostos, deve ainda a medida atender a diversos requisitos, tanto de natureza extrínseca quanto intrínseca. Aqueles englobam tanto a *judicialidade* (reserva jurisdicional quanto à decretação da medida) quanto a *motivação* dessa decisão. Os requisitos de natureza intrínseca, por sua vez, são três: *(i)* a *idoneidade* (adequação da medida ao fim colimado, independentemente de haver ou não outras medidas mais eficazes do que a escolhida); *(ii)* a *necessidade* (dentre várias medidas igualmente aptas à consecução do resultado almejado, deve ser eleita aquela que menos afeta os direitos fundamentais, otimizando esses últimos); *(iii)* a *proporcionalidade em sentido estrito*

afectado, mesmo que um bem considerado superior o exigisse ou parecesse exigir, no caso." (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 295).

89. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos* cit., p. 297.

90. SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, p. 69.

(relação de razoabilidade entre o sacrifício do direito fundamental e a importância do interesse estatal que se almeja tutelar através da medida).

Somente quando coexistirem todos esses pressupostos e requisitos se torna legítima a compressão de um direito fundamental, não havendo excesso na ingerência do Estado na vida particular do cidadão: "violar os direitos fundamentais além dos limites a eles intrínsecos equivale a atentar, por um outro caminho, contra a própria convivência civil que, num estado social de direito, funda-se justamente no respeito aos princípios que presidem as garantias dos direitos fundamentais."[91]

5. Conclusão

Ante todo o exposto, pode-se conceituar o Processo Penal do Inimigo como "*procedura decisionistica e inquisitoria fondata sul principio, schiettamente politico, dell'amico/nemico*",[92] na qual há conotação partidária do acusador e do órgão jurisdicional e a transformação do processo penal em instrumento da *luta* contra a criminalidade organizada.

Logo, nesse modelo processual penal inexiste atividade cognitiva de um julgador imparcial, consubstanciada na verificação empírica de fatos concretos, e sim uma "*tecnica d'inquisizione sulla persona, cioè sulla sua soggetività nemica od amica quale si esprime non solo nei reati ma anche nel suo comportamento processuale.*"[93]

Os fenômenos político-criminais que dão azo ao Processo Penal do Inimigo são o *Direito Penal Simbólico* e o *punitivismo*. Ambos os fenômenos em apreço são produtos da expansão do Direito Penal que caracteriza as sociedades pós-industriais.

Logo, as medidas supressoras de direitos fundamentais que caracterizam o Processo Penal do Inimigo decorrem de uma política criminal populista e

91. MOCCIA, Sergio. Emergência cit.

92. FERRAJOLI, Luigi. Emergenza cit.

93. No mesmo sentido: FERRAJOLI, Luigi. L'imputato cit.

imediatista,[94] que alegadamente visa à *neutralização* daquelas associações de indivíduos consideradas perigosas para a sociedade. Essas medidas cumprem um papel exclusivamente *simbólico*, visando a transmitir à opinião pública uma sensação de segurança e atuação célere e eficiente do legislador, sem ter, contudo, qualquer eficácia comprovada quanto à redução da criminalidade.[95]

Chegamos à conclusão de que a Lei 9.034/95, ao prever uma série de mecanismos de redução e supressão de garantias do cidadão acusado de integrar as *organizações ou associações criminosas de qualquer tipo*, criou um subsistema de Processo Penal do Inimigo no âmbito do sistema penal brasileiro, sem prejuízo da concomitante instituição pontual de dispositivos igualmente característicos dessa espécie de processo penal alhures.

Não obstante, a função precípua do Processo Penal no âmbito do Estado Democrático de Direito é a de estabelecer escrupulosamente rígidos limites ao exercício do poder-dever de punir por parte do Estado, a fim de preservar a dignidade de todos os seres humanos.[96]

Na lapidar lição de LUIGI FERRAJOLI,

"La ragione giuridica dello stato di diritto, infatti, non conosce nemici ed amici, ma solo colpevoli e innocenti. Non ammette eccezione alle regole se non

94. "Mientras el ámbito de lo procesal civil es fuertemente influido por princípios jurídico-técnicos y criterios formales de notable solidez, el territorio del proceso penal está naturalmente más abierto al influjo de actitudes ideológicas y políticas y de juicios de conveniencia, de oportunidad, etc, que guardan íntima relación con con la muy polémica naturaleza de las principales cuestiones suscitadas en torno al Derecho penal. El Derecho procesal penal, como Ciencia y como legislación, se halla permanentemente sometido a influencias, presiones y condicionamientos no jurídicos, que el Derecho procesal civil recibe en menor medida y con menor intensidad." (OLIVA SANTOS, Andrés e outros. *Derecho procesal penal*, p. 73).

95. "Seria desnecessário anotar que o processo penal, como instrumentalizador do direito material penal – muito embora destacando-se sua autonomia científica – acaba por assimilar essa mesma função simbólica." (CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo* cit., p. 47).

96. "En un Estado de Derecho, es el Derecho quien limita al poder para preservar la dignidad de todas las personas. Sólo así el Estado de derecho llega a ser el orden de los hombres libres e igualmente dignos y se diferencia de las reglas que ordenan las actividades de los esclavos." (BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*, p. 39).

come fatto extra o anti-giuridico, dato que le regole – se sono prese sul serio, come regole, e non come semplici tecniche – non possono essere piegate ogni qual volta fa comodo. E nella giurisdizione il fine non giustifica mai i mezzi, dato que i mezzi, ossia le regole e le forme, sono le garanzie di verità e di libertà, e come tali hanno valore per i momenti difficili ben più che per quelli facili; mentre il fine non è già il successo comunque sul nemico, ma la verità processuale raggiunta solo per loro mezzo e pregiudicata dal loro abandono."[97]

Assim, parafraseando a máxima de que *os fins justificam os meios* – característica do Processo Penal do Inimigo – pode-se aduzir que no Processo Penal do Estado Democrático de Direito *somente os meios legitimam os fins.*

O Processo Penal do Inimigo, por representar uma involução na direção do sistema inquisitivo, não pode ser considerado legítimo,[98] eis que sequer caracteriza uma autêntica atividade jurisdicional.[99]

6. Referências bibliográficas

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

97. FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e raggione*, p. 869.

98. "Resulta irrefutable la afirmación de que el modelo inquisitivo es inconstitucional, no ya porque provoque la figura de un Juez parcial, lo que también es cierto, sino porque, principalmente, su implantación conlleva un proceso penal en el que el acusado no tiene la suficiente participación. De ahí que la exigencia del derecho de defensa produzca, correlativamente, la necesidad de construir un modelo de proceso penal como proceso de partes." (DÍAZ CABIALE, José Antonio. *Principios de aportación de parte y acusatorio:* La imparcialidad del juez, p. 229-230).

99. "El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso. Si éste se identifica como actus trium personarum, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquél lo solucione actuando el Derecho objetivo, algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Proceso inquisitivo se resuelve así en una contradictio in terminis." (MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*, p. 28-29).

BARATTA, Alessandro; SILBERNAGL, Michael. La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale. *Dei delitti e delle pene*, Bari, n. 1, p. 543-593, set./dic. 1983.

BECK, Antonio Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização de garantias*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2004.

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Adhoc, 2000.

BOUCHARD, Marco. Guantánamo: morte do processo penal e início do apocalipse. Trad. Eduardo Maia Costa. *Revista do Ministério Público*, n. 97, p. 61-72, Lisboa, jan./mar. 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo: Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 9, p. 151-168, jun. 2003.

_____. ¿Derecho penal del enemigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 57-102.

CASTALDO, Andrea. La criminalidad organizada en Italia: La respuesta normativa y los problemas de la praxis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 27, p. 11-19, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 1999.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Trad. Maurício Zanoide Moraes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, p. 25-36, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./mar. 1994.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DÍAZ CABIALE, José Antonio. *Principios de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del juez*. Granada: Comares, 1996.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Presidência da República. Ordem Militar Presidencial de 13 de novembro de 2001 (*Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-citizens in the War Against Terrorism*). Disponível em: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>. Acesso em 09.11.2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Defesa. *Military Commission Order* n. 1, de 21.03.2002 (*Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism*). Disponível em: <www.defenselink.mil/news/Mar2002/d20020321ord.pdf>. Acesso em 09.11.2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e raggione*. 7. ed. Bari: Laterza, 2002.

_____. Emergenza penale e crisi della giurisdizione. *Dei delitti e delle pene*, Bari, n. 2, p. 271-292, mag./ago. 1984.

_____. L'imputato come nemico: un topos della giurisdizione dell'emergenza. *Dei delitti e delle pene*, Bari, n. 1, p. 581-593, set./dic. 1983.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O novo Código de Processo Penal. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 369, p. 5-23, 1987.

_____. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1981.

GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. *Crime organizado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: Que se entende por isso depois da lei 10.217, de 11.04.2001? (apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da lei 9.034/95). *RT/795*, p. 486-492, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2002.

_____. *Direito de apelar em liberdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GREVI, Vittorio. Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: Un primo bilancio. GREVI, Vittorio (Org.) *Processo penale e criminalità organizzata*. Bari: Laterza, 1993, p. 3-42.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Que juiz inquisidor é esse? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 30, p. 1, São Paulo, jun. 1995.

HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 15-25.

_____. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2. ed. Trad. de Patricia Ziffer. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.

_____. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Trad. de Alfredo Chirino Sánchez. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 23, p. 25-30, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 1998.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 19-56.

_____. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Trad. de Enrique Peñaranda Ramos. *Estudios de derecho penal*. p. 293-323. Madrid: Civitas, 1997.

MALAN, Diogo Rudge. *A sentença incongruente no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 58-91, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./mar. 1999.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch: 1997.

OLIVA SANTOS, Andrés e outros. *Derecho procesal penal*. 5. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

PRADO, Geraldo. Da lei de controle do crime organizado: Crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 125-137.

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

RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal – novos desafios, velhos rumos. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 207-234.

_____. Criminalidade organizada – que política criminal? *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 24, p. 103-126, Rio de Janeiro, 1.º semestre de 2003.

_____. A defesa do argüido: Uma garantia em perigo no admirável mundo novo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 4, p. 549-571, Coimbra, out./dez. 2002.

SARDINHA, José Miguel. *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1989.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

SILVA FRANCO, Alberto. Nota de doutrina sobre a Lei 9.034/95. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Orgs.). *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 575-578.

_____. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SCHÄFFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais*: Proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Crime organizado": Uma categorização frustrada. Trad. de Rogério Marcolini. *Discursos Sediciosos*, n. 1, p. 45-67, Rio de Janeiro, 1º semestre de 1996.

A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida*

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela USP.
Professor de Direito Processual Penal da USP e da UNITAU. Advogado.

Sumário: 1. Introdução – 2. Processo cautelar: características – 3. Processo cautelar e medidas cautelares penais – 4. Da reparação do dano como finalidade do processo penal – 5. Finalidades da restituição de coisa apreendida – 6. Do caráter definitivo da decisão da restituição da coisa apreendida – 7. Da ausência de cognição sumária na restituição de coisa apreendida – 8. Conclusões – 9. Bibliografia.

Resumo: No processo penal também há tutela jurisdicional cautelar. Embora no processo penal brasileiro não exista verdadeiro processo cautelar, existem medidas cautelares incidentais, proferidas no curso da ação penal condenatória, e até mesmo no inquérito policial. Há controvérsia na doutrina sobre a natureza da restituição de coisa apreendida, havendo respeitável corrente que a considera uma medida cautelar patrimonial, com vistas à reparação do dano cau-

* O presente trabalho foi apresentado no ano de 1999, no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na disciplina "Medidas Cautelares Processuais Penais", ministrada pelos Professores Doutores Rogério Lauria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. O texto original sofreu correções, inclusão de notas e atualização doutrinária e legislativa. Dedico este trabalho ao saudoso Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, por tudo que me ensinou na graduação e na pós-graduação do Largo de São Francisco.

sado pelo delito. Outros, porém, lhe negam a natureza cautelar. Discutir as características da tutela cautelar no processo penal e a natureza jurídica da restituição de coisa apreendida é o objetivo do presente trabalho.

Palavras-chaves: Processo penal – Tutela cautelar – Restituição de coisa apreendida – Natureza jurídica.

1. Introdução

O presente estudo tem por objeto a análise da tutela cautelar no processo penal e, partindo de tais premissas determinar a natureza jurídica da restituição de coisa apreendida.

Tal estudo permitirá concluir se a restituição de coisa apreendida é ou não uma das formas de tutela cautelar no processo penal. Outra indagação a ser respondida é sobre a possibilidade ou não de se qualificar a restituição de coisa apreendida, assim como as demais formas de tutela cautelar existentes no processo penal, como verdadeiros processos penais autônomos.

2. Processo cautelar: características

Do ponto de vista doutrinário, de há muito se reconhece a autonomia do processo cautelar como um *tertius genus*, contraposto ao processo de cognição e ao de execução.[1]

1. Para ENRICO TULIO LIEBMAN ("Unità del procedimento cautelare". *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 110) o que caracteriza o processo cautelar é a sua função instrumental, auxiliar, em face de um processo principal, em relação ao qual visa a garantir a proficuidade do resultado". Também FRANCESCO CARNELUTTI (*Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 355) refere-se ao processo cautelar como um *tertius genus*, e ressalta que se trata de processo e não de mero procedimento, o que destaca sua autonomia em relação ao processo principal. Anteriormente, PIERO CALAMANDREI (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, posteriormente reproduzido em *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1983, v. IX), embora negando que o processo cautelar tivesse característica e estrutura autônoma (p. 164), já reconhecia a autonomia da função cautelar e do *provvedimento*

A existência de uma tutela cautelar, ao lado da tutela de conhecimento e da tutela executiva, não é exclusividade do processo civil.[2] Há também no processo penal, formas de tutela cautelar.

Dentre as características da tutela cautelar, a doutrina tem destacado a assessoriedade, a preventividade, a sumariedade, a provisoriedade e a instrumentalidade hipotética.[3]

Como muitas destas características não são exclusivas do processo cautelar, a simples presença isolada de uma delas não indica que se trata de uma medida cautelar. É necessária a análise global de tais características para conferir a uma determinada medida a natureza de cautelar ou não.

cautelare em relação às tutelas de conhecimento e de execução. Na doutrina nacional, cf., por todos, GALENO LACERDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. VIII, t. I, p. 4.

2. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("O processo cautelar". *In* _____. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 270) afirma ser equivocada a classificação da tutela cautelar como um *tertius genus*, ao lado da tutela cognitiva e da executiva. Diz o processualista carioca: "Creio que ela mais verdadeiramente se contrapõe ao processo de conhecimento e ao processo de execução considerados em conjunto, já que um e outro têm natureza satisfativa, visando portanto a tutela jurisdicional imediata, ao passo que o processo cautelar se distingue precisamente por constituir uma tutela mediata, uma tutela de segundo grau". E JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (*Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998, p. 183), partindo das mesmas premissas, afirma que "daí resulta que a classificação tríplice (cognição, execução e cautelar) não é homogênea", e conclui "por isso, parece mais adequado considerá-la como modalidade de tutela auxiliar das demais, destinadas sempre a garantir, mediante medidas provisórias, o resultado definitivo". E, na doutrina italiana, CARNELUTTI (*Processo di esecuzione*, Padova: Cedam, 1931, v. II, p. 17) já destacava que "il processo cautelare comprende così la fase di cognizione come la fase esecutiva". Também CALAMANDREI (*Introduzione...*, p. 167) destacava que diversidade de critérios, afirmando que nos provimentos cautelares há atos de natureza cognitiva e atos de natureza executiva.

3. Não caberia no âmbito limitado do presente trabalho uma análise aprofundada de cada uma destas características. Para tanto, remete-se ao trabalho de SYDNEY SANCHES. *Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1978, p. 28-32. Como contraponto, cf. a profunda análise crítica de tais características feita por OVÍDIO A. BATISTA DA SILVA. *As ações cautelares e o novo processo civil*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 18-34.

3. Processo cautelar e medidas cautelares penais

Não faltou quem vislumbrasse, também no processo penal, uma verdadeira ação penal cautelar, dando origem a um processo cautelar autônomo.[4] Porém, diversamente do campo civil, *na seara penal, a tutela cautelar não é prestada por meio de um verdadeiro processo cautelar, autônomo em relação ao processo principal.*[5]

José Frederico Marques adverte que "para a sistematização segura do assunto, é preciso não transformar em modalidade de ação penal simples incidentes processuais nascidos no curso da relação processual. Só se pode falar em ação quando, com o pedido que nela se contém, se instaura uma relação processual. Outras atividades postulatórias, e são muitas, que qualquer dos sujeitos processuais exerça, refogem do conceito de ação".[6]

No processo penal a tutela cautelar é prestada independentemente do exercício de uma ação cautelar,[7] que daria origem a um processo cautelar, por meio

4. CARNELUTTI (*Lecciones sobre el proceso penal*. trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1950, v. II, p. 73) afirma existir, também no campo penal "procedimento", "processo" e "ação cautelar".

5. Destaca BEDAQUE (*Tutela cautelar*..., p. 150) que "o estudo da cautelar deve ser feito a partir da idéia de tutela jurisdicional, sendo absolutamente irrelevante o aspecto de essa modalidade de medida ser concedida mediante o exercício do direito de ação, em processo autônomo, ou como decisão incidental no procedimento em curso. Ação cautelar, processo cautelar, medida cautelar incidente, são apenas mecanismos para obtenção da tutela cautelar".

6. *Tratado de Direito Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. II, p. 41-42. O Autor, contudo, parece ter se esquecido da própria observação, pois considerou como processos cautelares, simples medidas que não dão origem a processo autônomo, como o depoimento *ad perpetuam rei memoriam* do art. 225 do CPP, a prisão preventiva, a fiança e a liberdade provisória (*Tratado*..., v. II, p 45-46). EDUARDO MASSARI (*Il Processo Penale nalla nuova legislazione italiana*. Napoli: Jovene, 1934, p. 17-18) assevera que nem todas atividades das partes no processo penal se adaptam ao conceito de ação. Segundo o processualista italiano, "todas estas atividades, mesmo quando se exprimem como verdadeiro e próprio *pedido*, não são *ação*, uma vez que não visam a instaurar o processo, mas a dar *impulso* ao mesmo, a *atuar no seu desenvolvimento*" (grifos no original).

7. A existência de uma verdadeira ação cautelar foi negada por boa parte da doutrina estrangeira. Para ARTURO SANTORO (*Manuale di diritto processuale penale*. Torino: Utet, 1954, pp. 485-6): "i mezzi cautelari del processo penale non richiedono necessariamente che sia proposta

de simples medidas cautelares, sem a necessidade de um processo cautelar autônomo, com base procedimental própria.[8]

Com bem esclarece Rogério Lauria Tucci, as medidas cautelares penais "são pleiteadas mediante simples requerimento, e concedidas até independentemente de iniciativa do interessado, no mesmo *iter* procedimental; sem necessidade, portanto, de petição inicial e de correspondente sentença, feita resposta do juiz ao pedido do autor".[9]

Mesmo o *habeas corpus*, que indiscutivelmente é uma ação penal, que dá origem a um processo penal autônomo, *não é um processo penal de natureza cautelar*.[10]

un'azione verso il giudice". ALCALA-ZAMORA e RICARDO LEVENE (*Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft: Buenos Aires, 1945, t. II, p. 70) vão mais longe, afirmando que "la acción penal es siempre de condena", visto que "en el proceso criminal no funcionan acciones declarativas ni constitutivas". Semelhante é o pensamento de GIOVANNE LEONE (*Trattato di diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 1961, v. I, p. 154) para quem a ação penal principal é sempre condenatória, somente admitindo a existência de ação declaratória e constitutiva como ações penais complementares. E, nem mesmo MASSARI (*Il processo penale...*, pp. 21-2), para quem "deve ammetersi che anche nel processo penale s'incontino un'*azione di condanna*, un'*azione di accertamento* e un'*azione costitutiva*, nè più nè meno come nel processo civile" (grifos no original), fala em ação penal cautelar. Entre nós, TORNAGHI (*Curso de processo penal*, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 1, p. 206) também nega a existência de uma ação cautelar no processo penal brasileiro.

8. Afirma VICENTE GRECO FILHO (*Manual de Processo Penal*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 115), ao comentar a classificação das ações penais que "inexiste ação ou processo cautelar. Há decisões ou medidas cautelares, como a prisão preventiva, o seqüestro, e outras, mas sem que se promova uma ação ou se instaure um processo cautelar diferente da ação ou processo de conhecimento. *As providências cautelares são determinadas como incidentes no processo de conhecimento*". ROGÉRIO LAURIA TUCCI ("Processo e procedimentos penais", *Revista dos Tribunais*, n. 749, mar. 1998, p. 496-497) fala na "impossibilidade de conceber-se um *processo penal cautelar*, bem como uma *ação* (*ação da parte*) *penal cautelar*" pois, segundo o Autor, "no *processo penal* há lugar somente, para a adoção de *medidas cautelares*, efetiváveis, quer no processo de conhecimento, quer no de execução" (grifo no original).

9. "Seqüestro prévio e seqüestro no CPC: distinção", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 5, jan./mar. 1994, p. 142.

10. JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. IV, p. 20) afirma que o *habeas corpus* seria um verdadeiro processo penal cautelar, como medida de contracautela. Também FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*Processo Penal*, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 4, p. 538), afirma que dependendo da hipótese, o *habeas corpus*, poderá ter a natureza de ação penal cautelar.

Nem toda medida com função assecuratória ou preventiva possui natureza cautelar.[11] O *habeas corpus* é modalidade de *processo de conhecimento com natureza definitiva*. Não há que se falar em provisoriedade da decisão.[12] Muito menos o juiz exerce em tal processo uma cognição sumária. Há restrições quanto à realização de atividade instrutória no curso do processo de *habeas corpus*, mas isto não limita a atividade cognitiva do julgador em sua profundidade. Justamente por isto, as decisões proferidas em *habeas corpus* são aptas a transitarem em julgado materialmente. Também não há que se falar que o processo decorrente de um *habeas corpus* seria um processo acessório. Qual seria o processo principal?

Assim, são medidas cautelares processuais penais – e não processos penais cautelares –: a busca e a apreensão (CPP, art. 240 e ss.), a produção antecipada de provas (CPP, art. 225), o seqüestro (CPP, art. 125 e ss.), a inscrição da hipoteca legal (CPP, art. 134 e 135), a prisão preventiva (CPP, art. 311 e ss.), a liberdade provisória sem fiança, a liberdade provisória mediante fiança (CPP, art. 322 ss.), entre outras.

O seqüestro e a inscrição da hipoteca legal são medidas cautelares patrimoniais destinadas a assegurar o ressarcimento civil dos danos causados pelo

11. Segundo CALAMANDREI (*Introduzione...*, p. 172) "non bisogna fara confusione tra tutela *preventiva* e tutela *cautelare*: concetti distinti, se pure posti tra loro nel rapporto di genere a specie" (grifos no original).

12. Assim ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES (*Recursos no processo penal*, 3 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 346) destacam que "não se deve confundir tutela *preventiva* com tutela *cautelar* ou *antecipatória*: esta tem caráter instrumental e visa a assegurar o próprio processo, razão pela qual o provimento que a concede tem caráter provisório; na tutela preventiva, ao contrário, ocorre uma verificação prévia do direito, em face da urgência do remédio postulado, mas a providência judicial adotada assume o caráter de definitividade. Nessa última situação enquadram-se o *habeas corpus* e o mandado de segurança preventivos, pois para a concessão destes remédios o órgão jurisdicional resolve completa e definitivamente sobre direito aplicável à hipótese noticiada" (grifos no original). No mesmo sentido, GRECO FILHO (*Manual...*, p. 115) destaca que "Não se pode confundir, contudo, a função acautelatória de certas ações de conhecimento que são definitivas, como o *habeas corpus* preventivo. Essa finalidade acautelatória, de prevenir litígios, é uma das características ou aspectos da jurisdição, mas o pedido e consequentemente o provimento são definitivos".

crime.[13] Há, porém, significativa corrente doutrinária que também inclui a restituição de coisa apreendida entre as medidas cautelares de natureza patrimonial destinada a tal finalidade.[14]

Visto as peculiaridades da tutela cautelar em sede penal, caberia aqui uma observação quanto ao processo cautelar no âmbito civil. É sabido que, embora se proclame a autonomia doutrinária do processo cautelar, na prática, o que se verifica é que este se resume à concessão ou denegação de uma liminar. Concedida ou negada a liminar é comum o atrelamento do processo cautelar ao processo principal, resumindo-se sua autonomia aos autos apartados. Assim, a instrução do processo principal e do cautelar é realizada conjuntamente e, ao sentenciar o primeiro, o juiz decide o segundo em poucas linhas, preocupando-se apenas em lhe dar um destino coerente com o provimento daquele. Por tudo isso, se o processo

13. Quanto ao seqüestro, o "arresto" e a inscrição da hipoteca legal, não há divergência de que se tratam de medidas cautelares patrimoniais. ANTONIO SCARANCE FERNANDES (*O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 192) explica que "no sistema brasileiro, são providências cautelares patrimoniais que servem para garantir a reparação da vítima a apreensão, o seqüestro, o arresto (chamado também indevidamente de seqüestro) e a inscrição da hipoteca legal". No mesmo sentido: TORNAGHI. *Curso...*, v. 1, p. 210; TOURINHO FILHO. *Processo Penal*, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 28; TUCCI, "Seqüestro...", p. 138. No plano legislativo, no Anteprojeto de Código de Processo Penal de autoria do Professor José Frederico Marques, embora haja um Título destinado às "providências cautelares" (Livro IV – Título II), no qual não se disciplina a restituição de coisa apreendida, que se encontra no Livro VII – Da reparação do dano causado pelo crime, em seu Título III – Da restituição. Aliás, mesmo nesse Livro específico, a restituição encontra-se fora do Título II – "Das medidas preventivas de reparação do dano", que trata do seqüestro, da hipoteca legal e do arresto. O mesmo esquema foi adotado pelo Projeto de Código de Processo Penal 1.655, de 1.983, inspirado no anteprojeto anteriormente citado, conforme expressamente mencionado no item 12 da sua Exposição de Motivos. Por outro lado, no Código de Processo Penal Militar, a restituição é disciplinada no Título XIII, que trata "Das medidas preventivas e assecuratórias" – juntamente com a busca, a apreensão, o seqüestro, a hipoteca legal, o arresto, além das providências que recaem sobre pessoas –, o que permite afirmar que o legislador entende tratar-se de medida cautelar.

14. Cf.: ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS. *Processo Penal Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 391; MARCELLUS LIMA POLASTRI. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 160. Interessante notar que, JOSÉ FREDERICO MARQUES apresenta posição contraditória. Numa passagem de sua obra, (*Elementos...*, v. IV, p. 20) assevera que a restituição de coisa apreendida seria uma medida cautelar. Contudo, em outra passagem (*Elementos...*, v. I, p. 412), não inclui a restituição de coisa apreendida entre as medidas cautelares "destinadas a garantir a indenização do dano *ex delicto*", mencionando apenas o seqüestro, a hipoteca legal e o arresto.

cautelar se resume a uma liminar, é desnecessário, para não se dizer desperdício, que haja em relação a ele uma petição inicial, citação, contestação, e audiência de instrução e julgamento. Tudo isso poderia ser resolvido por meio de uma medida incidental no curso de um processo de conhecimento ou de execução.[15] Mesmo no caso das cautelares ditas preparatórias, não seria necessário percorrer todo esse *iter* procedimental, podendo se resumir a uma petição, cabendo a concessão ou não da medida, com possibilidade de contestação em caso de concessão. A partir da liminar, deveria a medida cautelar seguir o curso do processo a se instaurar.[16]

Como primeira conclusão, pode-se afirmar que não há, no campo penal, um verdadeiro processo penal cautelar. O que existe são medidas cautelares que funcionam como incidentes de um outro processo. Não há processo cautelar autônomo.

15. Sem entrar na discussão se a antecipação de tutela tem ou não natureza cautelar, é de se destacar que o legislador processual civil, ao introduzir a antecipação da tutela com a nova redação do art. 273 do Código de Processo Civil, o fez como simples pedido no curso do processo, sem a previsão de procedimento autônomo.

16. É muito interessante notarmos a mudança de posição de GALENO LACERDA ao analisar a forma com que o processo cautelar vem estruturado no Código de Processo Civil. O processualista gaúcho afirmava, inicialmente ("Processo Cautelar", *Revista de Processo*, n. 44, out./dez. 1986, p. 186), que "dos Códigos modernos, o único que conferiu a função cautelar uma grande dignidade foi o Código brasileiro. Tanto é assim que integra e constitui um livro, o terceiro livro, do Código, no mesmo plano sistemático dos processos de conhecimento e do processo de execução. Essa relevância dada ao processo cautelar não se encontra em nenhum outro Código moderno". Porém, apenas seis anos depois, em interessantíssimo estudo ("Função e Processo Cautelar: revisão crítica", *Livros de Estudos Jurídicos*, v. 5. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992) modifica sua posição anterior e passa a considerar que foi uma grave distorção lógica e metodológica o "Código atribuir a cada função o título de 'processo', tratando-as em 'livros' separados, como se elas fossem de todo estanques e autônomas, o que, positivamente, não é certo, e atenta contra a adequação do procedimento às peculiaridades da relação ou da situação material". Esclarece ainda que "A função cautelar não pode figurar em livro à parte, sob forma de ação e procedimento próprios, *quando, na verdade, ela pode efetivar-se mediante simples ato judicial direto, mesmo de ofício, em todo e qualquer procedimento*" (*op. cit.*, p. 6 – grifos nossos). E conclui: "O que se verifica, em suma, é que os dispositivos do Código sobre a função cautelar não condizem com a realidade, e urge modificá-los" (*op. cit.*, p. 7). "Nada disso seria necessário. Bastaria referir, como um capítulo da parte geral, à função cautelar, outorgando-se ao juiz poder geral e mencionando-se, eventualmente, algumas cautelares específicas" (*op. cit.*, p. 8).

4. Da reparação do dano como finalidade do processo penal

A instrumentalidade é uma característica essencial da tutela cautelar, que visa a *assegurar a utilidade e a eficácia do resultado prático das atividades jurisdicionais cognitivas ou executivas*.[17] Este caráter teleológico da tutela cautelar faz com que seja necessário analisar a finalidade do processo que a medida cautelar visa assegurar.

O processo penal, considerado na modalidade de tutela condenatória, que lhe é a mais característica, tem por finalidade a imposição de uma sanção àquele de transgrediu a norma penal. Contudo, também é finalidade do processo penal, ainda que mediata, a reparação do dano causado à vítima.[18]

Assim, medidas destinadas a assegurar a aplicação da sanção penal, ou a preservação da liberdade do inocente,[19] sob o aspecto instrumental, podem ser

17. Frederico Marques (*Elementos...*, v. IV, p. 14) afirma que "outro traço característico da medida cautelar reside na sua *instrumentalidade*: ela é o meio e modo de garantir a efetividade de providências definitivas que constituem objeto do processo principal" (destaque do autor).

18. Esta finalidade está ligada diretamente ao sistema que o legislador adota visando à reparação dos danos causados pelo delito. No caso do processo penal brasileiro, o legislador adota o sistema da independência entre o processo penal e o processo civil, embora de forma mitigada. É efeito secundário da condenação penal, "*tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime*". Além disto, a sentença penal condenatória, transitada em julgado, caracterizar-se como título executivo judicial (CPP, art. 63 e CPC, art. 584, II). É de se destacar, ainda, que o Projeto de Lei 4.207/2001, que trata da reforma processual penal, acrescenta um parágrafo único ao art. 63, estabelecendo que "Transitada em julgado a sentença penal condenatória, *a execução poderá efetuada pelo valor fixado nos termos do art. 387, inc. VII, sem prejuízo da liqüidação para apuração do dano efetivamente sofrido*". E, o mencionado inc. do art. 387, que também poderá ser acrescentado pela reforma, dispõe que a sentença condenatória "*fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*". Com isto, o juiz penal, ao final do processo, em caso de condenação, já deverá fixar um valor, que poderá ser executado na esfera civil, sem necessidade de prévia liquidação. Na nova lei, a condenação penal não só fixará o *an debeatur*, mas também uma parcela do *quantum debeatur*. A mesma sistemática já havia sido proposta pelo Projeto de Lei 4.898/95.

19. Segundo Tucci ("Processo...", p. 496) "o *processo penal* objetiva, simultaneamente, dupla finalidade, a saber: *a*) por um lado, a *tutela da liberdade jurídica*, especialmente, a *física*, de ser humano, membro da comunidade; e *b*) por outro, a *garantia da sociedade* de prevenção e de re-

qualificadas como uma forma de tutela cautelar penal. Por outro lado, em face dos efeitos secundários da condenação penal, também poderá ser considerada cautelar uma medida para assegurar a reparação do dano que o delito pode ter causado ao ofendido.[20] Aliás, é cada vez maior a preocupação do processualista penal com a vítima.

É de se ressaltar, inicialmente, que a expressão reparação do dano está sendo empregada em sentido lato. Em doutrina, distinguem-se as várias modalidades de satisfação do dano.

A restituição da própria coisa é a forma mais singela de satisfação do dano.[21] Nos casos em que a diminuição do bem jurídico consistiu na privação de um objeto, como no furto, no roubo ou na apropriação indébita, a primeira forma de restaurar a situação do lesado está em lhe repor nas mãos a *res furtiva*.[22]

Já o ressarcimento é o mais completo pagamento dos danos patrimoniais resultantes do crime.[23] Abrange portanto o dano emergente e o lucro cessante, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa.[24]

pressão de atos penalmente relevantes, cometidos por pessoa física, em detrimento de sua estrutura" (grifos no original).

20. SCARANCE FERNANDES (*O papel...*, p. 192) destaca que "também no processo criminal tem o juiz ensejo de adotar medidas de natureza cautelar, pessoais ou patrimoniais, dando-se a estas, além de outras finalidades, também o objetivo de assegurar a reparação do dano à vítima". No mesmo sentido, FREDERICO MARQUES (*Elementos de Direito Processual Penal*, 2 ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. I, p. 412) afirma que "no Direito Processual Penal brasileiro, há processos cautelares destinados a assegurar a aplicação das sanções penais e outros destinados a garantir a indenização do dano *ex delicto*, no juízo civil"

21. Para JORGE ALBERTO ROMEIRO (*Elementos de Processo Penal e de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 180) "a restituição é a forma mais simples e mais antiga de reparação do dano pelo crime".

22. Cf.: TORNAGHI (*Curso...*, v. 1, p. 78) que acrescenta "entretanto, a mera reintegração do lesado na posse ou detenção da coisa não cobre toda a lesão, pois não paga a privação sofrida, embora temporária. Há mister ressarcir o dano por inteiro" (*op. cit.*, p. 78).

23. ROMEIRO, *Elementos...*, p. 181.

24. TORNAGHI, *Curso...*, v. 1, p. 78; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. *Processo Penal*, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2, p. 14.

Quando se trata de dano não patrimonial, isto é, do dano moral, fala-se em reparação.[25]

O Código de Processo Penal prevê, expressamente, a restituição (art. 119 e ss.). Faz referência, ainda, ao ressarcimento (art. 64) e à reparação (art. 63), sem contudo preocupar-se em empregar tais palavras tecnicamente.[26]

5. Finalidades da restituição de coisa apreendida

É justamente quanto ao escopo secundário do processo penal, de reparação do dano causado à vítima, que se colocaria o aspecto instrumental da restituição de coisa apreendida, em relação ao resultado do processo penal condenatório.[27]

Não é possível se analisar a finalidade da restituição de coisa apreendida, sem que se tenha em mira os fins da apreensão.

Quando o objeto da apreensão foi uma pessoa, não há que se falar em restituição. Ninguém pensaria na restituição do criminoso ou da vítima de um crime.[28] Até mesmo porque pessoas são sujeitos de direito, enquanto que coisas ou bens, são objetos do direito.

25. TORNAGHI (*Curso...*, v. 1, p. 78) explica que "quando, porém, o dano não for ressarcível, por não poder ser estimado em dinheiro, por não ter caráter patrimonial, há mister uma compensação, que sirva para *repará-lo*, para confortar a dor, para contrabalançá-la. Isso ocorre, especialmente, no caso de dano moral" (destaques do autor). No mesmo sentido, ROMEIRO, *Estudos...*, p. 181.

26. Segundo TORNAGHI (*Curso...*, v. 1, p. 79), tais expressões são "empregadas promiscuamente". A legislação processual italiana distingue a *restituzioni* do *risarcimento* (art. 22 do CPP de 1930 e art. 74 do CPP de 1988). Na Argentina, o *Código Procesal Penal de la Nación*, em seu art. 14, distingue a "restitución de la cosa obtenida por medio del delito y la pretensión resarcitoria".

27. BARROS (*Processo...*, p. 391) destaca a natureza cautelar da restituição de coisa apreendida justamente porque tal medida de estar ela "assegurando a reparação dos danos oriundos do crime; seja ainda propiciando a imediata devolução da coisa ao seu legítimo dono, como acontece com a apreensão da *res furtiva*".

28. CPP, art. 240, § 1.º, *a* e *g*.

A restituição de coisa apreendida, portanto, tem por objeto as coisas que podem ser apreendidas, ou sejam, os instrumentos do crime, o produto do crime e as coisas destinadas à prova.[29]

Todo instrumento de crime deve ser apreendido. O art. 6.º, II do CPP, determina que a autoridade policial apreenda "os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o fato". E o art. 240, em seu § 1.º, *c* e *d*, do mesmo diploma legal, possibilita a apreensão de "instrumentos de falsificação ou de contrafação"; "de armas, munições, instrumentos utilizados para a prática de crime ou destinados a fins delituosos".

A apreensão dos produtos do crime, além de prevista no art. 6.º, II, já citado, também vem autorizada pelo art. 240, § 1.º, *b*, que se refere às "coisas achadas ou obtidas por meios criminosos", e pela alínea *c*, segunda parte, que diz respeito aos "objetos falsificados ou contrafeitos".

Por fim, com relação à apreensão de coisas destinadas à prova, é possível a apreensão dos "objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu"; de "cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do conteúdo possa ser útil à elucidação do fato"; bem como de "qualquer elemento de convicção" (CPP, art. 240, § 1.º, *e*, *f* e *h*).

É de se destacar que o proveito do crime, isto é, aquelas coisas obtidas licitamente, mas graças aos proventos da infração (por exemplo, compra de um relógio com o dinheiro objeto do furto) não são passíveis de busca e apreensão, ficando sujeitas ao seqüestro, nos termos do art. 132 do CPP.[30]

Percebe-se, pois, que, muitas vezes, a restituição de coisa apreendida tem a finalidade precípua de satisfação do dano causado à vítima, mediante

29. A classificação é feita por TORNAGHI, *Curso...*, v. 1, p. 193. Obviamente, muitas vezes, a apreensão dos instrumentos do crime e do produto do crime, é decisiva para a descoberta dos fatos, tendo também, pois, uma finalidade probatória, ainda que mediata.

30. Nesse sentido, SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO. *Do seqüestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 104 e 128; SCARANCE FERNDANDES, *O papel...*, p. 197; TORNAGHI, *Curso...*, v. 1, p. 193, TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, v. 3, p. 6.

a devolução da própria coisa obtida com o crime, e que foi anteriormente apreendida.[31]

Porém, muitas vezes, a restituição de coisa apreendida é requerida pelo próprio acusado ou investigado. Tratando-se de instrumentos de crime, não confiscáveis, será possível sua restituição, se não houver nenhum interesse na sua retenção durante o processo.

Tourinho Filho fornece vários exemplos: suponha-se que um colono comente um crime de lesões corporais em um colega, utilizando-se de uma enxada. Uma vez apreendida e submetida a exame pericial, não havendo mais interesse na sua retenção, devolve-se. Se um médico provoca lesão corporal no seu desafeto, utilizando-se do bisturi, após o exame pericial, nada impede a sua devolução. Se alguém mata ou fere outrem, dolosa ou culposamente, com o automóvel, este foi instrumento do crime. Apreendido e devidamente periciado, nada impede sua devolução.[32]

Outras vezes, quem pede a devolução da coisa apreendida é terceiro estranho ao fato criminoso, não tendo sofrido qualquer prejuízo ou dano em razão deste. Se um traficante é preso, quando transportava droga em um carro que lhe foi emprestado por terceiro, este pode pedir a restituição do veículo apreendido se, após apreensão e perícia, constata-se que este não possuía "compartimentos secretos" ou estava previamente preparado para o transporte ilegal de substância entorpecente, sendo um automóvel de uso normal. Em tal caso, incabível o confisco, sendo de rigor a restituição.[33]

31. SCARANCE, *O papel...*, p. 177.

32. *Processo penal*, v. 3, p. 7

33. Neste caso, alguns esclarecimentos precisam ser feitos. O art. 34 da Lei 6.368/76, em sua redação original, vinha sendo corretamente interpretado de forma restritiva pela doutrina e pela jurisprudência. GRECO FILHO (*Tóxicos*: prevenção-repressão, 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 172), comentando o mencionado dispositivo, traz explicação: "Nos termos da lei, basta, para a perda, que os veículos e demais instrumentos enumerados tenham sido utilizados para a prática dos crimes definidos na lei. Deverá, porém, o juiz, para não chegar a *um resultado abusivo*, deter-

Conclui-se, pois, que a restituição de coisa apreendida não tem a finalidade exclusiva de assegurar a reparação do dano causado à vítima, visto que pode ser utilizada pelo próprio acusado, para reaver coisas de sua propriedade que foram apreendidas, bem como por terceiros estranhos ao processo penal.

Quando o acusado ou um terceiro requer a restituição de coisa de sua propriedade que foi apreendida, não se pode ver em tal medida a finalidade de assegurar o resultado útil do processo penal condenatório. A restituição, neste caso, não estará assegurando a efetividade de uma futura condenação, e também não estará propiciando a reparação do dano que o delito causou a vítima.

minar a perda apenas dos *instrumentos direta e intencionalmente colocados como instrumentos do crime* e não os que ocasionalmente estejam ligados à conduta incriminada. A excessiva amplitude do *texto legal exige uma interpretação restritiva*, sob pena de chegarmos ao absurdo de, p. ex., vermos a perda de um automóvel só porque nele foram encontrados 'pacaus' de maconha. Para a perda, repetimos, *há necessidade de um nexo etiológico entre o delito e o objeto utilizado para a sua prática.* Haveria a perda, p. ex., de um caminhão especialmente utilizado para o transporte de maconha" (grifos no original). No mesmo sentido, CELSO DELMANTO. *Tóxicos*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 85; DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS. *Lei Antitóxico Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 127. Na jurisprudência, destacamos os seguintes arestos: "Para não chegar a um resultado abusivo, deverá a autoridade determinar a *perda apenas dos instrumentos do crime, e não os que ocasionalmente estejam ligados à conduta criminosa*. A excessiva amplitude dos arts., 74, II, *a*, do CP e 34 da Lei Antitóxicos exige *interpretação restritiva*, para não se chegar ao absurdo de, p. ex., decretar a perda um automóvel porque nele foi encontrado tóxico, sem *a existência, entretanto, de nexo etiológico entre o delito e objeto utilizado para sua prática*" (grifos nossos) (TJSP, MS 32.337-3, 4 Câm. Crim, Rel. Des. Gonçalves Sobrinho, j. 05.11.84, m.v., *RT* 592/321). No mesmo sentido: TJSP, 1 Câm. Crim., ApCrim 48.488-3, Rel. Des. Jarbas Mazzoni, j. 15.12.86, v.u., *RT* 616/286. Parece ter sido esta a posição adotada pela MedProv 1.780-9, de 08.04.99 (atual Lei 9.808/99), que acrescentou vários parágrafos ao art. 34 da mencionada legislação especial. O § 8.º acrescido a tal dispositivo estabelece que: "Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz que, *verificada a presença de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para sua prática* e risco de perda do valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, intimando a União, o Ministério Público e o interessado, este, se for o caso, inclusive por edital com prazo de cinco dias" (grifos nossos). A mesma regra foi reproduzida no § 7.º do art. 46 da Lei 10.409, de 11.01.2002, apenas incluindo-se a necessidade de intimação da Secretaria Nacional Antidrogas – Senad. Tais dispositivos, porém, em outro aspecto, merecem severas críticas, por preverem a alienação dos bens apreendidos, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Trata-se de medida inconstitucional, por violar a garantia do devido processo legal: "Ninguém pode ser privado dos seus bens sem a observância do devido processo legal" (CR/88, art. 5.º, LIV). A privação de um bem, mediante alienação judicial, não pode decorrer de simples decisão interlocutória, de natureza provisória, e baseada em cognição superficial. Somente sentença definitiva, transitada em julgado, pode ensejar a restrição patrimonial.

Sob o aspecto teleológico, portanto, é difícil caracterizar a restituição de coisa apreendida por medida cautelar, ao menos quando ela for requerida pelo próprio acusado ou por terceiros. Em tais casos, não seria a restituição de coisa apreendida um instrumento para garantir a utilidade e a eficácia da condenação penal. Faltar-lhe-ia, pois, a instrumentalidade, característica essencial de toda medida cautelar.

Assim, este fator já seria suficiente para negar o caráter cautelar da restituição de coisa apreendida, quando requerida pelo acusado ou por terceiro. Todavia, quando requerida pela vítima, ainda seria possível qualificá-la como uma medida cautelar.

Necessário, assim, analisar a compatibilidade da restituição de coisa apreendida, quando requerida pela vítima, com as outras características da tutela cautelar.

6. Do caráter definitivo da decisão da restituição da coisa apreendida

A provisoriedade não é uma característica exclusiva da tutela cautelar.[34] Há outras formas de tutela não cautelares que não são definitivas.[35] Porém, não se pode negar que toda tutela cautelar tem natureza provisória.[36] Trata-se de provimento que irá perdurar até a superveniência de um evento sucessivo.[37] O provimento cautelar será eficaz até que seja sucedido pela decisão proferida no processo cognitivo ou executivo.[38] Esta sim, será definitiva.

34. BEDAQUE, *Tutela cautelar...*, p. 120.

35. Nesse sentido, CALAMANDREI (*Introduzione...*, p. 168-169) reconhecendo a provisoriedade como característica dos provimentos cautelares afirma que "essa provvisorietà, infatti, non è un carattere esclusivo dei provvedimenti cautelari".

36. CHIOVENDA (*Principi di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965, p. 225) já destacava o caráter provisório das medidas cautelares.

37. CALAMANDREI, *Introduzione...*, p. 168.

38. CARNELUTTI (*Processo dei execuzione*, v. I, p. 246) explica que "il provvedimento cautelare è, per la sua natura, destinato alla attuazione durante il processo o, più esattamente forse, sino alla

A provisoriedade, neste sentido, implica o conceito de temporário, mas não coincide com este. Embora do ponto de vista gramatical as palavras possam ser usadas como sinônimas,[39] é possível fazer uma diferenciação, para fins processuais, no que diz respeito à maneira pela qual cessa a eficácia da medida, conforme seja provisória ou temporária.

A simples *temporariedade* de uma situação, isto é, sua *duração limitada no* tempo, não é de fato suficiente para caracterizá-la como provisória. Nos *atos provisórios* seu limite temporal ou de *duração está condicionado à ocorrência (ou a não ocorrência) de outra situação processual.*[40] Com diz Foschini, "a provisoriedade, assim, é uma temporariedade condicionada à verificação de uma futura situação".[41]

No processo penal brasileiro, embora a maioria das medidas cautelares sejam provisórias, há medidas que devem ser qualificadas apenas como temporárias, embora não sejam provisórias.

definitiva composizione della lite". Entre nós, FREDERICO MARQUES (*Elementos...*, v. I, p. 328) explica que "a providência que se pede na ação cautelar é eminentemente provisória, ficando na dependência do que for ordenado no processo principal". Ressalvadas as premissas de que há ação e processo cautelar autônomos, o raciocínio é perfeito.

39. Neste sentido, afirmando que provisório significa transitório, passageiro, *temporário*, entre outros: LAUDELINO FREIRE. *Grande e novíssimo dicionário da Língua Portuguesa*, 3 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957, v. IV, p. 4.180; FRANCISCO SILVEIRA BUENO. *Grande dicionário etimológioco-prosódico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1966, v. 6, p. 3.238, CALDAS AULETE. *Dicionário contemporâneo da Língua Portuguesa*, 3 ed. Rio de Janeiro: Delta, 1978, v. IV, p. 2.977 (grifos nossos).

40. Feitos estes esclarecimentos, distinção feita por JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS (*A tutela de urgência no processo penal brasileiro*: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 90) no sentido de que "a *temporariedade* é um traço característico da tutela cautelar. A *provisoriedade* não o é" (grifos no original), diverge do posicionamento por nós defendido apenas do ponto de vista terminológico. O Autor, ao explicar o conceito de temporário, esclarece "entende-se por *temporariedade* a característica de que a tutela cautelar é deferida para remediar uma situação de perigo – seja ao direito material que o processo visa garantir, seja ao próprio processo. Dessa maneira, nasce para durar um certo tempo, que é o tempo da tramitação do processo. Depois de cumprir esta função, *é substituída por uma medida definitiva*" (grifos nossos). Ora, a substituição por outra situação processual é característica das medidas provisórias, e não das medidas temporárias.

41. *Sistema del diritto processuale penal*, 2 ed. Milano: Giuffrè, 1965, v. I, p. 504.

Pense-se, por exemplo – e o próprio nome já indica esta característica –, na prisão temporária. Trata-se de medida cautelar, mas que terá o término dos seus efeitos condicionado não a uma decisão de um futuro processo ou qualquer outra situação processual, mas sim ao transcurso de um determinado lapso de 5 dias, ou de 30 dias, conforme o caso.

Por outro lado, podemos pensar na prisão preventiva, esta e tantas outras, são medidas provisórias, pois uma vez deferida a medida cautelar, o ato produzirá os seus efeitos até que uma nova decisão venha a substituí-la, seja esta nova decisão, concedendo a liberdade provisória, seja a revogação a prisão, seja relaxando-a, por excesso de prazo, seja porque o acusado foi absolvido...

De qualquer forma, seja a medida cautelar processual penal considerada provisória, ou seja definida como temporária, o certo é que, jamais, poderá ser uma solução definitiva para a situação da vida carecedora de tutela.[42]

Por outro lado, justamente porque a medida cautelar é instrumental, tem ela caráter provisório, visto que deverá ser substituída pelo provimento proferido no processo de cognição ou de execução, cujo resultado ela visa a proteger.[43]

O ato decisório proferido no incidente de restituição de coisa apreendida, seja ela requerida pala vítima, pelo acusado ou por terceiros, será sempre definitivo. Restituída a coisa, já houve satisfação, em caráter definitivo, do direito pleiteado. Não será necessário que a vítima requeira qualquer outra medida jurisdicional, em caráter principal, para que o dano seja reparado ou a coisa que lhe pertence volte a estar sob sua disponibilidade.

No caso de restituição da coisa ao próprio acusado, a medida também será definitiva. Aliás, o juiz somente poderá restituir a coisa ao acusado, quando se

42. Aliás, do ponto de vista gramatical, LAUDELINO FREIRE (*Grande...*, v. V, p. 4.871) afirma que temporário possui o significado de provisório, mas também de algo "que não é definitivo".

43. Nesse sentido, BEDAQUE, *Tutela cautelar...*, p. 132. Para FOSCHINI (*Sistema...*, v. I, p. 501) a instrumentalidade e a provisoriedade são as duas características fundamentais que individualizam as cautelares. No mesmo sentido, TORNAGHI, *Curso...*, v. 1, p. 207.

tratar de coisa não passível de ser confiscada ou perdida em favor do Estado.[44] Assim, não é possível cogitar de uma dependência da medida cautelar em relação ao resultado do processo. Restituída a coisa, a sentença que ao final condenar ou absolver o acusado não terá qualquer influência sobre a coisa já devolvida.

Por fim, na hipótese de restituição requerida por terceiro de boa-fé, esta somente será deferida se houver prova do direito de propriedade ou de posse deste terceiro.[45] Esta decisão, indiscutivelmente, é definitiva. Aliás, o juiz somente restitui a coisa ao terceiro, se houver prova plena de seu direito. Se a dúvida sobre a titularidade do direito à restituição, não puder ser resolvida facilmente, a questão é remetida para as vias cíveis.[46] Em suma, ou o juiz decide definitiva, e independentemente do resultado do processo condenatório, ou se assim não puder fazer,[47] limitar-se-á a remeter a questão a outro julgador.

Portanto, sempre que o juiz determinar a restituição da coisa apreendida, esta será definitiva e não provisória. O juiz penal, ao decidir sobre a restituição da coisa apreendida, estará satisfazendo o direito da vítima, do acusado ou de terceiro. E tal decisão não depende do resultado do processo penal condenatório ou de qualquer processo cível. A restituição não será substituída por outra medida.

Se a tutela cautelar é sempre provisória, sem aptidão para resolver definitivamente o conflito, e *a restituição de coisa apreendia é definitiva, ela não possui natureza cautelar*. A medida cautelar é sempre provisória; a restituição de coisa apreendida é definitiva.

A questão é sintetizada por Tornaghi: "o que realmente caracteriza as providências acautelatórias e as distingue das demais é o fato de elas serem pro-

44. O art. 119 do CPP veda a restituição em tais situações, antes ou depois do trânsito em julgado da condenação penal.

45. CPP, art. 120, § 2.º.

46. CPP, art. 120, § 4.º.

47. A possibilidade ou não do juiz penal restituir a coisa apreendida depende da espécie de cognição exercida pelo juiz. Trata-se de outra característica que afasta a natureza cautelar da restituição de coisa apreendida. A questão será examinada no item 7.

visórias e instrumentais. Destinam-se a vigorar enquanto não se tornam definitivas, e nisso consiste a provisoriedade. Assim, por exemplo, a apreensão da *res furtiva* é provisória, e a restituição dela ao legítimo dono definitiva".[48]

Com isto, já seria possível responder à indagação anteriormente formulada: a restituição de coisa apreendida, por implicar uma decisão definitiva, não pode ser qualificada como medida cautelar, que é, por natureza, provisória.

7. Da ausência de cognição sumária na restituição de coisa apreendida

Já bastaria a ausência da provisoriedade para que se pudesse negar o caráter cautelar da restituição de coisa apreendida. Há, ainda, outro fundamento para se negar o caráter cautelar da restituição de coisa apreendida: a natureza da cognição exercida pelo juiz. Na restituição de coisa apreendida a cognição não é sumária, como ocorre nas medidas cautelares.[49]

Segundo sistematização proposta por Kasuo Watanabe, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade). A cognição, no plano horizontal tem por limite os elementos objetivos do processo: pressupostos processuais, condições da ação e mérito. Neste

48. TORNAGHI, *Curso...*, v. 1, p. 207.

49. A palavra "sumária" também pode ser empregada, inclusive com maior propriedade, em relação à celeridade procedimental, fruto de uma maior concentração dos atos processuais em relação ao procedimento ordinário. Todavia, a expressão "cognição sumária", como designativo de uma atividade cognitiva menos aprofundada que aquela exercida para a decisão final, já está consagrada nos planos doutrinário e jurisprudencial, pelo que será utilizada, com a ressalva acima. A distinção é feita por ADA PELLEGRINI GRINOVER ("Procedimentos sumários em matéria penal", PENTEADO, JAQUES DE CAMARGO (coord). *Justiça penal*: crimes hediondos, erro em direito penal, juizados especiais. São Paulo: RT, 1993, pp. 14-5: "Numa terminologia acurada, a expressão *procedimento sumário* parece escassamente indicativa da realidade subjacente, podendo significar ora os simplificados, ora os acelerados, ora os abreviados. Ademais, o termo poderia sugerir coisa diversa, que é a cognição sumária (superficial e provisória, própria das medidas cautelares ou de urgência), por parte do juiz, levando a confundir a sumariedade do rito com a sumariedade do provimento jurisdicional". Porém, por ser a expressão *cognição sumária* já tradicional na doutrina e na jurisprudência, parece que pode ser utilizada, feita esta ressalva.

plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial), segundo a extensão. Já no plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) ou sumária.[50]

Uma das características da tutela cautelar é a cognição sumária, isto é, limitada no plano vertical. A cognição na tutela cautelar não é profunda, mas sim superficial. O juiz não decide com base no *ius*, mas no *fumus boni iuris*. A sumariedade da cognição não é característica exclusiva das medidas cautelares, existindo tutelas sumárias não cautelares. Contudo, toda tutela cautelar, sempre será conferida com base em uma cognição sumária.[51]

Justamente porque o juiz precisa decidir logo, ante o perigo da demora, é que não é possível exercer atividade cognitiva no mesmo grau de profundidade que aquela desenvolvida para o provimento definitivo, no qual se busca a certeza do direito pleiteado.

Como bem definiu Calamandrei "a função dos provimentos cautelares nasce, pois, da relação que se passa entre esses dois termos, a necessidade de que o provimento seja eficaz e a inaptidão do processo ordinário a criar, sem demora, o provimento definitivo. Os provimentos cautelares representam uma conciliação entre as duas exigências geralmente contrastantes na Justiça, ou seja: a da celeridade e a da ponderação. Entre fazer logo, porém mal, e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde com a necessária ponderação, nas necessárias formas do processo ordinário".[52]

50. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 83.

51. Cabe destacar que a cognição na tutela cautelar, somente pode ser considerada sumária, quando comparada com aquela outra exercida no "processo principal". Em relação ao processo cautelar em si, a cognição é exauriente, embora o *thema decidendum* não seja um tema de certeza, mas apenas de probabilidade. Sobre a questão, cf. GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 419-420.

52. CALAMANDREI, *Introduzione...*, p. 175.

Vejamos se isto ocorre na restituição de coisa apreendida do processo penal brasileiro.

No longo caminho a ser percorrido do desconhecido ao conhecido, do incerto ao certo, é possível identificar três etapas: a "inexistência de dúvida" (ou certeza), a "dúvida" e a dúvida "de alta indagação".[53]

"Desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante", a própria autoridade policial ou o juiz poderão ordenar a restituição (CPP, art. 120, *caput*). Esta decisão, inquestionavelmente, será definitiva, e a cognição é plena, tendo em vista que é possível decidir, de plano, não baseado em uma probabilidade do direito invocado, mas em grau de certeza, por não haver dúvida sobre a questão.

É possível que haja um estágio intermediário. Havendo dúvida sobre a existência do direito, mas não sobre sua titularidade, o interessado (CPP, art. 120, § 1.º) ou o terceiro de boa fé (CPP, art. 120, § 2.º) poderá requerer ao juiz a restituição da coisa apreendida. Em ambos os casos, a dúvida dará lugar a um incidente processual, no qual se discutirá o direito à restituição da coisa[54] e, após provado o direito, a coisa será restituída. Só haverá restituição se o direito ficar provado, isto é, se for afastada a dúvida, chegando-se à certeza judicial. Também neste caso, o juiz exerce uma atividade cognitiva exauriente. Aliás, é justamente para permitir esta cognição aprofundada sobre o direito a restituição da coisa apreendida, que se instaura o incidente processual e nele se realiza a atividade instrutória.

Por fim, pode haver dúvida não quanto ao direito em si, mas quanto a sua titularidade, isto é, sobre quem seja o verdadeiro dono da coisa. Neste caso, a solução será diferente. Para que o juiz penal pudesse decidir com base em uma atividade cognitiva profunda e exauriente, certamente não seria suficiente a pe-

53. Sobre os estados de convencimento judicial, cf. BADARÓ, *Ônus da prova...*, p. 27.

54. TORNAGHI, *Curso...*, v. 1, p. 198.

quena dilação probatória que o incidente processual possibilita.[55] Por outro lado, a decisão sobre o *ius puniedi* não poderia ficar esperando, indefinidamente, que o juiz tivesse a certeza sobre quem seria o dono da coisa apreendida, nem o magistrado poderia se desviar da sua função principal, de verificação de ocorrência ou não do fato criminoso e de sua autoria, para desenvolver longa atividade processual para definição de questão não-criminal. Restou ao legislador, portanto, adotar uma terceira solução.

Como o juiz criminal não conseguiria, mediante a rápida instrução do incidente processual, sair da dúvida e atingir a certeza, visto que a questão sobre a titularidade da coisa é "matéria de alta indagação",[56] deverá "remeter as partes para o juiz cível" (CPP, art. 120, § 4.º). Ou seja, justamente porque não seria possível desenvolver uma cognição exauriente, para se descobrir quem é o titular da coisa apreendida, o juiz criminal remete a questão para o juiz cível.

Assim, ou o juiz criminal decide a questão, após cognição exauriente da matéria, baseando-se na certeza do direito a restituição e não na sua mera plausibilidade, ou ele deve remeter a questão para as vias cíveis.

De qualquer forma, na restituição de coisa apreendida, a cognição desenvolvida pelo juiz nunca será sumária. Trata-se daquilo que Kasuo Watanabe denomina "cognição plena e exauriente *secundo eventum probationis*".

Segundo o processualista civil, "aspecto marcante dessa espécie de cognição, que poderá ser exauriente, consiste no fato de estar condicionada a decisão de questão, ou mesmo de *thema decidendum*, à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, estabelecer com base nas provas

55. TOURINHO FILHO (*Processo Penal*, v. 3, p. 11) explica que "Realmente, não é possível solucionar-se questão de alta indagação dentro dos estreitos limites de um processo incidental. (...) Na ação própria, a possibilidade é maior, em face da produção de maiores e melhores provas, bem como da dilação dos prazos".

56. A expressão é de TORNAGHI, *Curso...*, v. 1, p. 198. No mesmo sentido, TOURINHO FILHO (*Processo Penal*, v. 3, p. 12) refere-se à "questão de alta indagação". O Código de Processo Penal Militar, em seu art. 192, parágrafo único, apresenta a rubrica lateral "questão de alta indagação".

existentes nos autos. À conclusão de insuficiência de prova, a questão não é decidida (as partes são remetidas para as 'vias ordinárias' ou para a 'ação própria'), ou o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançando, bem por isto, a autoridade de coisa julgada material".[57]

Dois exemplos permitem melhor compreender a situação: a) no processo de inventário, sendo controvertida a questão da "qualidade de herdeiro", esta será decidida se o magistrado dispuser de elementos suficientes para o estabelecimento de juízo de certeza. À falta de suporte probatório suficiente para o convencimento, ficando configurada a "matéria de alta indagação", o juiz "remeterá a parte para os meios ordinários" (CPC, art. 1.000, parágrafo único); b) no processo de desapropriação, na fase do levantamento do preço, havendo "dúvida fundada sobre o domínio", o magistrado não deferirá a nenhum dos disputantes a entrega do preço, determinando a solução da controvérsia em "ação própria" (art. 34, *caput*, e parágrafo único, do Dec.-lei 3.365/41). Todavia, existindo prova bastante para o desate tranqüilo da controvérsia, deve o juiz decidi-la.[58]

O fenômeno é exatamente o mesmo em se tratando de restituição de coisa apreendida. Inclusive no segundo exemplo, a "questão de alta indagação" é exatamente a mesma: "há dúvida sobre o titular do domínio". Nestes casos, assim como o juiz cível do processo de inventário ou de desapropriação remete a solução da questão sobre a qualidade de herdeiro ou sobre a titularidade do domínio para os meios ordinários ou para a ação própria, também no juízo penal, havendo "dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono" da coisa apreendida "o juiz remeterá as partes para o juízo cível" (CPP, art. 120, § 4.º).

O que é relevante, para os fins do presente estudo, é que a decisão proferida no incidente de restituição de coisa apreendida jamais será baseada em uma cognição sumária. Ou as provas permitem uma cognição plena (quanto à exten-

57. WATANABE, *Da cognição...*, p. 89-90.

58. *Idem, ibidem*, p. 89.

são) e exauriente (quanto à profundidade) ou, não sendo suficientes os dados probatórios, o juiz remete a questão para as vias cíveis.

Em suma, trata-se de cognição plena e exauriente *secundo eventum probationis* e não de cognição sumária. E, sem a sumariedade da cognição, não se pode falar em medida de natureza cautelar.

8. Conclusões

Da análise desenvolvida ao longo do estudo, podemos sumariar a seguintes conclusões parciais:

8.1 Não existe um processo penal cautelar. O que existe no processo penal são medidas cautelares antecedentes ou conseqüentes ao processo penal, na forma de simples incidentes processuais, mas que jamais decorrem do exercício do direito de ação e que não instauram um processo autônomo.

8.2 A restituição de coisa apreendida nem sempre visa a "reparação do dano" causado pelo delito, que é finalidade secundária do processo penal brasileiro. Assim, quando requerida pelo indiciado ou pelo acusado, bem como quando pleiteada por terceiros, a restituição não será uma medida instrumental em relação ao processo condenatório, não guardando nexo teleológico com seu resultado, pelo que não poderá ser qualificada como medida cautelar.

8.3 O ato decisório proferido na restituição de coisa apreendida jamais será provisório, tendente a ser substituído por uma nova situação processual. A restituição de coisa apreendida sempre será medida definitiva, não sofrendo qualquer alteração em face de eventual condenação ou absolvição proferida no processo condenatório. Não sendo provisória, mas sim definitiva, não poderá ser medida cautelar.

8.4 A cognição desenvolvida pelo juiz criminal para deferir a restituição de coisa apreendida é uma cognição plena e exauriente, *secundo eventum probationis*, e não uma cognição sumária, pelo que a medida não pode ser considerada meio de obtenção de tutela cautelar.

A conclusão geral que se pode extrair é que a restituição de coisa apreendida não é uma medida cautelar processual penal, pois não é dotada de instrumentalidade, provisoriedade e sumariedade da cognição.

A restituição de coisa apreendida é um procedimento incidental ao processo penal condenatório, visado à tutela do direito de propriedade do interessado.

9. Bibliografia

ALCALA-ZAMORA, Niceto e LEVENE, Ricardo. *Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945, t. II.

AULETE, Caudas. *Dicionário contemporâneo da Língua Portuguesa,* 3 ed. Rio de Janeiro: Delta, 1978, v. IV.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal.* São Paulo: RT, 2003.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo Penal Cautelar.* Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998.

BUENO, Francisco Silveira. *Grande dicionário etimológioco-prosódico da Língua Portuguesa.* São Paulo: Saraiva, 1966, v. 6.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari.* Padova: Cedam, 1936.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo.* Napoli: Morano, 1958.

_____. *Processo di esecuzione.* Padova: Cedam, 1931, v. II.

_____. *Lecciones sobre el proceso penal.* trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1950, v. II.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di diritto processuale civile.* Napoli: Jovene, 1965.

DELMANTO, Celso. *Tóxicos*. São Paulo: Saraiva, 1982.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FOSCHINI, Gaetano. *Sistema del diritto processuale penal*, 2 ed. Milano: Giuffrè, 1965, v. I.

FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da Língua Portuguesa*, 3 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957, v. IV.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Tóxicos*: prevenção-repressão, 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. São Paulo: RT, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Procedimentos sumários em matéria penal", *in* PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *Justiça penal*: crimes hediondos, erro em direito penal, juizados especiais. São Paulo: RT, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei antitóxico anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7 ed. Rio de Janeiro: 1998, v. VIII, t. I.

_____. "Função e Processo Cautelar: revisão crítica", *Livros de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, v. 5.

_____. "Processo Cautelar", *Revista de Processo*, n. 44, out./dez. 1986.

LEONE, Giovanne. *Trattato di diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 1961, v. I.

LIEBMAN, Enrico Tulio. "Unità del procedimento cautelare", *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. II.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. IV.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*, 2 ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1965, v. I.

MASSARI, Eduardo. *Il Processo Penale nalla nuova legislazione italiana*. Napoli: Jovene, 1934.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O processo cautelar", *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Do seqüestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1973.

POLASTRI, Marcellus Lima. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de Processo Penal e de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1978.

SANTORO, Arturo. *Manuale di diritto processuale penale*. Torino: Utet, 1954.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2 a 4.

TUCCI, Rogério Lauria. "Processo e procedimentos penais", *Revista dos Tribunais*, n. 749, mar. 1998.

_____. "Seqüestro prévio e seqüestro no CPC distinção", *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 5, jan./mar. 1992.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.

A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia. Mestre em Direito Social. Professor da Graduação e Pós-graduação da UNISAL nas matérias de Direito Penal, Processo Penal e Legislação Penal e Processual Penal Especial.

"Eu não sei se eram
os antigos que diziam
em seus papiros Papillon já me dizia
que nas torturas toda carne se trai
e normalmente, comumente,
fatalmente, felizmente
displicentemente o nervo se contrai."
Vila do Sossego – ZÉ RAMALHO

Sumário: 1. Introdução – 2. Relatividade dos direitos e garantias individuais – 3. Breve histórico da tortura e sua relação com o processo e direito criminais – 4. A definição legal de tortura – 5. O art. 1.º da Lei 9.455/97 em face do princípio da legalidade estrita – 6. Formulando uma proposta – 7. Conclusão.

Resumo: O presente trabalho versa sobre a problemática da definição do crime de tortura no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Destaca-se a rele-

vância do tema, considerando a natureza dos bens jurídicos postos em jogo, bem como a relação da prática nefasta da tortura com os modelos de processo e Direito Penal. Uma análise crítica da legislação vigente, sob o enfoque da questão da definição da conduta típica da tortura em face ao princípio da legalidade estrita é levada a efeito, resultando numa proposta de reforma do modelo vigente com vistas à melhoria das normas legais que regulam a matéria.

Palavras-chave: Tortura – Direitos e garantias individuais – Direitos Humanos – Dignidade da pessoa humana – Processo Penal – Direito Penal – Definição de tortura – Lei de tortura – Princípio da legalidade – Garantismo – Legalidade estrita – Proposta de reforma legal.

1. Introdução

A prática da tortura, principalmente pelas instituições encarregadas da repressão penal, constitui-se em algo absolutamente inadmissível num Estado Democrático de Direito, além de configurar uma verdadeira contradição interna do sistema, pois que órgãos encarregados do cumprimento das leis agiriam de forma ilícita.

A tolerância com essa espécie de conduta não pode prosperar e torna-se uma grave omissão a falta de instrumentos adequados à sua prevenção e repressão.

A Constituição Federal é expressa em repudiar a prática da tortura e penas degradantes, desumanas ou cruéis no art. 5.º III, XLIII e XLVII, bem como em proteger a integridade física e moral do preso (art. 5.º, XLIX). Entretanto, quando da promulgação da Carta Magna, nossa legislação ordinária encontrava-se em descompasso com tal preocupação, pois que jamais havia sido elaborada qualquer normativa com o fito de proceder a uma definição do crime de tortura. O máximo existente era a menção em alguns dispositivos legais da palavra "tortura", prevista, por exemplo, como uma qualificadora no crime de homicídio

(art. 121, § 2.º, III, CP) ou como agravante genérica (art. 61, II, *d*, CP). A própria Constituição Federal, embora mencionando o termo, não chegou a definilo, deixando essa missão ao legislador ordinário; procedimento, aliás, estritamente correto sob o aspecto da técnica legislativa.

Ocorre que o legislador ordinário tardou bastante a dedicar-se a esse importante e urgente mister, sendo objeto deste trabalho a análise expositiva e crítica do caminho até agora trilhado no ordenamento jurídico pátrio quanto ao tema da definição da conduta criminosa da tortura. Note-se que o bom termo dessa empreitada apresenta-se como um relevante aspecto na construção continuada do nosso pretendido Estado Democrático de Direito sob dois aspectos: primeiro considerando a necessidade de extirpar quaisquer práticas atentatórias à dignidade humana da realidade brasileira, sendo um dos instrumentos (embora não o único e nem o mais eficaz) uma legislação rigorosa; segundo, tendo em vista os cuidados exigidos na elaboração de qualquer norma repressiva, que deve obedecer estritamente aos princípios da legalidade e da taxatividade.

2. Relatividade dos direitos e garantias individuais

É cediço na doutrina constitucional que mesmo os direitos e garantias individuais albergados pela Constituição Federal não comportam uma interpretação que os tome como absolutos ou jamais sujeitos a qualquer espécie de limitação. A regra é que todo direito é relativo.

Alexandre de Moraes assim manifesta-se sobre o tema:

"Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5.º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro 'escudo protetivo' da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como agravamento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob

pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito."[1]

Portanto, ao indivíduo não é dado abrigar-se sob o manto protetor dos direitos e garantias, desde que haja no caso concreto um conflito com outros direitos ou interesses igualmente protegidos, coletiva ou individualmente. Apresentam-se aqui à colação princípios como os da proporcionalidade e razoabilidade a imporem certos limites mesmo ao exercício de garantias e direitos constitucionais, inclusive legitimando a atuação repressiva do Estado com instrumentos constritivos como o Direito Penal e o exercício do chamado Poder de Polícia.

Malgrado isso, quando se fala na inexistência de direitos e garantias individuais absolutos, certamente não pode ali ser agrupada a garantia contra a prática da tortura. Pode-se dizer que neste caso existe efetiva e excepcionalmente uma garantia absoluta. Não há como pensar numa situação que justifique a prática da tortura nos dias atuais. Isto seria um medonho retrocesso atávico a épocas (incrivelmente não muito distantes) em que a tortura era um meio de prova, inclusive legalmente regulamentado.[2]

Bobbio faz notar que embora impere a regra da relatividade mesmo entre direitos fundamentais do homem, há casos excepcionais de direitos que não comportam limitações ou confrontos, sob qualquer justificativa moralmente aceitável. Dessa natureza seriam para o autor dois direitos: o direito de não ser escravizado e o direito à garantia contra a tortura. Toma-se a liberdade de transcrever suas palavras:

"Inicialmente, cabe dizer que, entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns

1. *Direito Constitucional*, p. 58. Neste sentido na jurisprudência: *RT* 709/418; STJ – 6ª Turma RHC 2.777-0/RJ – Rel. Min. Pedro Acioli – Ementário 08/721.

2. Ver a respeito: Nicolau EYMERICH, *Manual dos inquisidores*, passim. Anita Waingort NOVINSKY, A Inquisição, passim. E ainda: Carl SAGAN, O mundo assombrado pelos demônios, passim.

que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados, porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção."[3]

Nessa linha, as mais atuais concepções teóricas acerca do conceito de Justiça[4] apontam para a imprescindibilidade de um quadro mínimo de garantias, tidas como pré-requisitos inalienáveis e absolutos para que se possa iniciar uma discussão sobre a Justiça Humana. Trata-se daquilo que se define como uma "estrutura básica" (*basic structure of society*) ensejadora da chamada "posição original" (*original position*), a partir da qual torna-se viável um projeto de Justiça.[5] O mínimo exigível para que se possa sequer projetar ou pensar em uma sociedade justa é a existência de uma estrutura básica justa, propiciando um contexto social, econômico, institucional e legal no qual as pessoas tenham oportunidade de desenvolver-se livre e dignamente, enfim um chamado "contexto social de fundo" ou uma "justiça de fundo" (*background justice*) como a base sobre a qual se constrói um projeto de Justiça.[6] Torna-se cristalino que um Estado que não ofer-

3. Norberto BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 20.
4. John RAWLS, *Uma teoria da justiça*, passim.
5. Nythamar de OLIVEIRA, Rawls, p. 14.
6. John RAWLS, *Justiça como eqüidade* – uma reformulação, p. 14.

ta oportunidades igualitárias às pessoas ou que se omite e até permite a opressão dos indivíduos por seus próprios órgãos não é apto a sequer mencionar o termo Justiça como integrante de sua conformação. E dessa forma, a questão do repúdio e repressão à prática da tortura é um elemento bastante importante para a construção de uma sociedade justa.

3. Breve histórico da tortura e sua relação com o processo e direito criminais

Como já foi destacado anteriormente, a tortura não foi sempre objeto de repúdio na sociedade. Sem necessidade de remontar a épocas muito distantes podem ser constatados exemplos da tortura como meio legal de prova, visando a busca da verdade no processo ou então como espécie de pena cruel imposta para determinados crimes. Isso sem falar na tortura aceita ou tolerada informalmente pelo Estado e seus agentes, inobstante a imprevisão ou até mesmo proibição legais, que é, sem dúvida e lamentavelmente, uma realidade não só histórica como atual. Apenas a título ilustrativo é possível mencionar o fato recente de que a forçosa "necessidade da elucidação da autoria dos ilícitos penais" levou o Tribunal Superior do Estado de Israel a admitir "uma legítima pressão sobre os corpos dos suspeitos para compeli-los à admissão da culpa!". Chegou ainda o mesmo Tribunal a reconhecer a "oportunidade" de castigar os "renitentes prisioneiros!"[7]

Foucault bem retrata o uso indiscriminado da tortura, especialmente como espécie de punição dirigida diretamente ao "corpo dos condenados" e caracterizada pela "ostentação dos suplícios" como uma demonstração do poder soberano ilimitado do governante sobre os súditos.[8]

7. Pedro Armando Egydio de CARVALHO, O sistema penal e a dignidade humana, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 24/169.

8. Michel FOUCAULT, *Vigiar e punir*, p. 11-61.

Na obra clássica de Verri constata-se que o uso sistemático da tortura teve seu início a partir do século XI na Europa e atingiu seu ápice entre os séculos XIII e XVII, com o advento da Inquisição.[9] A mitigação das penas e a condenação da tortura só vão ocorrer em finais do século XVIII e início do século XIX, com o surgimento do capitalismo industrial.[10]

Foi no século XVIII que os ideais iluministas submeteram à devida crítica a prática da tortura, seja por seu aspecto cruel de desrespeito ao ser humano, seja por seus efeitos deletérios práticos na aplicação da lei e na gênese de injustiças com condenações indevidas, baseadas apenas na força irracional.[11]

Em especial no bojo do processo a tortura tradicionalmente ocupou, em épocas pretéritas, um papel de relevo, pois vigorava um sistema de hierarquia das provas no qual a confissão era dotada de um peso enorme, chegando a ser considerada a "rainha das provas" ("Sistema da Prova Legal").[12] Assim sendo, quase tudo era permitido com o fito de obter a confissão do suspeito, a qual seria o grande fator de legitimação para a aplicação justa da reprimenda cabível. Além disso, o dogma por muito tempo imperante na teoria do processo, que dividia a verdade almejada em real e formal, estando a primeira adstrita ao processo penal, de índole pública, e a segunda ao processo civil, de caráter estritamente privado,[13] era

9. Pietro VERRI, *Observações sobre a tortura*, passim.

10. Michel FOUCAULT, *Vigiar e punir*, p. 69-116.

11. Ver sobre o tema os textos clássicos: Pietro VERRI, op. cit., passim. Cesare BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p. 46-54.

12. Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER, Cândido Rangel DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 313.

13. Hodiernamente essa divisão entre os Processos Civil e Penal, emprestando caráter privado ao primeiro e público ao segundo é absolutamente superada. O 'Processo' (em qualquer de seus ramos) tem caráter nitidamente público, não se devendo confundir o direito material pleiteado em juízo com o Processo enquanto 'instrumento estatal' que viabiliza a prestação jurisdicional. Neste sentido: Flávio Martins Alves NUNES JÚNIOR, *Princípios do processo e outros temas processuais*, v. I, p. 94-95. "A doutrina moderna, (...), refuta o caráter 'privatista' do processo, considerando-o instrumento público de pacificação social. (...) E não é só: a doutrina pátria moderna percebe que o processo (seja civil, seja penal) possui natureza pública, não importando qual o objeto em discussão".

um reforço à legitimação de quaisquer instrumentos destinados à procura dessa "verdade real" nos processos criminais.

Diversamente, na moderna Teoria Processual vige o "princípio da persuasão racional ou do livre convencimento", segundo o qual "o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados". Especificamente no direito processual brasileiro vigora esse princípio, conforme determinam expressamente os arts. 131 do CPC e 157 do CPP.[14]

Ademais, a vetusta distinção entre verdade real e verdade formal no processo já não encontra guarida hodiernamente. Como bem destaca Flávio Martins A. Nunes Jr., "a verdade almejada pelo processo é uma 'verdade processual'", ou seja, uma "verdade judicial" encontrada por meio de uma atuação "processualmente legítima", aproximando-se o máximo possível da certeza.[15] E arremata a questão com a expressiva manifestação de Barbosa Moreira:

"(...) dizer que o processo penal persegue a chamada 'verdade real', ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada 'verdade formal', é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas".[16]

Por sinal é de estranhar que esse verdadeiro mito[17] tenha prosperado durante tanto tempo, quando autores clássicos desde antanho já haviam demons-

14. CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, op. cit., p. 313.

15. *Princípios do processo e outros temas processuais*, v. I, p. 109.

16. Apud, op. cit., p. 112. Ver ainda: Francisco das Neves BAPTISTA, O mito da verdade real na dogmática do Processo Penal, p. 212, 213. "Desenganadamente, a verdade que se persegue no processo penal, como no civil, é a verdade ética, ou verdade suficiente, pragmaticamente construída mediante argumentação, para pôr termo a uma contenda, a uma tensão oriunda da proposta punitiva do Estado, visante a atingir o imputado, sempre, em sua dignidade (com a desonra da reprovação pública) e, por vezes, em sua liberdade de locomoção. O deslinde desse conflito deve dar-se de tal forma que o povo, e sobretudo a comunidade jurídica, aceite a solução como satisfatória, ou, no mínimo, consiga compreende-la, conquanto dela discorde, em razão dos argumentos de sua fundamentação. Essa verdade, força é admitir, é formal, vale dizer, aceitável somente porque atingida com a observância de raciocínios gnoseologicamente válidos. Mas nem por isso é menos verdade."

17. Francisco das Neves BAPTISTA, *O mito da verdade real na dogmática do Processo Penal*, p. 1-14.

trado à exaustão a impossibilidade da busca de uma chamada "verdade real" ou "certeza" no processo, seja ele de qualquer natureza (penal, administrativo, civil etc.), dada sua característica de reconstrução histórica de fatos passados.[18]

Portanto, é absolutamente inadmissível que se pretenda advogar uma busca da verdade "a qualquer preço" no processo. A conclusão inelutável é de que "o processo penal é presidido por insuprimível regra moral que submete o descobrimento da verdade a rigorosos princípios éticos. Certo é que a lisura moral e a ética efetivamente impõem restrições à busca da verdade e até formam uma espécie de barreira intransponível que prejudica a reconstituição fiel e integral dos fatos. Esse é o preço a ser pago em benefício da preservação de direitos e garantias individuais proeminentes. A questão se resolve em sede de política criminal e de acordo com a opção legislativa que emoldura o sistema processual, de sorte que se permite vedar a utilização de algum direito justamente para garantir-se a preservação de outro que a lei considere mais relevante".[19]

Nem mesmo a gravidade do crime em apuração pode ter o condão de mitigar certos princípios. Railda Saraiva é enfática neste sentido ao afirmar que "a gravidade do crime em investigação ou em julgamento não pode autorizar a adoção de meios repressivos que repugnam consciência de país democrático, violando a dignidade da pessoa humana, reduzindo o valor da liberdade e da igualdade, e levando o Estado à imoral competição com os criminosos na prática da violência, em atos de desumanidade".[20]

Em suma, ao menos sob o ponto de vista teórico, a legitimação da tortura no Direito Criminal não goza atualmente de qualquer credibilidade. Tratar pormenorizadamente da irracionalidade e crueldade que caracterizam essa espécie

18. Ver sobre o tema os clássicos: Francesco CARNELUTTI, *As misérias do Processo Penal*, p. 43-47. C.J.A. MITTERMAIER, *Tratado da prova em matéria criminal*, passim. Nicola Framarino Dei MALATESTA, *A lógica das provas em matéria criminal*, passim.

19. Marco Antonio de BARROS, *A busca da verdade no processo penal*, p. 37, 38.

20. *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico* – penal brasileiro, p. 69.

de conduta seria repisar desnecessariamente aquilo que já é notório desde as primeiras manifestações do iluminismo. Podemos afirmar com Bobbio que "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de 'justificá-los', mas o de 'protegê-los'. Trata-se de um problema não filosófico, mas político."[21] A ingente e inadiável tarefa que se apresenta é, na verdade, a normatização desses direitos, seja em nível internacional, seja nos ordenamentos internos de cada Estado soberano. E ainda mais que isso, pois essa iniciativa já vem sendo implementada com considerável sucesso,[22] faz-se mister materializar o respeito a esses direitos fundamentais para que não se reduzam a previsões formais, despidas de eficácia prática no cotidiano da humanidade.

A criminalização da tortura no Brasil pela Lei 9.455/97 em obediência à normativa constitucional e aos tratados internacionais é um passo em direção à normatização de um desses direitos fundamentais do homem, sua efetiva aplicação na repressão a essas condutas será uma materialização de seus preceitos formalmente previstos no diploma legal e ainda mais importante: a assimilação da relevância da extirpação da tortura de nossa realidade, ensejando ações concretas do Estado e dos próprios cidadãos, é que poderá reformular verdadeiramente a conformação de nossa sociedade, muitas vezes maculada pela violência individual e institucional.

4. A definição legal de tortura

Um dos primeiros passos para a materialização do respeito à dignidade humana perfaz-se na positivação dos direitos e garantias. No caso da tortura, essa positivação pode ser constatada no ordenamento jurídico interno (normas constitucionais e ordinárias) e também no plano internacional.

21. Norberto BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 24.

22. Os tratados internacionais e legislações acerca dos direitos humanos não são parcos e nem constituem novidade nos diversos sistemas jurídicos.

Desde a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 a preocupação com a dignidade humana tem sido objeto de convenções internacionais. Nesse diapasão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, datada de 10.12.1948 estabelece em seu art. V que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante". Na mesma linha, estabelece a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969, em seu art. 5.º, n. 2, que "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".

Entretanto, é a Convenção da ONU sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 10.12.1984, que vem, em seu art. 1.º, a conceituar tortura como:

"Qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência".

A Convenção Européia para a prevenção da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, em 01.02.1989, apresenta uma série de medidas regulamentadoras da fiscalização entre os Estados Membros com respeito a práticas ilícitas relacionadas com atos de tortura. Assim também o faz a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, datada de 1985 e ratificada pelo Brasil pelo Dec. 98.386, de 09.11.1989, trazendo, porém em seu bojo uma conceituação própria de tortura:

"Art. 2.º. Para os efeitos desta convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação ou castigo pessoal, como medida preventiva ou com qualquer outro fim.

Entender-se-á também por tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou psíquica".

No Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824, exsurge uma declaração solene contra a tortura e outros tratamentos desumanos,[23] conforme se verifica da leitura do art. 179, XIX daquele diploma:

"Desde já ficam abolidos os açoutes, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis".[24]

Portanto, conforme assevera José Afonso da Silva, a condenação explicitada na Constituição de 1988 (art. 5.º, III, XLIII, XLVII e XLIX) à prática da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos, já era prevista em constituições anteriores, bem como é parte integrante das "constituições modernas em geral".[25] Malgrado isso, é interessante observar, em consonância com o que destaca Adriana Ferrari, que "em nossas constituições republicanas nada é apresentado sobre a prática da tortura"[26] (Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967). Tirante a manifesta repulsa a determinadas penas cruéis e uma menção direta no art. 150, § 14 da Constituição Federal de 1967 quanto

23. René Ariel DOTTI, Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 42/264.

24. Tal manifestação constitui-se numa reação vigorosa contra a herança autoritária e cruel das Ordenações do Reino de Portugal que foram aplicadas no Brasil: Ordenações Afonsinas, de Dom Afonso V (1500 – 1514); Ordenações Manuelinas, de Dom Manuel, o Venturoso (1514 – 1603) e Ordenações Filipinas, de Dom Felipe II (1603 – 1824). Ibid., p. 264-265.

25. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 207.

26. Lei 9.455/97 define o crime de tortura, disponível em www.geocities.yahoo.com.br/adri_ferrari, p. 2, em 17.04.2004.

ao "respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário", não se encontra realmente nenhuma referência explícita à tortura. Isso somente se opera com o advento da Lei Maior de 1988, através de seus dispositivos supra mencionados, os quais são, porém, normas constitucionais de eficácia limitada, precisando da atuação do legislador infraconstitucional para que seus efeitos se produzam.[27] Em suma, a Constituição de 1988 deixou claro um princípio de repúdio à prática da tortura, mas reservou ao legislador ordinário a definição das condutas que a constituem, bem como a determinação dos regramentos legais tendentes à repressão e prevenção dessa grave violação dos direitos fundamentais.

Como já visto, embora houvesse a mera menção da palavra "tortura" em alguns dispositivos legais de nosso ordenamento jurídico, restava uma lacuna quanto à definição de um crime de tortura e até mesmo quanto à conceituação daquilo que consistiria em tortura para fins de interpretação da expressão existente em tais dispositivos vigentes (v.g. art. 121, § 2.º, III, CP).

A primeira manifestação do legislador ordinário pátrio acerca da tipificação do crime de tortura deu-se com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). Em seu art. 233 o ECA previa (pois foi revogado pela Lei de 9.455/97) como crime o ato de "submeter criança ou adolescente, sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura". Também a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), logo em seguida veio a equiparar o crime de tortura aos chamados crimes hediondos, em plena consonância com a disposição constitucional (art. 5.º, XLIII, CF c/c arts. 1.º e 2.º da Lei 8.072/90).[28]

27. Alexandre de MORAES, *Direito Constitucional*, p. 69.

28. Neste ponto é interessante anotar que quanto à terminologia alguns autores atribuem a nomenclatura de 'crimes hediondos por equiparação ou equiparados ou figuras equiparadas' à tortura, terrorismo e ao tráfico de entorpecentes, em face da dicção constitucional e ao sistema da Lei 8.072/90 (v.g. Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*, p. 2.). Há outros, porém, que preferem a denominação de 'crimes hediondos constitucionais' para tais figuras, considerando que a Constituição os teria dotado de tal qualidade de forma expressa e direta, deixando ao legislador ordinário a definição dos demais crimes que seriam etiquetados como hediondos, por isso denominados de 'crimes hediondos ordinários' (v.g. João

Ocorre que nenhum dos dois diplomas sob enfoque chegou a estabelecer em que consiste a "tortura", deixando-a sem a devida conceituação legal.[29] Nessas circunstâncias a única solução seria tomar de empréstimo, para a interpretação das normas legais, os conceitos apresentados pela doutrina:[30]

De Plácido e Silva leciona de forma extremamente genérica que tortura "é o sofrimento ou a dor provocada por maus tratos físicos ou morais".[31]

Hungria conceitua tortura como o "meio supliciante, a inflição de tormentos, a 'judiaria', a exasperação do sofrimento da vítima por atos de inútil crueldade".[32]

Para Aníbal Bruno tortura consiste no "sofrimento desnecessário e atormentador, deliberadamente infligido à vítima".[33]

Noronha conceitua o termo como o ato de "infligir-se um mal ou sofrimento desnecessário e fora do comum".[34]

Finalmente, dentre outras diversas conceituações doutrinárias, Mirabete expõe que "tortura é a inflição de mal desnecessário para causar à vítima dor, angústia, amargura, sofrimento".[35]

Verifica-se por um simples passar de olhos que mesmo as definições ofertadas pela doutrina são bastante vagas. Dessa forma, chegou-se a ventilar na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de suprimento da lacuna da lei penal com uma definição de tortura inferida, por um processo de integração, dos

José LEAL, Lei dos Crimes Hediondos ou Direito Penal da Severidade: doze anos de equívocos e casuísmos, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 40/160.).

29. Paulo Lúcio NOGUEIRA, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, p. 304.
30. José de Farias TAVARES, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 186.
31. Oscar DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, v. 4, p. 1.571.
32. Nelson HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 167.
33. *Direito Penal* – Parte Especial, v. I, Tomo IV, p. 81.
34. Edgard Magalhães NORONHA, *Direito Penal*, v. 2, p. 23.
35. Julio Fabbrini MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, v. II, p. 72.

tratados e convenções internacionais sobre o tema, firmados pelo Brasil. Para a interpretação do termo "tortura" poder-se-ia lançar mão das definições propostas, por exemplo, pelo art. 1.º da Convenção da ONU sobre tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, ou pelo art. 2.º da Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, inobstante o fato de que tais diplomas não tipificam crimes, mas são balizas, declarações de princípios para a elaboração de normas e execução de ações concretas internas pelos países signatários.[36]

Esse proceder estaria justificado porque os dispositivos de tratados e convenções internacionais integrariam a legislação brasileira, com suas conseqüentes irradiações e efeitos jurídicos. Há mesmo posições doutrinárias defendendo que esses tratados e convenções internacionais ingressariam em nosso ordenamento jurídico, no que se refere a direitos e garantias individuais, com força de normas constitucionais equiparadas às do art. 5.º, CF, inclusive com característica de "cláusulas pétreas" (art. 60, § 4.º, IV, CF), por força do § 2.º do art. 5.º da Lei Maior. Não obstante, em posição oposta, há quem defenda tratarem-se somente e sempre de normas ordinárias porque o processo legislativo para aprovação de emenda constitucional é completamente diferente e muito mais exigente do que aquele necessário à ratificação de tratados e convenções internacionais. Assim sendo, a referida equiparação burlaria o processo legislativo constitucional.[37]

Toda essa argumentação acabava apresentando efeitos ambíguos. Se por um lado possibilitava a aplicação dos dispositivos legais, viabilizando uma interpretação do termo tortura. De outra banda "o elastecimento do princípio da reserva legal, nele vislumbrando-se a possibilidade de interpretação dos textos penais segundo processo de integração, de analogia, ou à luz do 'senso comum', nada

36. Sylvia Helena Steiner MALHEIROS, O princípio da reserva legal e o crime de tortura na legislação brasileira, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 13/167.

37. Ver a respeito do tema: Flávia PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, passim.

mais traduziria senão o desrespeito ao conteúdo 'material' da legalidade, legalidade essa cuja afronta fere, em igual medida e gravidade, direitos fundamentais absolutos".[38]

A questão da aplicabilidade do art. 233 do ECA, mesmo carente de uma descrição pormenorizada daquilo que consistiria em tortura, foi exaustivamente discutida no STF, vindo à baila todas as linhas argumentativas acima mencionadas, inclusive a tese da inaplicabilidade do dispositivo por infração ao princípio da legalidade. Prevaleceu naquela corte superior, por apertada maioria (6x5), a tese da constitucionalidade da tipificação do delito de tortura pelo art. 233 do ECA, quando o ato fosse perpetrado contra criança ou adolescente.[39]

A doutrina em geral, porém, não apoiou essa tese, chegando Alberto Silva Franco a qualificar de "absurdo" o entendimento de que o art. 233 do ECA tipificava um crime de tortura no ordenamento jurídico brasileiro porque tratar-se-ia da admissão de um "tipo penal aberto" em flagrante violação ao princípio da legalidade.[40] Em apoio a esse entendimento, Paulo de Tarso Dias Klautau, advoga a inconstitucionalidade da norma sob comento por infração ao art. 5.º,

38. Sylvia Helena Steiner MALHEIROS, op. cit., p. 170.

39. STF – Pleno – HC 70.389-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello; j. 23.06.94, v.u. "EMENTA: Tortura contra criança ou adolescente – Existência jurídica desse crime no Direito Penal Positivo brasileiro – Necessidade de sua repressão – Convenções internacionais subscritas pelo Brasil – Previsão típica constante do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 233) – Confirmação da constitucionalidade dessa norma de tipificação penal – Delito imputado a policiais militares – Infração penal que não se qualifica como crime militar – Competência da Justiça comum do Estado – Membro – Pedido deferido em parte". No mesmo sentido: HC 74.332/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, 24.09.1996 – Informativo STF n. 47.

40. Crimes Hediondos, p. 63. Ver em contrário, afirmando a existência de descrição de conduta típica, apenas ensejando a necessidade de interpretação dos casos concretos pelo magistrado e avaliação de sua adequação ou não à conduta incriminada: Antonio Scarance FERNANDES, Aspectos da Lei dos Crimes Hediondos, *Justiça Penal*, p. 82. Textualmente: "(...) submeter a tortura é o mesmo que torturar. Há, portanto, uma ação, consistente em torturar prevista no Estatuto e que constitui o crime de tortura. Assim como matar constitui a ação que tipifica o crime de homicídio. Se o tipo é indeterminado, aberto, não especificando os elementos da ação de torturar e, por isso, ofende a regra constitucional da legalidade é outro problema. Difícil, contudo, afirmar que inexiste a afirmação no Estatuto do crime de tortura, pois, se não foi esse o delito aí definido, qual então teria sido o crime aí elencado?"

XXXIX, CF e ainda ao art. 1.º do Código Penal. É de seu parecer que com a redação dada ao art. 233 do ECA o legislador desatendeu a princípios básicos exigíveis na elaboração de uma norma penal. Da forma como fez, acaba atribuindo "pela via do tipo aberto, a característica de crime a uma conduta que somente pode encerrar o tipo fechado". Segundo o autor, a "natureza multifacetária da tortura" tornaria imperioso que seus delineamentos fossem "límpidos, claros, inequívocos, transparentes, cerrados, enfim, *numerus clausus*, para evitar a utilização da analogia incriminadora, vedada solenemente pelo Direito Penal".[41]

Sob o enfoque do tema deste trabalho é forçoso reconhecer que realmente as previsões vazias até então operadas não serviam para dirimir qual seria a definição de tortura na legislação brasileira, muito simplesmente porque em nenhum momento "definiam" tal conduta. O máximo a que chegou o ECA foi prever um crime tratando da figura específica da tortura, mas sem delimitar o conteúdo daquilo em que ela consistiria. Em suma, a legislação existente sobre essa questão era extremamente tautológica, pois responderia à pergunta sobre o que é tortura dizendo: ora, tortura é tortura!

Toda essa celeuma somente teve uma pacificação com o advento da Lei 9.455, de 07.04.1997, a qual "define o crime de tortura e dá outras providências", conforme estabelece sua ementa. Essa lei revogou expressamente o art. 233 do ECA (art. 4.º, da Lei 9.455/97) e processou à previsão do crime de tortura através do disposto em seu art. 1.º, incisos, alíneas e parágrafos :

"Art. 1.º. Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

41. A tortura como crime autônomo: necessidade de tipificação, *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*, p. 325-326.

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

§ 1.º. Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança, a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal".

A lei também prevê um crime específico para as autoridades que se omitirem diante das práticas acima elencadas (art. 1.º, § 2.º, da Lei 9.455/97), com pena de detenção de um a quatro anos. No entanto, "esse delito, apesar de previsto na Lei 9.455/97 não constitui crime de tortura".[42] No seguimento prevê formas qualificadas, aumentos de pena, regramentos sobre liberdade provisória, regime de cumprimento de pena e territorialidade, cujo detalhamento foge aos estreitos limites deste trabalho.

A partir deste ponto, a questão a ser discutida versa sobre a validade da conclusão de que, com o advento das normas supra transcritas da Lei 9.455/97, ter-se-ia dado cabo do problema da falta de uma definição pormenorizada e taxativa das condutas que consistem em tortura, satisfazendo o princípio da legalidade e ensejando tanto aos operadores do direito quanto, principalmente, à população em geral, a tão almejada segurança jurídica no campo penal.

5. O art. 1.º da Lei 9.455/97 em face do princípio da legalidade estrita

Dúvida não há que o art. 4.º da Lei 9.455/97 logrou pôr cobro a toda a polêmica reinante acerca da tipificação de um crime de tortura pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mediante a revogação expressa do art. 233 desse di-

42. Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*, p. 95.

ploma. Mas, daí a concluir que a Lei 9.455/97 promoveu uma definição adequada da figura criminosa da tortura, há uma longa e possivelmente invencível distância.

Na realidade a deficiência na técnica do legislador ao redigir as tipificações do crime de tortura, acaba por simplesmente trocar uma perplexidade por outra. Se a tipificação de um crime de tortura era duvidosa com relação ao art. 233 do ECA, esta continua sendo bastante vaga em face às novas disposições da Lei de Tortura.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, tal qual outras leis ordinárias (Código Penal, Lei dos Crimes Hediondos) e a própria Constituição Federal, apenas utilizava a palavra "tortura" em um dispositivo, sem proceder a uma descrição, qualquer que fosse, ainda que singela ou genérica daquilo em que consistiria. Ora, o que faz de novo a Lei 9.455/97? Procede a uma descrição segura, taxativa, pormenorizada do que seja tortura, de modo a evitar que tal conceito fique ao sabor de subjetivismos, do senso comum ou de idiossincrasias?

À vista da dicção do art. 1.º acima transcrito a resposta só pode ser negativa. Ele realmente vai um pouco adiante em relação ao tratamento anterior sob comentário, pois descreve objetiva e subjetivamente condutas consistentes em tortura, coisa que não existia antes porque a lei, como já foi dito, se limitava a mencionar a palavra tortura sem qualquer esforço conceitual. Não obstante, o avanço descritivo foi pífio. Os contornos que são ali traçados não passam de um esboço iniciado, que não chega a definir as formas do objeto que pretende representar, de maneira que pode comportar interpretações que em nada se adequariam ao que realmente se destina. Isso porque as linhas traçadas existem e nesse ponto são melhores que uma folha em branco, mas são ainda insuficientes para a devida definição do objeto com absoluta segurança.

É interessante notar que a Lei 9.455/97 efetivamente descreve condutas que constituiriam tortura, não versando esta crítica sobre eventual impropriedade do conteúdo da norma, mas sim sobre sua insuficiência descritiva.

A título ilustrativo, veja-se três afirmações que são estritamente corretas: "A população nova-iorquina é superior a 2000 habitantes"; "As palavras filosofia e farmácia derivam ambas de palavras gregas que começam com a letra *pi*"; e "O homem é um bípede sem penas". Como foi dito, as três afirmações são absolutamente corretas, e, no entanto estão bem longe de precisarem algo, sendo, portanto errôneas em vários níveis apesar de sua correção. Pode-se dizer que nenhuma delas, embora verdadeira, consegue trazer à tona aquilo que tenta descrever. Será que de posse dessas afirmações corretas alguém pode ter formado uma idéia capaz de individualizar a população nova-iorquina, diferenciando-a de outras populações mundiais? Ou extrair um conceito de filosofia ou da arte farmacêutica? Ou, ainda pior, conhecer o homem em sua essência?[43]

Note-se que nas descrições típicas do art. 1.º da Lei de Tortura pode-se encaixar uma infinidade de condutas, cuja configuração ou não de tortura não se dá pela inadequação à dicção legal, mas sim por uma análise meramente subjetiva, orientada pelo bom (ou mau) senso do intérprete. É claro que algumas condutas induvidosamente configuradoras da prática de tortura enquadram-se perfeitamente nas tipificações da lei, mas há certos atos que podem ser perpetrados e caberem muito bem nas definições legais, sem que justifiquem a qualificação de um crime de tortura. Exemplificando: submeter uma pessoa a uma sessão de "pau de arara" com choques elétricos para obter uma confissão, certamente teria abrigo na moldura do art. 1.º, I, *a*, da Lei 9.455/97. Quem negaria que isso é uma forma de tortura? Há constrangimento, emprego de violência e sofrimento físico, bem como a satisfação do elemento subjetivo consistente no desejo do agente de obter uma confissão da vítima. Por outro lado, quando um Policial Militar desfere um tapa no rosto da vítima a fim de obter informação sobre seus dados qualificativos, os quais se negou a fornecer durante o registro de uma ocorrência, a conduta também apresenta adequação ao tipo penal, tanto quanto a primeira.

43. Exemplo ilustrativo inspirado na obra filosófica: Bruce V. FOLTZ, *Habitar a Terra*, p. 117.

Apresenta todos os elementos necessários: há o constrangimento, o emprego de violência, sofrimento físico (afinal de contas é somente nos versos da canção popular que "um tapinha não dói" (sic)) e até o elemento subjetivo de obter uma informação da vítima. Há adequação típica à figura do art. 1.º, I, *a*, da Lei 9.455/97. Mas há mesmo o crime de tortura? Ou seria mais adequado o reconhecimento de um mero Abuso de Autoridade, previsto pela Lei 4.898/65 em seus arts. 3.º, *i* e 4.º, *b*? Distinguir entre uma suposta adequação formal e outra material à lei não elide o fato de que a norma simplesmente não é capaz de individualizar ou determinar com segurança as condutas por ela abarcadas. Como já se disse alhures, a dicção da norma é correta, mas não possibilita ao intérprete um conhecimento seguro daquilo que pretende retratar.

A doutrina não deixou passar *in albis* as lacunas e atecnias da Lei 9.455/97, especialmente no que tange à deficiente definição da conduta típica do crime de tortura.[44] Efetivamente a descrição típica é muito genérica, criando o que se convencionou chamar de "tipo aberto", gerador de insegurança jurídica e infringente do princípio da legalidade (art. 5.º, II e XXXIX, CF e art. 1.º, CP).

Quando se afirma que a descrição genérica da Lei 9.455/97 infringe o princípio da legalidade, tem-se em consideração o conceito de "legalidade estrita" defendido pelo Garantismo Jurídico-Penal, de acordo com a formulação de Luigi Ferrajoli.[45] Isso porque poder-se-ia argumentar que a mera previsão legal, ainda que genérica, dependente de complementação pelo intérprete por processos os mais variados, poderia satisfazer o chamado princípio da legalidade, desde que visto sob um prisma amplo.

Realmente, o próprio Ferrajoli opera uma distinção entre o que denomina de "princípio da legalidade ampla ou de mera legalidade" e o "princípio da

44. Alberto Silva FRANCO, Tortura – Breves anotações sobre a Lei 9.455/97, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 19/56-72. Mauricio Antonio Ribeiro LOPES, As crianças, a tortura, as leis e as salsichas, *Boletim IBCCrim*, 54/3. Eduardo Luiz Santos CABETTE, *O Processo Penal e a defesa dos direitos e garantias individuais*, p. 123-124.

45. Direito e razão, passim.

legalidade estrita ou princípio de estrita legalidade". Para a satisfação do primeiro, não há necessidade de uma descrição semântica taxativa. Ao contrário, para obedecer ao "princípio de estrita legalidade" é imprescindível a taxatividade descritiva das condutas incriminadas. Em suma, a mera legalidade determina que ao juiz é dado apenas reconhecer como delito àquilo que é predeterminado pelo legislador como tal. Já para a legalidade estrita, não basta que haja uma previsão do legislador para que o juiz possa reconhecer uma conduta como criminosa. Mister se faz que o legislador obedeça criteriosamente "uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim" lhe prescreve "o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados 'verdadeiros' dos fatos processualmente comprovados".[46] Pode-se dizer que enquanto à mera legalidade basta a "conformidade formal às leis dos atos de produção normativa", à legalidade estrita, além da conformidade formal, exige-se uma "conformidade substancial às leis dos significados ou conteúdos das normas produzidas". Em suma, não basta que o legislador produza leis de acordo com o processo legislativo, mas é imprescindível que ele produza leis claras, taxativas, com descrições objetivas. É essa característica de determinação segura do conteúdo da lei penal que lhe empresta validade sob o aspecto "substancial".[47]

Ferrajoli atribui essa submissão ao princípio de estrita legalidade exclusivamente à lei penal. "Efetivamente, somente a lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não somente as formas, senão também, por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais, a substância ou os conteúdos dos atos que a ela se aplicam. Esta é a garantia estrutural que diferencia o Direito Penal no Estado 'de direito' do Direito Penal nos Estados simplesmente 'legais', nos quais o legislador é oni-

46. Ibid., p. 305.

47. Ibid., p. 305.

potente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei." Daí deflui um axioma proposto pelo autor: "*nulla poena, nullum crimen sine lege valida*".[48]

A lei penal só é válida no Estado de Direito quando obedece ao princípio de estrita legalidade. Outra não poderia ser a conclusão, principalmente conhecendo o fato de que a teoria de Ferrajoli não se constitui de postulados estanques ou independentes, mas de uma "teia" de princípios que se complementam, integram e inter-relacionam.[49] Sem a legalidade estrita seria inviável a efetividade de um outro princípio que norteia a teoria garantista, qual seja, o "princípio da jurisdicionariedade estrita", que consiste no entendimento de que também as manifestações judiciais e acusatórias devem ser fundamentadas de forma clara e taxativa, norteando-se necessariamente por leis que tenham essas características. Tanto na lei, como nas decisões judiciais e imputações deve-se evitar a "polissemia", o uso de termos imprecisos, vagos. "O uso de palavras equívocas e de juízo de valor na descrição dos fatos imputados e na realização das provas representa, melhor, uma técnica de esvaziamento das garantias penais e processuais por parte dos juízes, não menos difundida do que a adotada analogamente pelo legislador na formulação das leis. E pode produzir a dissolução total das garantias, quando a indeterminabilidade das denotações fáticas se combina com a das denotações jurídicas: como quando uma qualificação legal vaga e/ou valorativa e/ou concorrente com outras (...) é predicada de fatos ou situações expressos, por sua vez, por termos vagos e/ou valorativos, porque se referem a períodos ou condutas vitais, a contigüidades genéricas, a inclinações, a prognoses de periculosidade ou a outras valorações do próprio julgador".[50]

48. Ibid., p. 306.

49. Neste sentido: Antonio Magalhães GOMES FILHO, O 'Modelo Garantista' de Luigi Ferrajoli, *Boletim IBCCrim*, 58/6.

50. Ibid., p. 102.

No campo penal a fim de satisfazer todas essas condições necessárias ao reconhecimento de um Estado de Direito, só há espaço para o princípio da estrita legalidade. Olvidá-lo nessa seara, contentando-se com a mera legalidade, equivale à sua negação completa (do próprio "princípio da legalidade" em geral).

Há exemplos históricos desastrosos dessa negação absoluta acobertada por uma legalidade num sentido amplo:

Na Alemanha nazista uma lei datada de 28.06.1935 revogou o antigo art. 2.º do Código Penal de 1871, que abrigava o princípio da legalidade penal, instituindo a seguinte normativa: "será punido quem pratique um fato que a lei declare punível ou que seja merecedor de punição, segundo o conceito fundamental de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se, opondo-se ao fato, não houver qualquer lei penal de imediata aplicabilidade, o fato punir-se-á sobre a base daquela lei penal cujo conceito fundamental melhor se ajuste a ele". Outro exemplo pode ser encontrado no direito soviético nos anos seguintes à revolução. O Código da República Russa de 1922 previu no art. 6.º que seria crime toda "ação ou omissão socialmente perigosa, que ameace as bases do ordenamento soviético e a ordem jurídica estabelecida pelo regime dos operários e camponeses para o período de transição em prol da realização do comunismo". Chegou ainda a prever, em seu artigo 10, a analogia *in malam partem*: "em caso de ausência no Código Penal de normas específicas para cada um dos delitos, as penas ou medidas de defesa social se ajustarão aos artigos do Código Penal que contemplem delitos análogos por sua importância e qualidade".[51]

51. Ibid., p. 309, 310. Também mencionando o exemplo soviético, Zaffaroni e Pierangeli exemplificam com um caso real o curioso (ou trágico) uso que se fez da analogia: Tornou-se famosa uma sentença que, pretendendo condenar um camponês que realizara algumas circuncisões, e não encontrando tipificação legal adequada diretamente ao caso, acabou condenando-o por 'aborto analógico', fundamentando tal *decisum* no fato de que teria agido em condições anti-higiênicas, e que, assim sendo, se equiparava ao crime de aborto, igualmente perpetrado em condições anti-higiênicas! Ver: Eugenio Raúl ZAFFARONI, José Henrique PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro* – Parte Geral, p. 337.

Não há como pretender que a mera legalidade satisfaça a face garantista que legitima o Direito Penal enquanto inibidor de reações descontroladas e imprevisíveis (públicas ou privadas) face às condutas desviantes.[52]

Embora respeitando o entendimento daqueles que consideram que a "porosidade do conceito de tortura" teria sido extinta com a edição da Lei 9.455/97,[53] tal assertiva não parece corresponder à realidade. Na verdade, o tratamento da matéria não logrou uma definição satisfatória da conduta típica, deixando quase que na mesma situação anterior os operadores do direito e juristas. Mesmo com o advento da Lei 9.455/97, ainda tateamos uma definição do crime de tortura, ficando sua construção a cargo da doutrina e jurisprudência, que, com o tempo, poderão vir a formar uma noção mais segura a respeito do tema, através da análise dos casos concretos. É verdade que ao menos agora nosso ordenamento está dotado de uma lei que pune a prática da tortura, não mais permanecendo uma garantia constitucional a descoberto ou alijada da proteção

52. Paulo QUEIROZ, A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 27/143. 'Para Ferrajoli, que define o Direito Penal como uma 'técnica de definição, comprovação e repressão da desviação', o único fim que pode e deve perseguir, legitimamente o Estado, por meio da pena, é a prevenção geral negativa. Mas não apenas a prevenção de futuros delitos, como sói enfatizar as doutrinas utilitárias tradicionais. Em seu 'utilitarismo reformado', com efeito, Ferrajoli dá especial ênfase à prevenção de penas informais, isto é, à prevenção de possíveis reações públicas ou privadas arbitrárias, que podem resultar da ausência ou omissão do sistema penal. Assinala, assim, que a pena não serve só para prevenir os injustos delitos, senão também os castigos injustos; que não se ameaça com ela e se a impõe só *ne peccetur*, senão também *ne punietur*, que não tutela só a pessoa ofendida pelo delito, e sim também ao delinqüente, frente às reações informais, públicas ou privadas. Confere-lhe (ao Direito Penal), portanto, uma dupla função preventiva, ambas de signo negativo: prevenção de futuros delitos e prevenção de reações arbitrárias, partam do particular ou do próprio Estado. Privilegia, porém, seu modelo de justificação do Direito Penal, essa segunda função, que considera como 'fim fundamental da pena'. No mesmo sentido: Antonio Magalhães GOMES FILHO, O 'Modelo Garantista' de Luigi Ferrajoli, *Boletim IBCCrim*, 58/6. O autor esclarece que todos os princípios e axiomas garantistas enumerados por Ferrajoli 'são barreiras, obstáculos à utilização indiscriminada da punição, cuja transgressão torna ilegítima a sanção penal'.

53. Neste sentido: Rodrigo TERRA, Breves apontamentos sobre a Lei de Tortura (Lei 9.455/97), disponível em www.jusnavigandi.com.br, p. 3, em 17.04.2004.

necessária do ordenamento jurídico penal.[54] Mas isso não é o suficiente, pois a proteção fornecida é falha e sob dois aspectos extremamente relevantes e fatais:

Em primeiro lugar a tipificação fluida pode levar ao reconhecimento da inaplicabilidade da norma por infração ao princípio da legalidade, conforme acima mencionado ou, no mínimo, a uma aplicação abrandada devido a sérias dificuldades de caracterização da infração penal nos casos concretos, sempre com sérios prejuízos à sociedade e à dignidade das vítimas desses atos cruéis.[55]

Além disso, se for feita vista grossa à indefinição do tipo penal, deixando de lado princípios básicos do Direito Penal moderno e aplicando indiscriminadamente a legislação falhada como se nada houvesse de errado; todo o prejuízo seria creditado também à própria sociedade, à dignidade das pessoas, desta feita aquelas ocupantes do pólo passivo de um processo criminal originado de fontes que olvidam conquistas seculares.

Nada mais se poderia esperar, senão tal fracasso, de uma legislação, como tantas em nossa realidade, elaborada de forma açodada, motivada por episódios isolados e em meio a comoções públicas, conforme expõe João José Leal:

"A primeira observação crítica, que deve ser feita a essa norma repressiva, refere-se ao atropelo que, mais uma vez, marcou o processo de discussão e de votação de uma lei integrante desse subsistema punitivo marginal ao Código Penal. Embora existissem, há muito tempo, projetos em tramitação no Congresso Nacional, a verdade é que a Lei 9.455/97 foi discutida sumariamente e votada de forma acelerada, sob o impacto emocional causado pelo episódio da Favela Naval, em Diadema, no qual policiais militares constrangeram, espancaram inúmeras pessoas, abusaram da autoridade e causaram a morte de uma delas, durante uma blitze policial. Amplamente noticiado pelos meios de comunicação

54. Eduardo Luiz Santos CABETTE, *O Processo Penal e a defesa dos direitos e garantias individuais*, p. 124, 125.

55. Aliás, será que não é esse um dos fatores contribuintes para a parca aplicação da Lei de Tortura pela Justiça Penal Brasileira?

de massa, o fato causou enorme repercussão em todo o país e acabou motivando os congressistas a agilizarem o processo legislativo que culminou com a aprovação dessa lei".[56]

Portanto, a questão maior subjacente a toda essa crítica quanto à insuficiência do conceito legal trazido à cena pela Lei de Tortura é aquela que diz respeito a uma "cultura" jurídica que é freqüentemente influenciada por uma tendência à elaboração de normas meramente simbólicas em resposta a motivações de fatos isolados, da pressão da mídia, da chamada "opinião pública", de interesses eleitoreiros etc., mas tendo em último lugar (quando é que existe) o verdadeiro interesse social pelo "bem comum", essa expressão tão "gasta" e banalizada. A grande pergunta a ser formulada é: quando vamos nos libertar de um "Direito Penal Simbólico" que apenas simula solucionar os mais diversos problemas, inclusive aqueles que não dizem respeito à seara criminal, e ingressar numa fase de seriedade não somente científico jurídica, mas também político – social?

6. Formulando uma proposta

Talvez este trabalho não merecesse sequer o início se fosse resumir-se a uma série de críticas estéreis, apartadas de qualquer espécie de proposta construtiva ou reformadora de uma realidade apresentada como bem distante do ideal. Já prescrevia em tempos remotos o Abade Dinouart que "só se deve deixar de calar quando se tem algo a dizer que valha mais do que o silêncio".[57]

É com o intento de valorizar esta fala, a fim de que supere o ingente valor do silêncio, pois a máxima acima contém de longe mais credibilidade do que o dito popular que afirma que "é melhor falar besteira do que ser mudo" (sic), que se pretende esboçar uma opção de tipificação mais segura e objetiva do delito de

56. Op. cit., p. 166.

57. A arte de calar, p. 12.

tortura, de forma que melhor satisfaça a legalidade estrita e enseje inclusive uma maior efetividade em sua aplicação prática pelos operadores do direito.

Não é missão fácil tipificar de forma segura e objetiva o crime de tortura, considerando o inevitável caráter multifário que pode assumir o rol de condutas a serem abarcadas. Mas não é somente neste caso que o legislador poderá deparar-se com tal dificuldade, devendo sempre procurar um método que possibilite o máximo possível de segurança ao futuro intérprete da norma. Se não for possível uma descrição estrita e exaustiva, deve buscar meios de fornecer balizas que possibilitem uma orientação segura ao aplicador do Direito. "Ao definir os crimes, a lei deve abranger todas as situações que deseja alcançar, descrevendo-as do modo *mais claro possível*".[58] (grifo nosso).

O ideal para a descrição de condutas típicas consiste na formulação casuística, especificando as ações ou omissões consideradas criminosas. Ocorre que nem sempre isso é possível em face da natural inviabilidade prática de que o legislador venha a prever abstratamente todas as condutas passíveis de ocorrerem na vida real. Atente-se para o fato de que, por exemplo, se a lei precisasse prever, uma a uma, todas as condutas consistentes em homicídio qualificado, "precisaria de centenas de locuções que expressem cada um dos casos possíveis e, por mais que se esforçasse, não alcançaria todas, pois a imaginação humana e o avanço tecnológico cada vez criariam novas formas graves de agressões. Seria impossível listar todas as hipóteses possíveis".[59]

Em face dessa dificuldade seria sensato que houvesse uma conformação com a impunidade? Não. A obediência à legalidade, mesmo sob sua acepção estrita, não deve "engessar" o Direito Penal, subtraindo-lhe seu necessário dinamismo e eficácia. Defender a elaboração de normas claras não significa vedar o processo interpretativo que pode e deve dar vida ao Direito. Aliás, no campo da

58. Ney Moura TELES, *Direito Penal*, v. I, p. 148.

59. Ibid., p. 149.

hermenêutica, de há muito foi alijada a máxima que afirma que *in claris cessat interpretatio*".[60]

Esse percalço deve conduzir o arquiteto da lei a projetar a norma de modo a descrever o número máximo de casuísmos, encerrando-os com uma fórmula genérica, a qual, embora aberta, terá para sua interpretação, de ser cotejada com os casos especificados detalhadamente antes. Ou seja, a parcela aberta da norma não se encontra isolada e, por isso, disposta a qualquer encaixe, mas sim conectada a uma série de descrições que irão conformar um limite razoavelmente determinado às condutas que comporta em seu bojo.

Nada mais que isso é o que faz o Código Penal nos casos de homicídio qualificado: "seleciona uma ou mais situações concretas, descreve-as minuciosamente e, em seguida, manda, por meio de uma fórmula genérica, que todas as situações análogas àquelas sejam como as concretas consideradas". É o que se convencionou chamar de "interpretação analógica".[61]

A tortura é também um caso que comporta uma infinidade de condutas, as quais podem inclusive multiplicar-se devido à prodigiosa imaginação humana ou mesmo ao desenvolvimento tecnológico. Seria uma ingrata missão pretender prever exaustivamente um rol de condutas configuradoras do ilícito de tortura. Uma missão não só ingrata, como também inexeqüível. É obvio que nem por isso pode-se optar, simplesmente, por desprezar tal categoria de ilícito, deixando-a de fora do ordenamento jurídico-penal, mormente em face dos ditames explícitos da nossa Constituição Federal (art. 5.º, III e XLIII).[62]

60. Carlos MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 33. Segundo o autor trata-se de 'afirmativa sem nenhum valor científico' na atualidade. E com plena razão, pois o mero afirmar que uma dada norma é clara já consiste numa primeira interpretação dessa norma.

61. Ney Moura TELES, op. cit., p. 149.

62. Nesse ponto é interessante lembrar que há controvérsias na doutrina quanto à obrigatoriedade de criminalização de certas condutas devido às previsões constitucionais nesse sentido ou de sua expressa proteção, como é o caso da tortura, do terrorismo, dos crimes hediondos, da vida etc. Há entendimento quanto a essa obrigatoriedade quando um bem jurídico é constitucionalmen-

Mas qual o caminho a ser trilhado para que não haja omissão quanto à criminalização da tortura e, ao mesmo tempo, prevaleça o respeito à legalidade estrita sob um critério de razoabilidade?

A proposta é que seja adotado procedimento similar àquele acima mencionado nos casos dos homicídios qualificados, ou seja, descrições de diversas condutas imagináveis casuisticamente e de forma bem determinada, fechadas por uma fórmula genérica, cujo complemento seria dado pela interpretação analógica, tendo por balizas os casos expressamente previstos pela lei.

O que acontece hoje, com a Lei 9.455/97 é que apenas aquilo que poderia, quando muito, ser adotado como uma fórmula genérica é a única definição de tortura existente. Isso é insuficiente, pois o intérprete não tem nenhum critério fixo para decidir pela tipificação ou não de determinadas condutas no conteúdo descritivo fluido em vigor. As pessoas dessa forma permanecem reféns de subjetivismos, idiossincrasias e arbitrariedades incontroláveis, a prejudicarem potencialmente ora o indivíduo acusado da prática criminosa, ora o lesado por certas condutas, cuja tipificação fica ao sabor dos operadores do direito.

te tutelado e mais ainda quando a própria Carta Magna determina expressamente sua criminalização. Ver neste sentido: Mauricio Antonio Ribeiro LOPES, *Direito Penal, Estado e Constituição*, p. 115. De outra banda há posicionamentos quanto a tratar-se a normatização constitucional de um indicador do máximo permitido ao legislador para a defesa desses bens, mas não a imposição da seara penal necessariamente como único meio de proteção daqueles bens jurídicos. Sobre o tema disserta Janaína Paschoal, optando pela segunda orientação. Entretanto, não afasta a existência de 'um mínimo irrenunciável' a ser obrigatoriamente defendido pelo Direito Penal, como por exemplo, a vida. Apenas aduz que esse 'mínimo irrenunciável' não é pautado somente pelo fato de que certos bens jurídicos sejam tutelados constitucionalmente, mas por uma análise concreta da efetiva necessidade do apelo à *ultima ratio* do Direito Penal para a sua proteção (um critério substancial e não meramente formal). Toma-se a liberdade de afirmar que o caso da tortura pode ser elencado nesse 'mínimo irrenunciável' não por força somente da tutela Constitucional (em especial o art. 5.º, XLIII), mas por sua própria natureza a impor a repressão penal mais drástica dessas condutas, sob o risco de que a omissão ponha por terra os próprios fundamentos previstos no art. 1.º, II e III, CF, descaracterizando nosso almejado Estado Democrático de Direito. Ver para maior aprofundamento: Janaina Conceição PASCHOAL, *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*, passim.

E não constituiria uma tarefa tão difícil descrever uma boa gama de práticas consistentes em tortura, abarcando expressamente a grande maioria dos casos e servindo de norte à tipificação por interpretação analógica. Tanto que em parte já o fez o médico legista Carlos Delmonte, relacionando as seguintes práticas mais freqüentes de tortura: "1) pancadas, socos e golpes com objetos e sacos de areia, na cabeça, no dorso e genitais; 2) ameaças e humilhação; 3) aplicação de eletricidade em boca, orelhas, dorso, dedos, genitais, ânus e períneo; 4) venda nos olhos; 5) execução simulada; 6) testemunhar torturas; 7) asfixia por submersão ("submarino"); 8) isolamento por mais de 48 horas (confinamento); 9) restrição alimentar por mais de 48 horas; 10) restrição e impedimento de sono; 11) suspensão pelas mãos e pés em grandes dispositivos tipo roda ("bandeira") ou em paus-de-arara; 12) estupro e outras violências sexuais, incluindo mutilação genital; 13) suspensão ("crucificação"); 14) queimaduras com cigarros, óleos e objetos quentes e ácidos e similares; 15) pancadas nas solas dos pés com varas ou similares ("falanga"); 16) contenção com cordas ou similares; 17) golpes simultâneos nas orelhas ("telefone"); 18) posição ou atitude forçada por horas ou dias; 19) arremesso de fezes ou urina; 20) administração forçada de drogas ou fármacos; 21) tração nos cabelos; 22) aplicação subungueal de agulhas; 23) privação de água e oferecimento de água suja, com sal ou sabão; 24) extração forçada de dentes; 25) impedimentos ou embaraços à evacuação de fezes e de urina; 26) impedimentos de cuidados médicos; 27) espancamentos diversos".[63]

Tirante alguns ajustes (exclusões, inclusões, detalhamentos etc), seria um bom começo para um trabalho descritivo – exemplificativo de condutas que mereceriam a etiqueta de tortura, a serem posteriormente fechadas por uma fórmula genérica, na qual poderiam encaixar-se casos similares em gravidade e natureza olvidados pelo legislador.

63. A perícia na tortura, *Revista Justiça Penal*, 5/21.

Esta mesma técnica já foi utilizada pelo legislador brasileiro há muito tempo, além dos casos de homicídio qualificado, em situação bastante similar à da tortura, *mutatis mutandis*, para a tipificação pormenorizada da infração penal da "crueldade contra animais". Ora, as semelhanças são bem maiores do que se pode imaginar por uma análise perfunctória. Tirante os elementos subjetivos diferenciados e os indivíduos atingidos pelos atos cruéis, trata-se, em ambos os casos de infligir sofrimento atroz a seres sensientes,[64] conduta esta multiforme.

O estatuto jurídico de proteção dos animais é incomparavelmente menos desenvolvido que aquele reservado aos homens. No entanto, no que tange à questão enfocada, a legislação que regulamenta os maus tratos a animais, quanto à técnica do legislador, supera de longe a nossa Lei de Tortura, podendo servir de paradigma para uma eventual reforma.

A referência é feita ao art. 3.º do antigo Dec. 24.645, de 10.07.1934. Esse diploma "constitui – ainda hoje – um dos mais completos instrumentos jurídicos de defesa dos bichos",[65] elencando nos incisos do artigo sobredito nada menos do que trinta e uma condutas, afora seus desdobramentos, a configurarem maus tratos a animais. Essa velha normativa não foi revogada pelas leis ulteriores que trataram da matéria, servindo como elemento de integração ao elucidar o conteúdo de normas tais como a outrora contravenção de crueldade contra animais, prevista no art. 64 da Lei de Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688, de 03.10.1941), hoje erigida pela Lei Ambiental (Lei 9.605/98 – art. 32) à categoria de crime.[66]

64. Hoje, no âmbito da chamada 'Ecologia Profunda' e dos movimentos de defesa dos Direitos dos Animais, denuncia-se que o tratamento diferenciado (cultural, jurídico, social etc) aos atos cruéis perpetrados contra animais e humanos, consiste num injustificável 'antropocentrismo', de modo que no que se refere à capacidade de experimentar sofrimento, todos os seres sensíveis merecem o mais elevado respeito, sejam homens ou animais. Ver a respeito por todos: Peter SINGER, *Vida ética*, passim.

65. Laerte Fernando LEVAI, *Direito dos animais*, p. 40-41.

66. Ibid., p. 42-44.

De acordo com o exposto, verifica-se que a solução é possível e não só isso, tem sido tradicionalmente utilizada na elaboração de normas que apresentam dificuldades semelhantes em virtude da natureza multifária de seus objetos.

Destaque-se que a previsão de uma fórmula genérica final não constitui infração à legalidade e nem aplicação de analogia *in malam partem* no Direito Penal. Como já se disse, o Direito, em qualquer de seus ramos, deve ser dinâmico e jamais inflexível, sob pena de primar pela injustiça.

No campo penal, o excessivo apego à letra da lei motivado pelo temor do subjetivismo arbitrário, resultou em situações que beiram o ridículo, como no exemplo apresentado por Carlos Maximiliano quanto ao exagero que as luzes do século XVIII imprimiram em certos casos de interpretação apegada ao texto legal, visando extirpar a outrora atuação onipotente dos julgadores. Trata-se da restrição imposta ao termo "bigamia", chegando-se a deixar de punir alguém que contraíra três ou mais casamentos.[67]

O mesmo Maximiliano esclarece que o Direito Penal é infenso à analogia *in malam partem* dada sua característica restritiva das liberdades humanas.[68] Entretanto, não admite confusão entre analogia e interpretação extensiva, conforme passagem que se toma a liberdade de transcrever:

"Do exposto, já ficou evidente não ser lícito equiparar a analogia à interpretação extensiva. Embora se pareçam à primeira vista, divergem sob mais de um aspecto. A última se atém 'ao conhecimento de uma regra legal em sua particularidade em face de outro querer jurídico, ao passo que a primeira se ocupa com a semelhança entre duas questões de Direito'. Na analogia, há um pensamento fundamental em dois casos concretos; na interpretação é uma idéia estendida, dilatada, desenvolvida, até compreender outro fato abrangido pela mesma

67. Op. cit., p. 320. No mesmo sentido: Nelson HUNGRIA, Heleno FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, v. I, Tomo I, p. 93.

68. Op. cit., p. 322-323.

implicitamente. Uma submete duas hipóteses práticas à mesma regra legal; a outra, a analogia, desdobra um preceito de modo que se confunda com outro que lhe fica próximo.

A analogia ocupa-se com uma lacuna do Direito Positivo, com hipótese não prevista em dispositivo nenhum, e resolve esta por meio de soluções estabelecidas para casos afins; a interpretação extensiva completa a norma existente, trata de espécie já regulada pelo Código, enquadrada no sentido de um preceito explícito, embora não se compreenda na letra deste.

Os dois efeitos diferem, quanto aos pressupostos, ao fim e ao resultado: a analogia pressupõe falta de dispositivo expresso, a interpretação pressupõe a existência do mesmo; a primeira tem por escopo a pesquisa de uma idéia superior aplicável também ao caso não contemplado no texto; a segunda busca o sentido amplo de um preceito estabelecido; aquela de fato revela uma norma nova, esta apenas esclarece a antiga; numa o que se estende é o princípio; na outra, na interpretação, é a própria regra que se dilata".[69]

Embora a analogia *in malam partem* seja vedada no Direito Penal, não subsiste o mesmo impedimento à aplicação da interpretação extensiva,[70] a qual é admitida pela maioria dos doutrinadores, desde que utilizada *cum grano salis*,

69. Op. cit., p. 214-215.

70. Quanto à terminologia é importante salientar que há autores que diferenciam interpretação analógica e interpretação extensiva, reduzindo a primeira expressão aos casos em que a lei lista descrições casuísticas e depois apresenta uma fórmula genérica abrangente, como no caso dos homicídios qualificados. E atribuindo à segunda (interpretação extensiva) casos em que a lei usa uma expressão ou palavra cujo conteúdo não abarca certas situações, mas esta seria a vontade do legislador (*lex minus scripsit, plus voluit*). Outros estudiosos utilizam ambas expressões como sinônimas. Adeptos da primeira opção distintiva são v.g.: Nelson HUNGRIA, Heleno FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, v. I, Tomo I, p. 92-99. Flávio Augusto Monteiro de BARROS, *Direito Penal*, v. 1, p. 20. Julio Fabbrini MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, v. I, p. 52-53. Fernando CAPEZ, *Curso de Direito Penal*, v. 1, p. 35-36. Já na banda oposta, adeptos da sinonímia, encontram-se: Manoel Pedro PIMENTEL, *O crime e a pena na atualidade*, p. 56. Damásio Evangelista de JESUS, *Direito Penal*, v. 1, p. 52. José Frederico MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, v. I, p. 214-216. Francisco de Assis TOLEDO, *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 29. Fernando de Almeida PEDROSO, *Direito Penal*, p. 54.

excepcional e cuidadosamente, pois em regra as normas restritivas devem ser restritivamente interpretadas.[71]

No caso da tortura ou em qualquer outro em que se pretenda lançar mão da interpretação analógica ou extensiva, por meio do elenco de hipóteses casuísticas secundado por uma ou mais fórmulas genéricas, deve-se ter o máximo cuidado para não dar margem a ampliações indevidas. Ao intérprete caberá cingir-se à imprescindível semelhança, especialmente em grau de gravidade do atingimento do bem jurídico tutelado, com relação às condutas não expressamente previstas e eventualmente equiparadas. Outra não é a lição de Hungria ao asseverar que "toda vez que uma cláusula genérica se segue de uma fórmula casuística, deve entender-se que aquela somente compreende os casos 'análogos' aos destacados por esta, que, do contrário, seria inteiramente ociosa". Adverte ainda o autor que a abstração desse "elementar raciocínio" pode levar a uma "elasticidade inteiramente aberrante" do sentido da norma.[72]

Na verdade, conforme ensina Carlos Maximiliano, dificilmente uma hipótese extrema pode gerar bons resultados. Não se deve impor invariavelmente à interpretação no Direito Penal ou em qualquer ramo do Direito, uma orientação restritiva, ainda que se trate de normas incriminadoras. O meio termo freqüentemente representa um ponto de equilíbrio satisfatório: "procure-se, com os recursos da hermenêutica, apreender bem o espírito do dispositivo; não se vá além das expressões da lei; porém, aplique-se na íntegra tudo o que nas mesmas

71. Neste sentido: Ney Moura TELES, op. cit., p. 142-143. Nelson HUNGRIA, Heleno FRAGOSO, op. cit., p. 92-93. Fernando de Almeida PEDROSO, *Direito Penal*, p. 54. Francisco de Assis TOLEDO, *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 27-29. José Frederico MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, v. I, p. 215. Flávio Augusto Monteiro de BARROS, *Direito Penal*, v. I, p. 20. Julio Fabbrini MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, v. I, p. 52-53. Damásio Evangelista de JESUS, *Direito Penal*, v. 1, p. 52-53. René Ariel DOTTI, *Curso de Direito Penal* – Parte Geral, p. 248. Em sentido contrário, admitindo a interpretação extensiva ou analógica somente para os casos de benefício ao indivíduo, ver: Giuseppe BETTIOL, *Direito Penal*, p. 118-124.

72. Nelson HUNGRIA, Heleno FRAGOSO, op. cit., p. 97-99.

se contém; nada de mais, nem de menos". É a isso que o autor denomina "exegese extensiva por força de compreensão" ou "interpretação estrita", a qual oferece "menos margem a equívocos e divergências".[73]

Embora rejeitando, "em princípio" a interpretação extensiva na "inclusão de hipóteses punitivas", Zaffaroni e Pierangeli parecem também admitir um grau funcional de elasticidade às normas penais, ainda que incriminadoras, desde que não seja infringido "o limite máximo da resistência semântica da letra da lei, porque isso seria analogia".[74]

Por esses argumentos uma proposta de tipificação pormenorizada da tortura na forma acima delineada e tomando-se as cautelas devidas em sua operacionalização, apresenta-se como uma opção funcional e ensejadora de muito maior efetividade e segurança jurídica do que a atualmente apresentada pela Lei 9.455/97.

7. Conclusão

No decorrer deste trabalho foi demonstrado que a tortura nem sempre foi proscrita dos ordenamentos jurídicos e, muito menos, prevista como crime. Essa é uma realidade que abarca também a história brasileira, pois é recente uma preocupação mais acentuada com o problema da tortura.

Valdir Sznick, citando Dionísyos Spinelles, apresenta três estágios pelos quais vem passando o enfrentamento do problema da tortura:

a) Tortura Legal – quando a tortura era regulamentada e fiscalizada de acordo com preceitos legais que a permitiam em certos casos.

b) Tolerância Informal – a tortura é aplicada sem apoio legal, contando, porém com certa condescendência social.

73. Op. cit., p. 325.

74. Eugenio Raúl ZAFFARONI, José Henrique PIERANGELI, *Manual de Direito Penal Brasileiro* – Parte Geral, p. 176.

c) Período Proibitivo – apresentado como regra nos sistemas jurídicos atuais que aboliram e proibiram a tortura, inclusive chegando a incriminá-la em suas legislações (constituições e leis ordinárias).[75]

O Brasil encontra-se indubitavelmente no terceiro estágio, pois que a tortura é proscrita pela legislação, conforme dispositivos constitucionais (art. 5.º. III e XLIII, CF) e penais (Lei 9.455/97). Isso sob o ponto de vista formal é absolutamente verdadeiro, mas será que o é substancialmente? A tortura deixou de ser uma realidade em nossa sociedade? A tolerância informal deixou de existir? A Lei 9.455/97 tem sido devidamente aplicada? As respostas a essas perguntas são certamente negativas. Como adverte Carnelutti, "a tortura (...) desapareceu teoricamente do processo moderno. Diferente é a questão de se desapareceu também de sua prática".[76]

Deixando por ora de tratar de questões culturais, históricas, institucionais, políticas etc., que contribuem sobremaneira para a perpetuação da realidade indesejável da continuidade da tortura em nosso país, inobstante as regras legais existentes, cabe agora asseverar que um dos fatores que contribui de forma decisiva para a inoperância da Lei 9.455/97 é sua redação deficiente no que se refere à definição do delito de tortura. Juntamente com outros diversos fatores já arrolados, essa deficiência da técnica legislativa gera uma divergência abissal entre a previsão legal do crime (criminalização primária) e a efetiva aplicação da lei penal (criminalização secundária).[77] Por seu turno, tal ocorrência leva ao que os criminólogos denominam como o fenômeno da "cifra negra", ou seja, um grande número de condutas criminosas que são perpetradas e não são reprimidas pelas agências incumbidas da aplicação da lei penal, gerando sensação de impunidade e chegando a constituir um indicador de "descriminalização" (formal ou informal).[78]

75. *Comentários à Lei dos Crimes Hediondos*, p. 232-233.
76. Francesco CARNELUTTI, *Direito Processual Civil e Penal*, v. II, p. 186.
77. Alessandro BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 129.
78. Raúl CERVINI, *Os processos de descriminalização*, p. 182-197.

Isso decorre do fato de que os operadores do direito sofrem uma inibição para a aplicação da lei penal quando seus dispositivos são demasiadamente abertos, tornando-se por demais duvidosa a tipificação correta. Note-se que, em Direito Penal, prevalece, em caso de dúvida, o princípio do "favor rei".[79] A eliminação dessa inibição natural e sadia, ao contrário de solucionar a questão, feriria mortalmente direitos fundamentais atrelados à segurança operada pelo princípio da legalidade.

Dessa forma o único caminho viável é a reforma legal, visando uma tipificação mais consentânea com o princípio da legalidade e os modernos postulados garantistas, proporcionando segurança aos cidadãos e eficácia punitiva aos infratores da lei penal. Afinal, a ninguém deve parecer satisfatório que todo o percurso trilhado para a construção de um sistema que proscreve e incrimina a tortura, em atenção a direitos humanos fundamentais, torne-se "uma daquelas batalhas que se travam para que tudo fique na mesma", conforme as palavras desoladoras de Lampedusa.[80]

79. Neste sentido: Nelson HUNGRIA, Heleno FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, v. I, Tomo I, p. 94. "No caso de irredutível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio *in dúbio pro reo* (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal".

80. Giuseppe Tomasi di LAMPEDUSA, *O leopardo*, p. 52.

Técnicas forenses nos crimes de falsidade documental: perícias para determinação da contemporaneidade de tintas de caneta

Edson J. R. Justino

Engenheiro Eletricista (CEFET-PR, 1985). Mestre em Engenharia Elétrica e Informática Industrial com Ênfase em Automação Industrial (CEFET-PR, 1991). Doutor em Ciências com Ênfase em Análise e Reconhecimento de Documentos Manuscritos (PUCPR/ETS-Canadá, 2001). Professor Titular da PUC-PR.

Cinthia O. de A. Freitas

Engenheira Civil (UFPR, 1985). Mestre em Engenharia Elétrica e Informática Industrial com Ênfase em Computação Gráfica (CEFET-PR, 1991). Doutora em Ciências com Ênfase em Análise e Reconhecimento de Documentos Manuscritos (PUCPR/ETS-Canadá, 2001). Professora Titular da PUC-PR.

Luiz S. Oliveira

Bacharel em Informática (UNICEMP, 1995). Mestrado em Engenharia Elétrica e Informática Industrial (CEFET-PR, 1998). Doutorado em Engenharia da Produção Automática (ETS-Canadá, 2003). Professor Adjunto da PUC-PR.

Sumário: 1. Introdução – 2. Datagem de tintas em documentos: 2.1 Abordagem estática; 2.2 Abordagem dinâmica; 2.2.1 Métodos que medem o desaparecimento gradual do solvente contido na tinta aplicada ao papel; 2.2.2 Métodos que medem as mudanças na composição

dos elementos não voláteis da tinta aplicada ao papel; 2.2.3 Métodos que medem a extratibilidade da tinta em função da idade; 2.3 Cromatógrafos: GC e TLC – 2.4 Colheita de amostra para datagem de tinta em documentos manuscritos questionados – 3. Conclusão – 4. Referências bibliográficas.

Resumo: No âmbito dos processos judiciais a Documentoscopia, sub-área da Ciência Forense, possui um papel muitas vezes decisivo no esclarecimento de demandas envolvendo a análise de provas documentais apensas aos Autos. No contexto da documentoscopia, a determinação da contemporaneidade de tintas de canetas se destaca pela complexidade e limitações que envolvem os processos de análise. Uma análise pericial inadequada pode levar o juiz a uma interpretação incorreta dos fatos associados ao documento periciado. Este artigo tem por objetivo apresentar um estudo sobre o estado da arte na determinação da contemporaneidade de tintas de canetas esferográficas, apresentando as características e limitações dos métodos propostos. O artigo discute também a coleta de amostras para datagem de tinta em documentos manuscritos questionados.

Palavras-chave: Ciência forense – Criminalística – Análise de tintas de canetas – Contemporaneidade de tintas de canetas.

1. Introdução

No campo da Ciência Forense, mais especificamente na sub-área da Documentoscopia, a análise da contemporaneidade de tintas de canetas vem sendo objeto de intensos estudos científicos (Aginsky, 1998), (Cantu, 1996), (Bezhanishvili et al., 1990), (Brunelle e Lee, 1989) e (Stewart, 1985). A problemática associada a esse tema, no âmbito judiciário, não é recente. Em muitos casos, o processo de análise da contemporaneidade da tinta passa a ser um dos elementos decisivos no esclarecimento dos fatos associados a um documento questionado apenso aos Autos.

Como a demanda no Brasil, dos processos judiciais, pode levar vários anos, o tempo passa a ser um elemento decisivo na viabilização de uma perícia documentoscópica de contemporaneidade de tinta. Um dos elementos mais críticos envolvidos com o processo de envelhecimento de tintas é o tempo transcorrido entre a fixação da mesma no papel e o período da análise. Em muitos casos, a viabilização de uma perícia é perdida em decorrência do tempo de permanência do processo em julgamento.

Além do fator tempo, outros elementos decorrentes da degradação por manuseio e armazenamento inadequado do documento, como a degradação do papel (base), podem interferir significativamente no processo de análise. Os métodos para a determinação da contemporaneidade das tintas, em sua maioria, são sensíveis às alterações químicas do papel, onde a tinta foi aposta.

Outro fator relevante de análise encontra-se no tipo de tinta utilizada. Tanto no mercado brasileiro como em todo o mundo, existe uma infinidade de modelos de canetas, com os mais diversos tipos de tintas. Entre os mais utilizados na elaboração de documentos, encontram-se as de tinta a base de resina (conhecidas usualmente como esferográficas), as de tinta líquida (a base d'água) e as de tinta gel; confira os exemplos na Figura 1. Nesse artigo serão abordados somente os processos de análise de tintas a base de resina, por serem amplamente utilizadas.

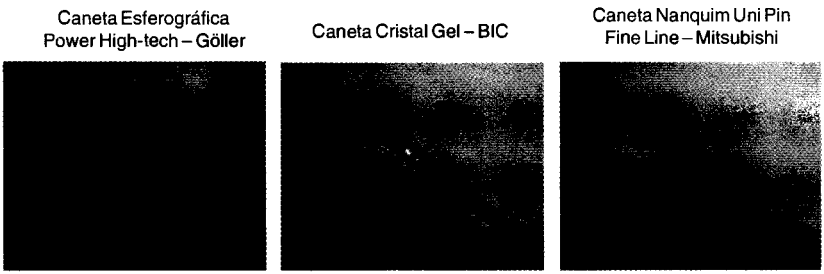


Figura 1: Exemplos de canetas e tintas: (a) caneta com tinta a base de resina; (b) caneta com tinta gel; (c) caneta com tinta líquida (a base d'água).

Nas canetas esferográficas, a base de resina, as tintas possuem uma consistência pastosa. Por esse motivo, tendem a apresentar algumas características em relação ao traçado, tais como:

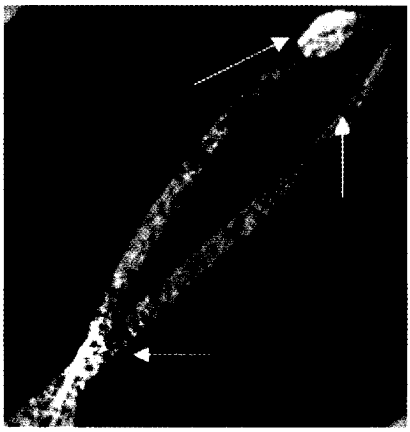
– sulcos ou estrias na direção do traçado,

– acúmulo de tinta nos pontos de mudança de direção do mesmo e

– visível sobreposição nos pontos de cruzamento, como apresentado na Figura 2a.

Por outro lado, as canetas com tinta a base de gel possuem uma consistência média, apresentam uma permeabilidade superior em relação às resinadas, fato que evita o aparecimento das estrias. No entanto, usualmente não apresentam traços com espessura regular, gerando uma textura desigual ou heterogênea no traçado, fato que depende da textura do papel utilizado como base. A Figura 2b exemplifica o traçado das canetas com tinta a base de gel.

E, finalmente, por apresentarem uma consistência líquida, as canetas com tinta a base d'água possuem uma característica de permeabilidade superior às anteriores, permitindo um traçado de espessura mais estável e com distribuição homogênea da tinta, gerando uma textura homogênea no traçado como mostrado na Figura 2c.



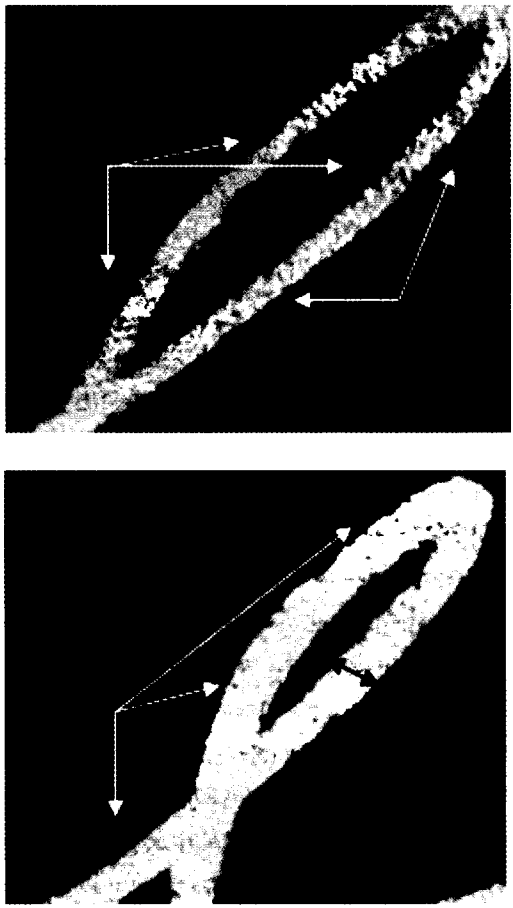


Figura 2: Traçado com canetas de tintas: (a) a base de resina; (b) a base de gel; (c) a base d'água.

2. Datagem de tintas em documentos

Existem duas abordagens químicas para determinar o envelhecimento ou a idade de uma tinta em documentos:

– *Abordagem estática*: determina e compara as características estáticas da composição da tinta questionada, com uma coletânea de modelos de tintas, das quais se conhece a data de fabricação;

– *Abordagem dinâmica*: determina as características dinâmicas ou de envelhecimento da tinta questionada (Cantu, 1995) e (Cantu, 1996).

2.1 Abordagem estática

A abordagem estática analisa componentes imutáveis da tinta, no decorrer do tempo. Quando o perito utiliza essa abordagem, o mesmo busca detectar e identificar uma marca ou *tags* (elementos óticos de brilho ou componente único) especialmente inserido na tinta pelo fabricante. Se a marca ou *tag* for detectada na tinta analisada e identificada nos arquivos de referência, o fabricante é contatado a fim de determinar a data inicial da produção da mesma. Esse mecanismo permite, por exemplo, estabelecer que a tinta questionada não estava disponível no mercado no período em que se alega ter sido preparado o documento.

Em 1975 muitos fabricantes americanos de tintas iniciaram a inserção das marcas ou *tags* em suas formulações. As marcas eram mudadas todos os anos a pedido da *ATF (Alcohol, Tabacco, and Firearms Laboratory)*, com o objetivo de permitir a determinação exata do ano de fabricação (Brunelle e Cantu, 1987). Em 1978, aproximadamente 50% de todas as tintas utilizadas em canetas, produzidas no território americano, foram marcadas. A partir de 1978, em função do grande influxo de produtos oriundos de outros países, houve uma elevada redução dessa prática. Atualmente, somente um pequeno conjunto de formulações (muitas produzidas antes de 1994) contém marcas ou *tags* (Aginsky, 1998).

Somente se a mesma marca ou *tag* tenha sido detectada em ambas as tintas, questionada e modelo de referência, sendo a última obtida na biblioteca de modelos, torna-se possível a identificação da formulação da tinta questionada, com 100% de certeza.

2.2 Abordagem dinâmica

A abordagem dinâmica mede as características de envelhecimento da tinta que são mutáveis no decorrer do tempo. Muitos métodos de datagem de tinta foram propostos nessa área e podem ser resumidos em três grandes grupos, a saber:

– Métodos que medem o desaparecimento gradual do solvente contido na tinta aplicada ao papel;

– Métodos que medem as mudanças na composição dos elementos não voláteis da tinta aplicadas ao papel;

– Métodos que medem a extratibilidade da tinta em função da idade.

Para se entender melhor as classes de métodos faz-se necessário conhecer os componentes básicos de uma tinta de caneta esferográfica. As tintas são formadas basicamente por dois elementos, a saber: (Aginsky, 1998)

– *Corante*, que pode ser formado por pigmentos ou tinturas;

– *Veículo*, que para as tintas esferográficas são compostos por dois ingredientes:

- *Solventes*, que são usados para dissolver ou dispersar os corantes;
- *Resinas*, que são usadas para engrossar as tintas.

Vários processos de envelhecimento ocorrem no momento em que a tinta é colocada sobre o papel, podendo-se citar:

– Alguns corantes se decompõem gradualmente, tornando-se escurecidos em função da oxidação provocada pelo contato com o ar (Aginsky, 1998), ou podem ir-se gradualmente apagando, cada vez que a tinta do papel for exposta à luz;

– As resinas iniciam o processo de enrijecimento logo após a tinta ter sido colocada sobre o papel (solidificação). O enrijecimento das resinas das tintas trata-se de um processo físico e químico complexo. Esse processo envolve a agregação de moléculas, polimerização e redução das distâncias intermoleculares, devido à evaporação do solvente;

– Os solventes evaporam com o tempo. A extensão da evaporação em baixa volatilidade nunca atinge 100% (Brunelle e Cantu, 1987). Uma pequena porção residual do solvente das tintas permanece na mesma. Isso ocorre em função da polimerização da resina, que impede que os solventes residuais, internos à tinta, tenham contato com o ar.

2.2.1 Métodos que medem o desaparecimento gradual do solvente contido na tinta aplicada ao papel

Stewart (Stewart, 1985) e Bezhanishvili (Bezhanishvili et al., 1990), apresentaram métodos, usando como instrumento um Cromatógrafo GC (*Gas Chomatrography*), para determinar a idade de algumas formulações de tintas de canetas esferográficas. Isto foi feito através da medida de parâmetros que mostra a variabilidade das proporções dos elementos voláteis da tinta de acordo com o envelhecimento da mesma.

A escala de evaporação dos componentes voláteis da tinta é máxima logo após a tinta ter sido transferida para o papel. Após um certo período de tempo, o mesmo apresenta uma queda. A medida de tempo é fortemente associada à formulação da tinta e o papel sobre o qual a tinta foi aplicada. Os pesquisadores avaliaram a aplicabilidade dos métodos medindo o gradual desaparecimento dos componentes voláteis das tintas, no decorrer do tempo. Os estudos demonstraram que, em geral, obtêm-se uma boa correlação de idade entre tintas, em períodos não superiores a seis meses, após ter sido aplicada ao papel.

2.2.2 Métodos que medem as mudanças na composição dos elementos não voláteis da tinta aplicada ao papel

Em 1989, Brunelle e Lee (Brunelle e Lee, 1989) apresentaram um trabalho sobre a medida da proporção de corante em tintas esferográficas. Eles as-

sumiram que a extratibilidade e o sutil desvanecimento ou decomposição dos corantes, observáveis através de um TLC (*Thin-Layer Chromatography*), são ambos fatores de determinação da idade da tinta. A conclusão é que os corantes apresentam variabilidades no decorrer do tempo e que são perceptíveis num período de 5 anos. No entanto, num processo de comparação devem ser utilizados padrões com a mesma formulação de tinta e papel.

Em 1993 Aginsky (Aginsky, 1993) descreveu um procedimento que estuda as mudanças nos elementos não voláteis e incolores dos componentes da tinta (a resina, por exemplo). O autor mostrou em termos de estabilidade, que em muitas tintas de canetas esferográficas, estes componentes possuem diferentes comportamentos. Também evidenciou no decorrer do tempo (com a mesma formulação) mudanças nas resinas de tintas em canetas de um mesmo fabricante. Essas diferenças são perceptíveis num período máximo de 3 anos, após o qual passam a apresentar o mesmo comportamento.

2.2.3 Métodos que medem a extratibilidade da tinta em função da idade

Dr. Antonio Cantu vem desenvolvendo excelentes trabalhos nessa área. Ele descreveu de forma completa os fundamentos para os métodos de determinação da extratibilidade de tintas esferográficas, em função da idade da mesma. O trabalho de Cantu estimulou várias pesquisas no campo da documentoscopia e química forense.

Em 1987, baseado nos resultados obtidos pelos estudos científicos realizados (Cantu, 1980) e (Cantu e Prough, 1987), dois novos métodos para datagem de tinta esferográfica aplicada ao papel foram introduzidos, a saber:

– *Método de extração por velocidade:* Nesse método um exemplar da tinta é retirada do papel utilizando-se um solvente fraco, e através de um Cromatógrafo TLC, é medida a concentração da tinta (corante) extraída, em determinados

períodos de tempo de extração. Quando a quantidade de corante extraída, contida no solvente fraco, são determinadas em duas ou mais amostras (questionada e modelo com datagem conhecida), é então possível comparar as velocidades. As velocidades de diluição se alteram com o envelhecimento da tinta aplicado ao papel;

– *Método estendido de extração (percentagem):*

Como no método anterior, nesse também uma amostra de tinta é retirada do papel através de um solvente fraco. Em seguida, a tinta é removida (seca) em um solvente forte. Então a quantidade de tinta extraída pelo primeiro solvente (fraco), pode ser expressa em percentagem de um total da tinta extraída entre primeiro (fraco) e o segundo solventes (forte). Os experimentos demonstraram que o percentual de extração decresce a medida em que a idade da tinta cresce. Também nesse caso, um modelo de datagem conhecida torna-se necessário.

À medida que a tinta da caneta esferográfica envelhece no papel, sua extratibilidade decresce devido aos processos físicos e químicos provocados pela polimerização da resina. Em outras palavras, a resina é o único componente da tinta cuja solubilidade muda (diminui) com o envelhecimento da tinta no papel. Os outros dois componentes (pigmento e solvente residual) são imersos na resina enrijecida pelo processo de envelhecimento. Portanto, ainda que a solubilidade em solvente fraco não se altere com a idade, a extratibilidade muda (diminui). Isto ocorre porque eles ficam mais difíceis de serem extraídos através de solventes fracos, por estarem imersos na resina enrijecida.

Vários pesquisadores têm mostrado que o método estendido se apresenta mais preciso que o método por velocidade. Os resultados produzidos por ambos os processos sofrem a influência do papel utilizado e da formulação da tinta. Outro aspecto relevante é a necessidade de se utilizar modelos, através de um processo de comparação, que possuam necessariamente as mesmas características.

Em 1994, Aginsky (Aginsky, 1994) descreveu um método de extração percentual, baseado na idéia do envelhecimento induzido apresentado por Cantu. Esse método não necessita de um modelo idêntico conhecido. O método é baseado em duas amostras do mesmo documento. Na primeira amostra é utilizada uma técnica baseada no método proposto por Cantu (Aginski, 1993). A diferença básica encontra-se no processo de envelhecimento induzido da segunda amostra. Esta amostra passa por um processo de aquecimento a fim de acelerar o processo de envelhecimento da tinta. Um coeficiente chamado de Coeficiente de Extratibilidade é calculado a partir das diferenças entre os valores de extratibilidade obtidas nas duas amostras. O procedimento completo é composto por cinco etapas, como segue:

– os componentes voláteis, da tinta colocada sobre o papel, são determinados através de um Cromatógrafo do tipo GC;

– duas amostras são retiradas do papel;

– uma das amostras sofre um processo de envelhecimento artificial, através de um processo de aquecimento moderado;

– o valor do percentual de extratibilidade (Coeficiente de Extratibilidade) é determinado através da diferença entre a amostra aquecida e a amostra não aquecida;

– o Coeficiente de Extratibilidade é comparado com valores de limiar (predeterminados por análises de amostras representativas de tintas de canetas esferográficas (diferentes fabricantes e modelos), com diferentes formulações em diferentes papéis), cujo objetivo é criar critérios quantitativos para estabelecer períodos de tempo dentro do qual a amostra questionada tenha sido elaborada, confira na Figura 3.

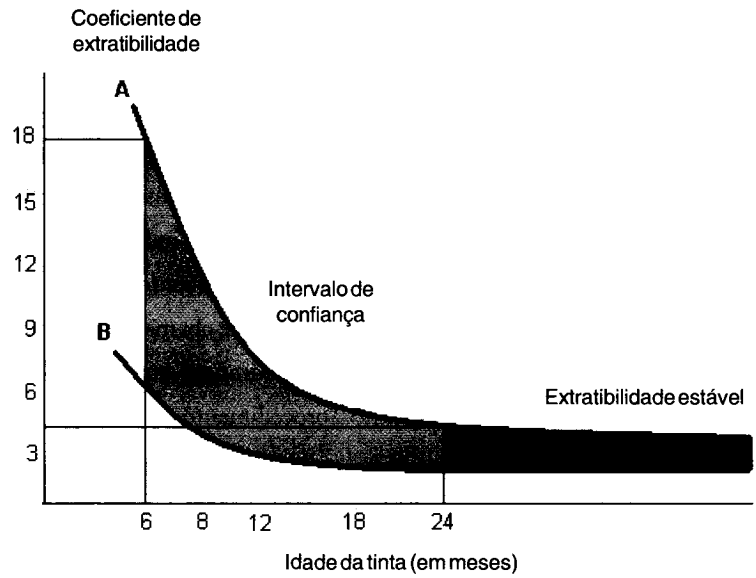


Figura 3: Curvas do comportamento da extratibilidade da tinta em função do tempo.

As curvas A e B na Figura 3 representam graficamente os limites de confiança superior e inferior do percentual de extratibilidade da idade da tinta, que pode ser obtida para todas as tintas usadas numa avaliação prévia (presentes no mercado). Portanto, o percentual de determinação da idade da tinta, de uma determinada caneta esferográfica, usualmente estará localizada entre as curvas A e B. O experimento executado por Aginsky (Aginsky, 1996), para a determinação das curvas-padrão, utilizou um conjunto de 50 canetas esferográficas, com diferentes formulações. A Figura 3 mostra os limites de confiança para aproximadamente 24 meses. A curva indica a possibilidade da continuidade da análise após 24 meses. Todavia, mesmo que a tinta possua um processo de envelhecimento lento, após os 24 meses, a escala de variação será tão pequena podendo provocar medidas incorretas. Esse comportamento pode ser observado através da estabilidade das curvas após 24 meses.

2.3 Cromatógrafos: GC e TLC

Este artigo menciona dois tipos de cromatógrafos utilizados pelos pesquisadores em estudos de datagem de tintas e, portanto, cabe fornecer algumas explicações básicas sobre estes equipamentos.

Cromatografia é um método de separação baseado nas diferenças de comportamento dos componentes químicos de uma mistura, estando dividindo em duas fases: uma fase móvel e uma fase estacionária para separar os componentes da mistura (UNIVERSITY OF ADELAIDE, 2005). As misturas possuem componentes desconhecidos e, portanto, precisam ser separados para serem identificados. Alguns métodos de separação podem ser citados: centrifugação, cristalização, destilação e filtragem.

Uma mistura pode ser separada usando as diferenças entre as propriedades físicas ou químicas dos componentes individuais da mesma. Como um exemplo didático pode-se citar o caso em que se despeja separar o espaguete da água do cozimento em um escorredor, o qual separa os dois componentes, devido ao fato de que a água (líquida) pode passar através do escorredor, mas o espaguete (sólido e contínuo) não pode. Esta separação tem por base os estados da matéria dos dois componentes (líquido e sólido). Porém, outras propriedades físicas que são úteis para separações são a densidade e o tamanho. E, ainda, algumas propriedades químicas que podem ser úteis em caso de separação de componentes são: a solubilidade, ponto de fervura e pressão do vapor.

O cromatógrafo tipo GC (*Gas Chomatrography*) é uma técnica cromatográfica que pode ser usada para separar compostos orgânicos voláteis. Um GC consiste em uma fase móvel (que flui) de um ponto de injeção para uma coluna da separação que contêm a fase estacionária através de um detector, como mostrado na Figura 4a. A Figura 4b mostra um GC tipo *Perkin-Elmer Autosystem*.

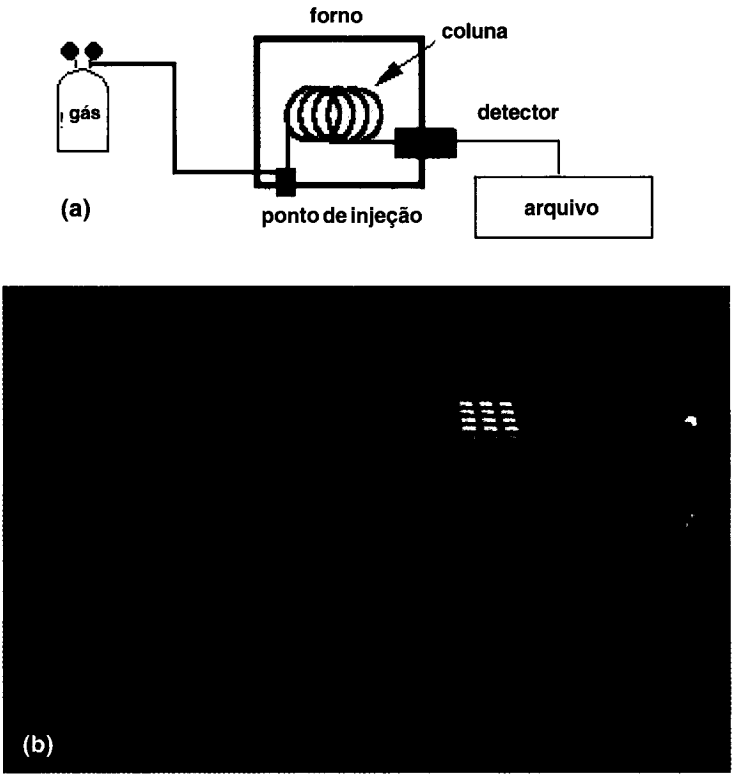


Figura 4: Cromatógrafo tipo GC: a) esquema de um GC e b) exemplo de um equipamento. Fonte: http://www.chemistry.adelaide.edu.au/external/soc-rel/content/gc.htm

O cromatógrafo tipo TLC (*Thin-Layer Chromatography*) é uma técnica cromatográfica que é útil para separar compostos orgânicos, como descrito por (Poole e Poole, 1994). Devido à simplicidade e a rapidez do TLC, este é usado freqüentemente para monitorar o progresso de reações orgânicas e verificar a pureza de produtos.

O TLC consiste em uma fase estacionária imobilizada em uma placa de vidro ou plástica, e em um solvente orgânico. A amostra (líquida ou dissolvida

em um solvente temporário) é depositada como uma mancha ou ponto na fase estacionária, como mostrado na Figura 5a. Deste modo, a borda inferior da placa é colocada em um reservatório com solvente, e o que se espera é que o solvente se mova para cima na placa através de sua ação capilar, como exemplificado na Figura 5b. Quando ocorre esta movimentação o solvente move-se até parar ou, se seja, até atingir a fase estacionária. Pode-se, assim, retirar a placa do reservatório com o solvente. Assim, os pontos separados são visualizados com luz ultravioleta, como apresentado na Figura 6, ou colocando a placa no vapor do iodo. A idéia do método é que componentes diferentes na mistura movem-se para cima na placa em taxas diferentes (velocidade e amplitude) devido às diferenças em seu comportamento segmentado em 2 fases (fase líquida móvel e a fase estacionária). Os constituintes de uma amostra podem, então, ser identificados comparando-se os padrões de comportamento de elementos conhecidos com o padrão do elemento desconhecido.

O TLC pode ser automatizado usando-se equipamentos que integram a parte química com a parte de análise. Assim, estes equipamentos podem gravar o cromatograma por absorção ou por espectografia fluorescente a partir de uma fonte luminosa, como mostrado na Figura 7.

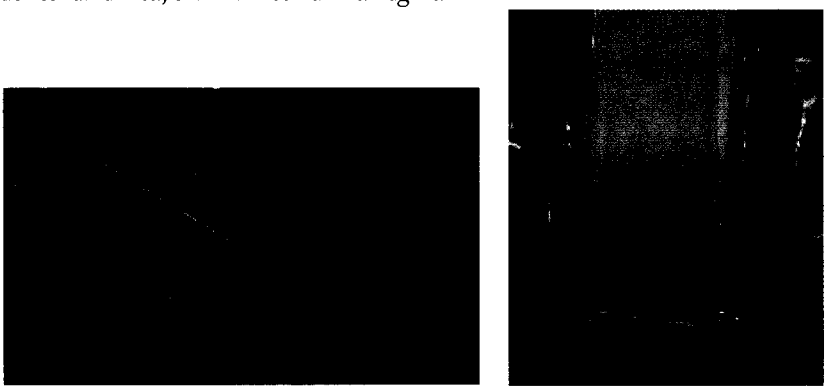


Figura 5: Cromatógrafo tipo TLC: a) colocação da mancha ou ponto da mistura a ser analisada e b) deslocamento da mistura (fase líquida móvel). Fonte: http://www.chemistry.adelaide.edu.au/external/soc-rel/content/tlc.htm

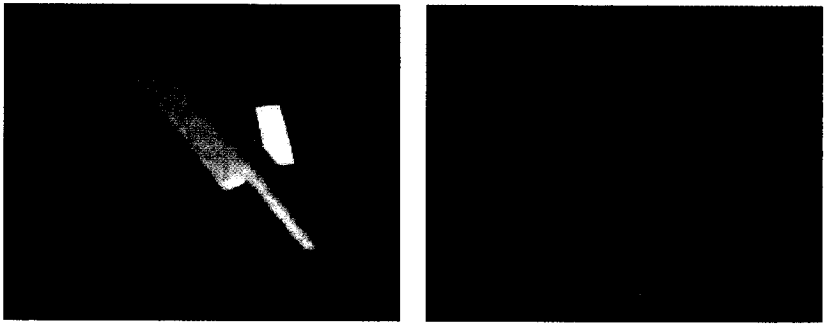


Figura 6: Cromatógrafo tipo TLC: a) equipamento para iluminação com luz ultravioleta e b) manchas observadas com luz ultravioleta. Fonte: http://orgchem.colorado.edu/hndbksupport/TLC/TLCprocedure.html

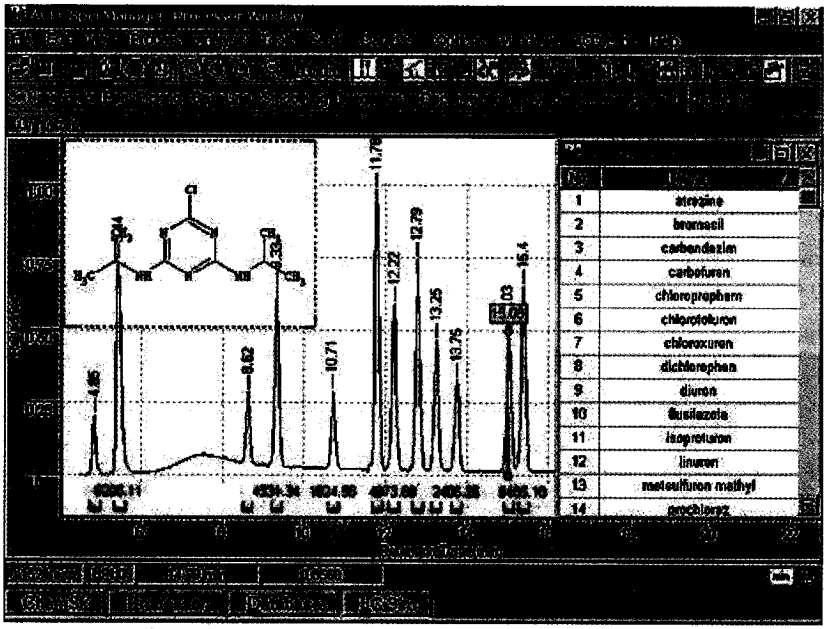


Figura 7: Cromatograma proveniente de cromatógrafo automatizado. Fonte: http://www.acdlabs.com/products/chrom_lab/chrom_manager/appl_db.html

2.4 Colheita de amostras para datagem de tinta em documentos manuscritos questionados

Ao se mencionar documento manuscrito se faz referência a qualquer produção gráfica do autor aposta em documentos os quais podem ser dos mais variados tipos, a saber: cheques bancários, notas promissórias, formulários, contratos, entre outros. Assim, estes documentos podem conter elementos grafados com caneta do tipo esferográfica, dentre os quais: textos, palavras, dígitos, assinaturas e rubricas.

Assim, a perícia pode necessitar relacionar a data do documento com a data em que, por exemplo, uma assinatura foi aposta neste mesmo documento. Portanto, o perito necessitará colher amostras dos materiais para as análises químicas. Estas análises são denominadas destrutivas, pois implicam na retirada de uma parte do documento que contém a tinta a ser analisada, como mostrado na Figura 8.

O inconveniente das análises químicas na datagem de tintas também já foi mencionada (Mendes, 2003). Este autor cita que na prática a aplicação de método de espectografia (equipamento tipo TLC) é inadequada, ou mesmo impossível, pois implica na destruição do documento.

Muitas vezes, a retirada da amostra leva consigo características grafoscópicas importantes da grafia do autor, as quais podem se fazer necessárias em uma grafoanálise. Como exemplos de características relevantes podem ser citadas laçadas, pontos de ataque e remate, sobreposição de traços, mínimos gráficos (Justino, 2002) (Oliveira et al., 2005).

Observa-se na Figura 8 que a retirada da amostra pode ser considerada inadequada não somente pelo fato de ser destrutiva, mas também, pelo fato de que a amostra retirada foi escolhida de forma não criteriosa. Pois, além de conter a tinta da caneta, contém parte do documento com tinta proveniente de carimbo. Este fato irá mascarar qualquer análise química realizada a partir da amostra,

pois o solvente poderá afetar não somente a tinta da caneta. Desta forma, o perito estará incorrendo em erro devido ao fato de que a análise química não fornecerá o resultado esperado, por dois motivos:

– pelo fato de que a datagem da tinta com base na data do documento, neste caso, permite estabelecer um espaço de tempo muito maior que 24 meses (além do que o documento está apenso em Autos do processo por mais de 10 anos) e

– pelo fato de que, caso fosse possível a datagem da tinta, a amostra foi retirada incorretamente (contendo mais de um tipo de tinta).

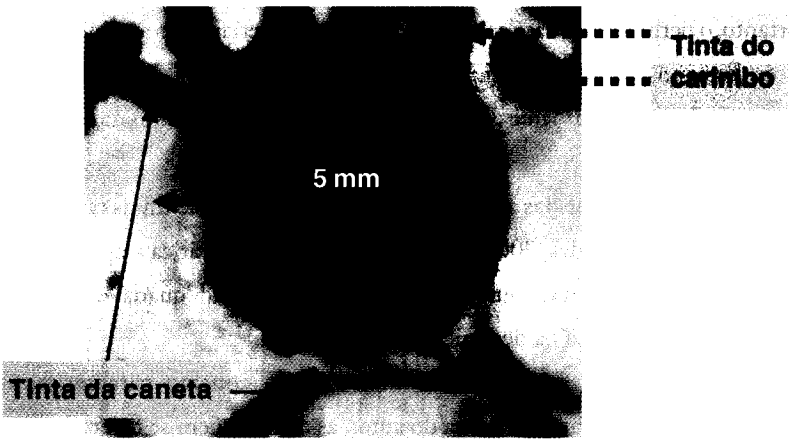


Figura 8: Coleta de amostra para datagem de tinta

3. Conclusão

Este artigo apresenta um estudo sobre o estado da arte na determinação da contemporaneidade de tintas de canetas esferográficas, apresentando as características e limitações dos métodos. Uma exposição de caso de colheita de

amostras para datagem de tinta em documento manuscrito questionado é descrita e analisada. E, assim, algumas conclusões relevantes podem ser apontadas.

Os métodos estáticos (uso de *tags*), necessitam de modelos com características idênticas (formulação da tinta e papel), o que sem o uso de uma base de dados de padrões conhecida e confiável torna-se uma mera especulação.

Os resultados apresentados pelos métodos dinâmicos demonstram que a polimerização das resinas contidas nas tintas de canetas esferográficas cessa num intervalo de tempo entre 8 a 12 meses, para tintas com envelhecimento rápido, e 24 meses, para tintas com envelhecimento lento, quando aplicadas ao papel. Após dois anos de envelhecimento, independente da formulação, as mesmas começam a apresentar percentuais de extratibilidade, em função do tempo (corantes ou solventes), incomensuráveis. Portanto, com a tecnologia atual, após um período de dois anos, o processo de datagem torna-se totalmente impreciso.

O artigo, finalmente, discute o inconveniente da colheita de amostras para efeito de datagem de tinta em documentos manuscritos questionados. Deste modo, conclui-se que além das análises químicas serem destrutivas, as mesmas podem auxiliar na elucidação da datagem de tintas no que se refere a canetas a base de resina (tipo esferográfica), desde que respeitado os limites de tempo, os procedimentos adequados de colheita das amostras e a realização das análises através de equipamentos tipo Cromatógrafo (tipo GC ou tipo TLC).

4. Referências bibliográficas

AGINSKY, V. N. Some new ideas for dating ballpoint inks: a feasibility study. *Journal of Forensic Sciences*, Vol. 38, n. 5, p. 1134-1150, 1993.

_____. A new version of the internal standard method in quantitative thin-layer chromatography. *Journal of Planar Chromatography*, Vol. 7, p. 309-314, 1994.

_____. Dating and characterizing writing, stamp pad and jet printer inks by gas chromatography/mass spectrometry. *International Journal of Forensic Document Examiners*, Vol. 2, n. 2, p. 103-115, 1996.

_____. Measuring ink extractability as a function of age: why the relative aging approach is unreliable and why it is more correct to measure ink volatile components than dyes. *International Journal of Forensic Document Examiners*, Vol. 4, n. 3, p. 214-230, 1998.

BEZHANISHVILI, G.S.; TROSMAN, E.A.; DALLAKIAN, P.B.; VOSKERCHIAN, G.P. Ballpoint ink age: a new approach. *12th Meeting of the International Association of Forensic Sciences*, 12, 1990, Australia.

BRUNELLE, R.L.; CANTU, A.A. A critical evaluation of current ink dating techniques. *Journal of Forensic Sciences*, Vol. 32, n. 6, p. 1522-1536, 1987.

BRUNELLE, R.L.; LEE, H. Determining the relative age of ballpoint ink using a single-solvent extraction, mass-independent approach, *Journal of Forensic Sciences*, Vol. 34, n. 5, p. 1166- 1182, 1989.

CANTU, A.A. On the relative aging of ink. *American Academy of Forensic Sciences and American Society of Questioned Document Examiners Annual Meetings*, 1980, USA.

_____. A sketch of analytical methods for document dating (Part I – the static approach: determining age independent analytical profiles). *International Journal of Forensic Document Examiners*, Vol. 1, n. 1, p. 40-51, 1995.

_____. A sketch of analytical methods for document dating (Part II – the dynamic approach: determining age dependent analytical profiles). *International Journal of Forensic Document Examiners*, Vol. 2, n. 3, p. 192-208, 1996.

CANTU, A.A.; PROUGH, R.S. On the relative aging of ink: the solvent extraction technique. *Journal of Forensic Sciences*, Vol. 32, n. 5, p. 1151-1174, 1987.

JUSTINO, E.J.R. A Análise de Documentos Questionados Auxiliada por Computador. PUCPR: Monografia apresentada como parte integrante do Concurso para Professor Titular da PUCPR, Curitiba, 2002. 127p.

MENDES, L.B. Documentoscopia. 2 ed. Campinas, SP: Millenium, 2003, 344p.

OLIVEIRA, L.; JUSTINO, E.J.R.; FREITAS, C.O.A.; SABOURIN, R. The graphology applied to signature verification. *12th Conference of the International Graphonomics Society* (IGS2005), 12, 2005, Salerno, Italy, p. 286-290.

POOLE, C.F., POOLE, S.K. Instrumental Thin-Layer Chromatography, *Anal. Chem.* n.*66*, 27A, 1994.

STEWART, L.F. Ballpoint Ink Age Determination by Volatile Component Comparison – A Preliminary Study. *Journal of Forensic Sciences*, Vol. 30, n. 2, p. 405-411, 1985.

UNIVERSITY OF ADELAIDE (2005). Chromatography. Department of Chemistry [Online]. Avaiable: http://www.chemistry.adelaide.edu.au/external/soc-rel/content/chromato.htm [20 mar. 2005].

4.1 Parecer

Crime de trânsito – Responsabilidade objetiva – Dolo eventual e culpa consciente

Sérgio Salomão Shecaira

Professor Associado de Direito Penal da USP. Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito Penal. Ex-Presidente e Conselheiro do IBCCRIM. Membro Diretivo do Conselho da *International Review of Penal Law*. Vice-Presidente do Instituto Manoel Pedro Pimentel. Membro da Academia Brasileira de Ciências Criminais.

Parecer

Carlos Alberto Pires Mendes, ilustre advogado militante no foro de São Paulo apresentou-me cópia integral da *AÇÃO PENAL* que o Ministério Público de São Paulo promove em face de D. S. S., processo de autos 04.15153-1, controle 493/04, em trâmite pela 2ª Vara do Júri do Foro Regional de Santana – SP, solicitando minha opinião sobre a eventual existência de fato diverso daquele tipificado na Denúncia oferecida pelo representante do *Parquet*, nos termos do ordenamento penal positivo brasileiro (Código Penal, art. 121, § 2.º, IV – artigo que estriba a exordial acusatória – e Código de Trânsito Brasileiro – art. 302).

Informa-me, ainda, que utilizará este parecer para instruir a defesa do referido processo criminal ou mesmo para embasar a impetração de uma Ordem de *habeas corpus* em favor do acusado visando ao trancamento da ação penal por falta de justa causa.

Por uma questão de método, exporei sucintamente os fatos principais que geraram a discussão, fixando em seguida os pontos controversos acerca dos quais sou consultado, em distintos tópicos, e, afinal, buscarei responder cada qual dos quesitos propostos, não sem antes fazer um breve escorço histórico e doutrinário sobre a temática proposta.

1. Dos fatos

A Inaugural acusatória, ao descrever a conduta praticada por D. S. S., vem assim vazada: "Segundo se logrou apurar, no dia dos fatos o ora denunciado utilizava-se de veículo com as características originais de motorização adulteradas para o sistema *turbo especial para competição*, o que elevava sua potência para 150 HP, conforme constatado pelo laudo pericial de fls. 93/124. Tal adulteração, da qual tinha o denunciado plena ciência, afetava a segurança e o funcionamento do veículo de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante. Dess'arte, ao conduzir seu veículo, preparado para corridas esportivas, pela via pública com (sic) se estivesse num autódromo, empregando velocidade excessiva e incompatível para o local, acabou por colidir contra o automóvel dirigido pela vítima, a qual, na ocasião, iniciava manobra de conversão que lhe (sic) permitida, assumindo o risco de produzir a morte desta."

Transcrita a parte essencial da Denúncia, as provas apuradas na fase inquisitiva estão a merecer uma leitura mais atenta, que não se afaste da realidade fática, e que possa permitir uma análise jurídica imparcial sobre os fatos constantes dos autos.

No dia 25.04.2004, por volta das 14:30 horas, na Avenida dos Direitos Humanos, altura do n. 867, no bairro do Imirim, houve um choque entre os veículos VW Gol, placa FJR 0550, conduzido pelo acusado, D. S. S., e o Subaru Legacy, placa BOP 6121, conduzido pela vítima, Eduardo Alexandre Gomes Gatto.

Segundo o Laudo Pericial (fls. 95), o tráfego de veículos na Avenida Direitos Humanos, processa-se "em duas mãos de direção, entre o centro e o bairro, sobre pista única, com semi-pistas separadas por área zebrada com tachas cravadas na pavimentação (sinalização horizontal)". Por não haver ilha separando as duas mãos de direção, a área zebrada com tachas cravadas na pavimentação é indicativa da proibição, naquele trecho, de qualquer conversão à esquerda. Segundo testemunhas, a vítima saiu da empresa de veículos Concessionária Absoluta, onde acabara de comprar o veículo Subaru Legacy fazendo uma conversão à esquerda. Segundo afirmou o Policial Militar Alex Gonçalves Viana, condutor e primeira testemunha do auto de prisão em flagrante, "em contato com populares, estes lhe informaram de que o veículo imp/Subaru Legacy, conduzido pela vítima, havia acabado de sair de uma concessionária, localizada a menos de 100 metros da colisão, e que ele estava com o carro na lateral direita da pista, sendo que veio a fazer uma conversão à esquerda, objetivando mudar de direção..." Deduz-se do narrado pelo Policial Militar que a vítima cruzou a pista de rolamento para fazer a conversão na área zebrada com tachas cravadas na pavimentação.

Ainda segundo o laudo, às fls. 95, "o trecho em tela não apresentava sinalização oficial de trânsito limitando velocidade, no entanto, pelas características, a avenida enfocada pode ser classificada como 'via arterial', onde a velocidade máxima permitida é de 60 km/h." Nos diversos depoimentos das várias testemunhas, não se logrou apurar a velocidade em que trafegava o acusado. Este, ao ser interrogado na delegacia, disse que em momento algum tinha a intenção de cometer algum tipo de homicídio, informando que estava a 70 ou 80 km/h. Estaria,

pois, em excesso de velocidade, considerando a via arterial por onde trafegava. Observe-se, ademais, que a perícia técnica (fls. 96) ao descrever os vestígios de frenagem, principal elemento para deduzir-se a velocidade de um determinado veículo, asseverou que "contudo, aqueles vestígios, não tinham condições de serem correlacionados aos veículos envolvidos, no acidente de que se trata, pelas suas descontinuidades de chegada, relativamente às rodas, tanto de um quanto de outro veículo." Mais adiante, às fls. 100, adendou que pela extensão dos danos causados nos veículos a velocidade do automóvel, conduzido pelo acusado, era formidável. Ou, nos exatos termos do Laudo: "Conclui-se, por conseguinte, que o causador do evento foi o condutor do Gol de placas FJR 0550-SP, pela acelerada, excessiva e incompatível velocidade imprimida ao veículo que dirigia, naquele instante e local."

Também é dos autos que o veículo dirigido pelo acusado dispunha de regulagem que permitia elevação de potência para 150 HP, através do sistema de turbo, ligado diretamente no coletor de escape de gases. Assim, o veículo VW Gol, originariamente com 95 HP, 1.800 cilindradas cúbicas, teve sua potência elevada em cerca de 50%.

A peça inaugural acusatória, com supedâneo no inconclusivo laudo pericial de fls. 93/124, menciona tão somente que o automóvel dirigido pelo acusado tinha sua potência elevada pelo sistema de turbo, e que seu condutor estava em velocidade excessiva e incompatível com o local, o que caracterizaria a figura do dolo eventual, razão pela qual a denúncia invoca o art. 121 do Estatuto Repressivo, na sua forma qualificada, por recurso – a velocidade – que dificultou a defesa da vítima.

2. Da consulta

Dois são os pontos sobre os quais meu pronunciamento é solicitado. Ambos dizem respeito à eventual prática de delito de homicídio qualificado por

parte do condutor do veículo. Sou indagado se é possível, ao menos em tese, a prática do delito na modalidade de dolo eventual, pelo simples fato de estar o acusado conduzindo seu veículo em excesso de velocidade. A segunda questão proposta é a de se saber, se nos termos em que veio vazada a Denúncia do Ministério Público, estar-se-ia diante de uma responsabilidade objetiva pelo resultado.

Expostas as questões, objetiva e sucintamente, passo a respondê-las:

3. Das respostas apresentadas

a) Notas introdutórias sobre o dolo eventual e a culpa consciente.

Questão das mais tormentosas é estabelecer a diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente, pois estes institutos referem-se à natureza do elemento volitivo. Muito se tem discutido ultimamente sobre a questão. É necessário, portanto, e em primeiro lugar, distinguir a conduta dolosa da conduta culposa. Na primeira há a vontade de realizar o tipo penal e na segunda há uma "conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia com a devida atenção, ser evitado."[1]

É difícil demonstrar a estreita diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente, respectivas modalidades do gênero dolo e culpa, porque estas condutas são muito próximas. "A diferença entre condutas com culpa consciente e com dolo eventual é muito tênue, situando-se exclusivamente no interior da psique humana, na aceitação, ou não, do resultado, uma atitude puramente interna."[2] O que se verifica, portanto, é a existência de um traço característico comum ao dolo eventual e à culpa consciente. Nesses dois institutos há previsão de que o resultado antijurídico possa ocorrer.

1. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 1997, p. 141.

2. TELES, Ney Moura. *Direito Penal*: parte geral I. São Paulo: Direito, 1996, p. 234.

Crime de trânsito – Responsabilidade objetiva

A mídia nos dá, quase que diariamente, informações sobre pessoas em estado de embriaguez, ou participando de rachas que causam morte em pessoas inocentes. Em razão do elevado número de casos semelhantes, os jornais passaram a exigir punições mais duras o que acabou fazendo com que os juristas fizessem uma re-interpretação dogmática dos dois institutos. Com muita propriedade, Alexandre Wunderlich destacou o absurdo jurídico de se confundir duas figuras que, embora próximas, têm suas distinções pronunciadas. Para ele, "o dolo eventual nos crimes de trânsito é uma ficção jurídica utilizada fantasiosamente para compensar uma legislação inadequada e, assim, atender aos reclamos da mídia. Diga-se, ainda, que serve para acabar com aquilo que a mídia (odiosa imprensa leiga) e os profetas dos 'movimentos', mais das vezes emulados pela mesquinhez de ideologias 'baratas', classificam de impunidade. Mas não se diga que, com base na teoria do delito existe fundamento jurídico plausível e consolidado sobre a demarcação do conceito de dolo eventual, mormente, no sentido amplo, chegando a cogitar-se que o agente consinta com seu possível suicídio".[3]

A questão não é tão simples como parece, na arguta observação do Ilustre Promotor de Justiça, Rogério Greco, quando fala do uso do álcool no volante: "Nem todos os casos em que houver a fórmula embriaguez + velocidade excessiva haverá dolo eventual. Não se pode partir do princípio de que todos aqueles que dirigem embriagados e com velocidade excessiva não se importem de causar a morte ou mesmo lesões em outras pessoas."[4]

Nunca é demais lembrar que nos presentes autos não se menciona ter sido o delito praticado em meio a qualquer competição não autorizada (racha) ou em estado de embriaguez ao volante. A única imputação é uma genérica – posto que não amparada por perícia técnica conclusiva – velocidade excessiva e incompa-

3. WUNDERLICH, Alexandre. Dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada, *Revista dos Tribunais*, v. 754, ago. 1998.

4. GRECO, Rogério. *Direito Penal*, v. I. Belo Horizonte: Cultura, 1998, p. 180.

tível para o local. Se mesmo onde há o efetivo reconhecimento da embriaguez ao volante ou do racha já há dúvidas quanto à acolhida do dolo eventual, o que se dirá de um simples excesso de velocidade? Será que nossa cidade, que reconhecidamente tem dezenas de mortes no trânsito por ano, estaria infestada de facínoras com evidentes intuitos homicidas?

Não se justifica, como bem observa o Ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Dr. Carlos Biasotti, que, para atender aos reclamos da mídia, possa se "alterar a estrutura típica do delito; bastara aplicar ao infrator a pena segundo sua culpabilidade (que a pena, conforme o brocardo, deve corresponder à culpa, medindo-se pelo delito): se maior a marca da censurabilidade do procedimento do acusado, máxima houvera de ser sua reprimenda penal; se a conduta do réu for extremamente censurável, aplica-se a pena máxima do delito culposo, não se falando, nesse caso, em dolo eventual..."[5]

Assim, necessário se faz, para uma abordagem mais precisa do tema, que façamos a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, tanto na doutrina estrangeira como na nacional. É o que faremos a seguir.

b) Dolo eventual e culpa consciente

A doutrina, de forma incisiva, diferencia o dolo eventual da culpa consciente. Na realidade, dentre as classes de dolo podemos citar outras classificações que contemplam, ao lado do dolo direto e do indireto (eventual), o dolo de conseqüências necessárias.

É direto o dolo em que o agente, consciente plenamente do fato que quer realizar, por sua vontade o realiza.

O dolo de conseqüências necessárias é aquele que, ainda que não se tenha vontade plena de atingir determinado objetivo ao realizar a conduta, tem-se como certa e irremediável a ocorrência de um resultado, inicialmente não pretendido.

5. BIASOTTI, Carlos. Morte no trânsito: homicídio doloso? *Temas atuais de advocacia criminal.* São Paulo: Etna, 1996, p. 103.

Um exemplo, citado por Jiménez de Asúa, pode aclarar tal conduta. Um anarquista quer dar morte a um monarca detestável, que sempre viaja com seu secretário particular. Coloca uma bomba de grande calibre para matá-lo. Ela destrói o automóvel do monarca, matando-o e também ao secretário. A morte do motorista que dirige o veículo e do secretário, ainda que não queridas pelo anarquista, são necessárias para produção do resultado morte do monarca. Trata-se de um dolo de conseqüências necessárias.[6]

A terceira modalidade de dolo é a indireta ou eventual. Para nossa lei ocorre o dolo eventual quando o "agente assume o risco de produzir o resultado" (art. 18, I, última figura do Código Penal). Podemos citar, basicamente, três teorias tradicionais sobre o tema. Pela teoria da *probabilidade*, devida a Sauer, existe dolo eventual quando ao agente se representa o resultado como provável. Para Mayer, mentor da teoria do *sentimento*, diz-se que há dolo eventual quando o sujeito tem um sentimento de indiferença com o resultado que se apresenta ao autor. Para Frank, defensor da teoria do *consentimento*, haverá dolo eventual quando ao agente se representa o resultado e ele o aceita.

Enrique Bacigalupo esclarece que a teoria com menos objeções é aquela que estima o dolo eventual quando o autor "toma seriamente em conta a possibilidade de lesão do bem jurídico, isto é, conta com ela e se conforma com a mesma".[7] Na esteira dessa idéia, que busca uma combinação de distintos princípios, podemos ver o pensamento de Claus Roxin, citando Schroeder: "o dolo eventual se dá quando o sujeito considera possível e aprova a realização do tipo, o considera provável e o afronta com indiferença."[8]. Com igual projeção disserta Quintero Olivares ao dizer que o dolo eventual "constata uma consciência da

6. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Princípios de Derecho Penal.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 366.

7. BACIGALUPO, Enrique. *Princípios de Derecho Penal*, 3 ed. Madrid: Akal, 1994, p. 136/7.

8. ROXIN, Claus. *Derecho Penal:* parte general. Madrid: Civitas, 1997, item 48.

possibilidade de um resultado como provável, em que pese tenha o autor atuado consentido-o ou sendo indiferente à produção de tal resultado."[9]

De forma alguma dissentindo dos pensamentos anteriores, a doutrina pátria, especialmente aquela que discorre sobre os crimes de trânsito tipificados na Lei 9.503/97, assentou que "A teoria da aceitação do risco, atualmente bastante acolhida, afirma que, para a configuração do dolo eventual, o agente, ao atuar, além de representar mentalmente a concreta possibilidade da realização do resultado, deve ter a consciência ou conhecimento da aceitação do risco de produzir o resultado lesivo. Portanto, se o sujeito representa a possibilidade do resultado lesivo e confia em sua não-verificação, configurada estará a culpa consciente ou com previsão, e não o dolo eventual."[10]

Como se vê das idéias acima expendidas, fazendo convergir diferentes teorias explicativas acerca do dolo eventual, os dois elementos intrínsecos ao dolo são também encontráveis no dolo eventual. Assim, ainda que se tenha uma intenção e uma vontade indiretas não se pode prescindir dos elementos cognitivo e volitivo. O dolo eventual, antes de ser eventual, é dolo! E como tal deve ser entendido. "O dolo eventual se integra assim pela *vontade* de realização concernente à ação típica (elemento volitivo do injusto da ação), pela *consideração séria do risco de produção do resultado* (fator intelectual do injusto da ação), e, em terceiro lugar, pelo *conformar-se com a produção do resultado típico* como fator da culpabilidade."[11] (grifo nosso).

Também a doutrina e a jurisprudência italianas, de forma quase unânime, vinculam a existência do dolo eventual à vontade do agente. Antonio Pagliaro afirma que "o dolo é indireto quando a vontade do agente não se dirige direta-

9. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de derecho penal:* parte general (acorde con el nuevo Código Penal de 1995). Barcelona: Cedecs, 1996, p. 292.

10. PIRES, Ariosvaldo de Campos & SALES, Sheila Jorge Selim de. *Crimes de Trânsito.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 89.

11. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal:* parte general. Granada: Comares, 1993, p. 270.

mente para o evento típico, mas o abraça como conseqüência necessária da conduta." E arremata: "o evento é querido, ainda que de um modo diverso de como é querido um evento diretamente intencional."[12] Fiandaca e Musco, autores da Universidade de Bolonha, têm igual pensamento: "A aceitação do risco se aproxima, em sede de valoração penalística, à verdadeira e própria volição do fato. E isto porque a aceitação do risco não se limita a uma aceitação do perigo enquanto tal, mas se traduz ao fim de uma aceitação do próprio evento lesivo que pode verificar-se; em outros termos, o sujeito, decidindo agir ao custo de provocar o evento, acaba consentindo com o próprio evento."[13] Concorde com tal pensamento a jurisprudência do Tribunal Superior Italiano para quem: "O dolo eventual não é uma ficção jurídica, mas corresponde a uma realidade psicológica que assimila do dolo direto ou intencional a vinculação de que, sendo representadas as possíveis e ulteriores conseqüências da própria ação criminosa, continua a agir a custo de provocá-lo, aceitando o risco e transferindo à razão da vontade que era só uma previsão." (Cass. pen., sez. I de 23.09.1980, n. 9.699, Milão).[14]

A teoria do dolo eventual deve manejar-se com sumo cuidado porque dela se diferencia a culpa consciente. A análise de seus elementos distintivos requer por parte do juiz um exame das representações e dos motivos que atuaram sobre a psique do sujeito, obrigando ao intérprete e aplicador da lei a investigação dos mais recônditos elementos da alma humana. "Do dolo eventual se distingue a culpa consciente, na qual o réu age com a certeza que o evento previsto como possível não se realizará. Desta situação não se pode imputar ao agente ter querido o resultado, mas tão somente de ter-se comportado com imprudência: daí sua responsabilidade por culpa e não por dolo".[15]

12. PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale*, 5 ed. Milão: Giuffrè, 1996, p. 276.
13. FIANDACA, Giovani & MUSCO, Enzo. *Diritto Penale*: parte generale, 3 ed. Bolonha: Zanichelli, 1995, p. 323.
14. ABATE, Mario. *Il codice penale*. Piacenza: La tribuna, 1990, p. 331.
15. ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*, 30 ed. Milão: Giuffrè, 1994, p. 345.

Embora o dolo eventual guarde certa similitude com a culpa consciente, há pontos de dessemelhança importantes. "Em ambos há a previsão do resultado antijurídico. Só que enquanto no dolo eventual o agente empresta anuência à realização do resultado, preferindo prosseguir na ação, embora se arriscando a produzi-lo, na culpa consciente o agente não aceita a realização do evento: repele mentalmente o resultado previsto, agindo na esperança ou na persuasão de que o evento não irá verificar-se. Na culpa consciente há uma previsão negativa. O evento não se verificará. No dolo eventual, uma previsão positiva: é possível que se verifique o evento."[16] Na culpa consciente o que ocorre é um erro de cálculo, decorrente de uma falsa representação. No dolo eventual a decisão de agir é permeada pela vontade; uma decisão da vontade diante do evento previsto como possível e provável, ainda que indiferente.

Nesse mesmo sentido a visão insuperável de Heleno Fragoso: "O dolo eventual aproxima-se da culpa consciente e dela se distingue porque nesta o agente, embora prevendo o resultado como possível ou provável, não o aceita nem consente. Não basta, portanto, a dúvida, ou seja, a incerteza a respeito de certo evento, sem implicação de natureza volitiva. O dolo eventual põe-se na perspectiva da vontade, e não da representação, pois esta última pode conduzir também a culpa consciente."[17]

Nelson Hungria, com a responsabilidade daquele que foi o principal responsável pelo Código Penal de 1940, marca a divisão correta entre o dolo eventual e culpa consciente: "Um motorista, dirigindo o seu carro em grande velocidade, já em atraso para atender ao compromisso de um encontro amoroso, divisa à sua frente um transeunte, que, à aproximação do veículo, fica atarantado e vacilante, sendo atropelado e morto. Evidentemente, o motorista previu a possibi-

16. COSTA JR., Paulo José. *Direito Penal Objetivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 47.

17. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 173.

lidade do evento; mas, deixando de reduzir ou anulando a marcha do carro, teria aceito o risco de matar o transeunte, ou confiou em que este se desviasse a tempo de não ser alcançado? Na dúvida, a solução não pode ser outra senão do reconhecimento de um homicídio culposo (culpa consciente)."[18]

Eugenio Raúl Zaffaroni, Ministro da Suprema Corte da Argentina e José Henrique Pierangeli, Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, fazem a exata distinção entre o dolo eventual, conduta pautada pela vontade, e as duas modalidades de culpa (com e sem representação): "Chama-se culpa com representação, ou culpa consciente, aquela em que o sujeito ativo representou para si a possibilidade da produção do resultado, embora a tenha rejeitado, na crença de que, chegado o momento, poderá evitá-lo ou simplesmente ele não ocorrerá. Este é o limite entre a culpa consciente e o dolo eventual. Aqui há um conhecimento efetivo do perigo que correm os bens jurídicos, que não se deve confundir com a aceitação da possibilidade de produção do resultado, que é uma questão relacionada ao aspecto volitivo e não ao cognoscitivo, e que caracteriza o dolo eventual. Na culpa com representação a única coisa que se conhece efetivamente é o perigo. Na culpa inconsciente, ou culpa sem representação, não há um conhecimento efetivo do perigo que, com a conduta, se acarreta aos bens jurídicos, porque se trata da hipótese em que o sujeito podia e devia representar-se a possibilidade de produção do resultado e, no entanto, não o fez. Nestes casos há apenas um conhecimento 'potencial' do perigo aos bens jurídicos alheios. Se tomarmos como exemplo a conduta de quem conduz um veículo automotor em excesso de velocidade, por uma rua percorrida por crianças que saem da escola, ele pode não representar-se a possibilidade de atropelar alguma criança, caso em que haverá culpa inconsciente ou sem representação; pode representar-se a possibilidade lesiva, mas confiar em que a evitará, contando com os freios potentes de seu veí-

18. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1., T. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 115.

culo e sua perícia ao volante, caso em que haverá culpa consciente ou culpa com representação. Por outro lado, se, ao representar para si a possibilidade de produção do resultado, aceita a sua ocorrência ('pouco me importa!'), o caso seria de dolo eventual."[19]

Pelo exposto, questionável no caso em tela até mesmo a culpa consciente; o que então se dirá do dolo eventual?

Ressalte-se, outrossim, que a moderna teoria do crime, que busca na doutrina finalista sua principal fonte de inspiração, pressupõe a ocorrência de um ato teleológico voltado à realização do tipo penal em momento antecedente à prática dos atos executórios.

Ainda que o agente do delito reconheça o perigo de sua ação ele não crê que possa causar nenhum dano concreto, pois ele confia em impedir a ocorrência de um resultado, por quaisquer motivos que sejam. "Se se aceitam estas afirmações, não parece possível, na generalidade dos casos, falar de dolo eventual com respeito ao resultado."[20]

A inexistência de motivo e de vontade para o reconhecimento do dolo eventual nos crimes de trânsito justifica uma punição apenas a título de culpa. Jiménez de Asúa, em sua já citada obra, exemplifica com um delito automobilístico em que um homem dirige em grande velocidade seu carro e entra em ruas apinhadas de pessoas vindo a atropelar alguém por confiar sinceramente que sua perícia vá impedir a ocorrência de um resultado lesivo. Quando um pedestre é atropelado e morre, o agente deve ser condenado por culpa com representação por que causou o fato sem ratificá-lo; ao contrário, com esperança de que sua perícia ou felicidade lograria impedir o resultado lesivo.[21]

19. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral, 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 492.

20. GOMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción:* bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, 3 ed. Barcelona: Bosh, 1998, p. 155/6.

21. Op. cit., p. 367/8.

Assim, podemos perceber que andar em excesso de velocidade causando a morte de outrem não caracteriza a conduta de homicídio doloso, por não ser possível imputar, a título de dolo eventual, a responsabilidade do evento, finalisticamente considerado.

Não se deve, sob a influência da pressão da mídia reconhecer qualquer alteração na estrutura do delito, para mandar alguém a júri. Por mais grave que tenha sido a conduta culposa ela não pode ser transformada em dolosa, sob pena de criarmos um Direito Penal do terror que venha a satisfazer interesses punitivos extra-autos.

A 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão da lavra do Eminente Desembargador Fortes Barbosa, de 20.05.1996, em Recurso em Sentido Estrito 203.910-3/4, decidiu acolher o recurso da defesa nos seguintes termos, em caso extremamente semelhante ao caso em tela:

"No caso, emerge dos autos, de tal forma, a culpa *stricto sensu* que a submissão do réu a Júri por razões meramente exemplificativas soa a "linchamento moral" e execração pública, que são incompatíveis com os limites do 'devido processo legal'.

É lamentável o sofrimento das vítimas, as quais por via do art. 5.º, X da CF/88 poderão processar civilmente o réu para a reparação do dano moral e material, mas não se pode por isso forçar situações típicas que de fato inocorreram".

Parece-nos, estreme de dúvidas, nessas hipóteses, que a melhor solução seria a aplicação do art. 410 do CPP em que o juiz, discordando da capitulação dada na denúncia, remeteria o caso para o juízo competente para proferir decisão sobre a questão.

Note-se, por outro lado, que em caso de dúvida sobre a adoção de uma ou outra perspectiva, há de se adotar aquela mais favorável ao réu. O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão da lavra do Desembargador Djalma Lofrano, assim decidiu sobre o assunto: "... existe dolo eventual quando o autor não se tenha deixado dissuadir da execução do fato pela possibilidade próxima

da ocorrência do resultado, e sua conduta justifique a assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformado com o risco da realização do tipo, antes até concordado com a ocorrência do evento que renunciado à prática da ação" *(O Código Penal e sua interpretação jurisprudencial).* "... nos casos em que não se revele inequívoca a atitude psíquica do agente, ou se há irredutível dúvida, em face dos coligidos elementos de informação, sobre se houve, ou não, aceitação do risco (consentimento, aprovação, anuência, ratificação *ex ante* do resultado), a solução, de acordo com *in dubio pro reo,* deve ser no sentido de reconhecimento da culpa consciente, isto é, da hipótese mais favorável". (*RJTJSP* 89/385)

No mesmo sentido o julgado relatado pelo saudoso Mestre, Desembargador Marcelo Fortes Barbosa, constante de *JTJ* 181/254: "Se o veículo está desgovernado, por culpa com previsão do réu que dirigia em excesso de velocidade e, por isso mesmo, em conseqüência do desgoverno, sobe no passeio, atropela as vítimas e provoca a tragédia, haverá sempre culpa *stricto sensu* por imprudência manifesta e não dolo eventual, porque o desgoverno do veículo escapa à vontade do agente ainda que em nível de anuência, não havendo nem mesmo em hipótese a aquiescência ao ocorrido em subseqüência."

Também o Tribunal de Alçada Criminal de Minas Gerais, na ApCrim 304.140-1, já decidiu nesse mesmo sentido, em acórdão unânime da lavra do Magistrado Rosauro Júnior, de 28.06.2000, ao entender que nos casos de acidentes de trânsito por excesso de velocidade, não se deve acolher a idéia de dolo eventual, mas sim da culpa: "Não havendo nos autos prova inconcussa de ter o apelado se conduzido de maneira a assumir o risco de produzir o resultado e que ele havia consentido com o mesmo, não há, efetivamente, de reconhecer *in casu* a ocorrência do pretendido dolo eventual. Assim sendo, não há como reconhecer o pretendido dolo eventual se o mesmo não restou provado acima de qualquer dúvida, não se admitindo as presunções da apelante, inteiramente divorciadas das provas produzidas nos autos. Nessas condições, por não existir nos autos prova inconteste de ter o apelado assumido o risco de produzir o lamentável aci-

dente do qual resultou a morte da desditosa vítima e consentido no infeliz resultado, deixo de acolher a pretendida redefinição jurídica do ilícito penal imputado ao apelado na proemial acusatória."

Da mesma forma, em sentido de se admitir somente a culpa e não o dolo em crimes de trânsito assemelhado ao que pende contra D. S. S., decidiu recentemente o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "Código de Trânsito Brasileiro – Art. 302, *caput*, da Lei 9.503/97. Motorista que, com imprudência e imperícia, dirige seu veículo em velocidade excessiva, perde o controle e colide com carro que trafegava na pista em sentido contrário, causando a morte da vítima. Caracterização." (ApCrim 1.390.151/5, Marília, 6ª Câmara, Rel. C. Mathias Coltro, 14.07.2004, v.u.).

Mesmo em casos em que o motorista dirigia *embriagado* e em *excesso de velocidade*, reconhecida foi a culpa do réu e não a sua conduta como sendo dolosa: "Código de Trânsito Brasileiro – Art. 302, *caput*, da Lei 9.503/97. Motorista que, embriagado, trafega em velocidade incompatível com o local, atropelando e matando pessoa que atravessa a via pública, cujas placas indicavam travessia de crianças e velocidade máxima de 30 km/h (trinta quilômetros por hora). Configuração: configura o crime do art. 302 da Lei 9.503/97, a conduta do agente que, embriagado e trafegando em velocidade incompatível com o local, atropela e mata pessoa que atravessa a via pública, cujas placas sinalizadoras indicam a travessia de crianças e velocidade máxima de 30 km/h (trinta quilômetros por hora), caracterizando-se, assim, a culpa pela imprudência e negligência." (ApCrim 1.385.559/1, São Paulo, 6ª Câmara, Rel. Nicolino Del Sasso, 27.09.2004, v.u.).

De tudo o quanto já foi exposto e em face do que examinei dos autos, *ictu oculi*, não há qualquer dúvida de que o fato praticado pelo acusado D. S. S., se crime foi, é o do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, podendo ele vir a ser processado tão somente por homicídio na modalidade culposa, por imprudência.

c) Da responsabilidade objetiva em Direito Penal

A culpabilidade é um princípio constitucional implícito e pode ser extraído do art. 1.º, III da CF/88, que estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Brasileira, além de constituir a idéia central da qual derivam os princípios da responsabilidade subjetiva (ou pessoal), da personalidade da pena (art. 5.º, XLV da CF/88) e da individualização da pena (art. 5.º, XLVI da CF/88). Ademais, o *Pacto de San José da Costa Rica* (Dec. 678 de 06.11.1992, *DOE* 09.11.1992, p. 15.562) em seu art. 8.º, n. 2, assevera que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

O termo culpa, na linguagem usual, traz a idéia de atribuição de um fato condenável a terceiro pelo cometimento de um ato reprovável. O vocábulo vem sempre dentro de um contexto de imputação a alguém de fato censurável. No sentido jurídico, de forma geral, o significado não é muito diferente. Todavia, se olharmos de frente o problema da culpabilidade jurídico-penal, veremos que a situação não é muito pacífica na doutrina; ao contrário, ao longo dos tempos – principalmente nos dois últimos séculos – muitos autores chegaram a estudar o assunto, nem sempre tendo uma opinião comum.

Historicamente, são conhecidas duas formas de responsabilidade penal: a objetiva e a subjetiva. Objetiva é a responsabilidade pelo fato, independentemente dos aspectos subjetivos relativos ao autor do ilícito. Um sistema penal consagra tal idéia quando se satisfaz com a simples comprovação do nexo causal (físico) entre o autor da ação e o fato danoso, sem que se indague de aspectos interiores. Nas ordens jurídicas primitivas a responsabilidade pelo cometimento de um fato ilícito tem duas características básicas: em primeiro lugar, ela não se restringe ao autor do ato, mas transfere-se a seus familiares, membros de sua tribo ou clã. Além disso, a responsabilidade é objetiva, isto é, sem qualquer consideração ao elemento subjetivo da ação ou do resulta-

do.[22] Portanto, na antiguidade, a responsabilidade, mais do que ser objetiva, era também difusa.

Tem, nesse período, posição relevante a proteção social ou a prevenção, razão pela qual desenvolve-se a responsabilidade objetiva, atendendo-se unicamente ao dano causado. "Sabe-se que nas ordens jurídicas primitivas – nomeadamente a germânica – o elemento fundamental da responsabilidade criminal ia buscar-se não à culpa – qualquer que fosse sua compreensão – mas ao dano. Da expressão objectivadora do dano, da sua carga pretensamente neutra é que partia o nexo de imputação que determinava a responsabilidade penal. É, pois, a força do facto (evento) expressa no dano que implicava e condicionava a aplicação de uma pena."[23]

Lembra Nilo Batista interessante exemplo sobre o tema. Na antiga legislação babilônica editada pelo rei Hammurabi, verifica-se que se um pedreiro construísse uma casa e esta desabasse, matando o morador, o pedreiro seria morto; no entanto, se também morresse o filho do morador, o filho do pedreiro haveria de ser sacrificado. De nada adiantaria ter observado as regras usuais nas construções de uma casa, ou pretender associar o desabamento a um fenômeno sísmico (uma acomodação do terreno, por exemplo). Seria, sempre, objetivamente responsável; ele e sua família, dependendo da extensão do dano causado.[24]

O sistema de responsabilidade objetiva tem um inescondível caráter preventivo, de proteção extremada a todo o grupo social e depende, fundamentalmente, da sociedade em que o sistema é aplicado. Isto é, para que a pena tenha um efeito concreto, as relações sociais e históricas deverão ter um determinado

22. AGUDELO BETANCUR, Nodier. *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Bogotá: Temis, 1984, p. 9.

23. COSTA, J. Faria. *Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito penal português*. Coimbra, s/e, 1981, p. 15.

24. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 102.

grau de desenvolvimento que permita a aplicação de penas coletivas. "A responsabilização por um delito cometido por outrem, no caso em que a sanção é dirigida contra outro indivíduo que não o delinqüente, apenas pode ter eficácia preventiva quando entre os dois indivíduos existe uma relação que permita presumir que o indivíduo obrigado, o delinqüente potencial, também recebe como um mal a execução da sanção no caso de ela incidir sobre um outro indivíduo como objeto da responsabilidade – quando este é, por exemplo, membro da sua própria família, do seu grupo étnico ou do seu Estado, isto é, quando ele pertence a um grupo cujos membros se identificam mais ou menos uns com os outros, quando o indivíduo obrigado e o indivíduo responsabilizado pertençam à mesma coletividade. É uma tal relação que, em regra, determina a ordem jurídica quando ela estabelece a responsabilidade pelo ilícito de outrem".[25] Assim, o fenômeno da culpabilidade (com a responsabilidade objetiva ou subjetiva) surge dentro de um contexto de historicidade, não podendo ser ignorado o estágio evolutivo da sociedade que o determina.

Com o passar do tempo e com o aprimoramento das relações sócio-culturais as sociedades passam a discernir entre fatos ilícitos dolosos e culposos, bem como se o fato causado o foi inevitavelmente ou não. Mesmo as civilizações mais antigas, e um dado momento, conseguiram estabelecer as diferenças entre crimes dolosos e culposos.[26] Tais distinções não deixam de caracterizar um marco evolutivo no estudo da culpabilidade. No entanto, só a partir da sistematização efetivada pelos romanos, é que podemos evidenciar um grau de evolução mais

25. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado, 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 134/5.

26. O Código de Hammurabi, em seu art. 55 menciona claramente a distinção entre dolo e culpa: "Se uma pessoa por negligência deixa que água de seu poço inunde os campos circundantes, restituirá aos prejudicados uma quantia de grãos proporcional a colheita do vizinho". Dispositivo semelhante encontramos no Código de Manu, em seu art. 288: "Aquele que causa dano a outrem, deliberadamente ou por descuido, deve indenizar o dano e pagar ao rei uma multa igual ao dano".

acentuado. Mesmo entre os romanos não há um conceito único de culpabilidade. Do antigo direito à época clássica, há um desenvolvimento do conceito de intencionalidade e do dolo "que não se desenvolveu de maneira linear, segundo um sistema simplista em que se constataria, na origem, uma ignorância total do elemento intencional, um estágio de direito objetivo em estado puro, para resultar, enfim, em um reconhecimento generalizado desse elemento".[27] Ademais, não havia um sistema lógico sobre a questão da responsabilidade. Uma teoria geral da culpabilidade não foi construída, mas existia somente uma série de casos julgados em função de um pensamento pretoriano dominante em uma determinada época. No entanto, poderíamos afirmar que distinguiam claramente os romanos, desde a promulgação da *Lex Numae*, pelo rei Numa Pompílio, o dolo da culpa, aplicados ao delito de homicídio. A partir desta lei, põe-se, definitivamente, o acento sobre o elemento intencional na punibilidade do homicídio.[28] Diferenciavam, ademais, duas formas de dolo: o *dolus malus* e o *dolus bonus*. Este era empregado para designar um certo grau de astúcia inerente aos negócios, era a sagacidade para enganar. Já o *dolus malus* era aquela mesma astúcia quando empregada não simplesmente para enganar, mas também para obter um proveito ilícito; era o elemento nuclear do ato criminoso, era o dolo valorado, normativo. Tal concepção, observe-se, predominou até pouco tempo atrás, passando pelo direito canônico, medieval e chegando até mesmo a constar em textos do século passado.

Na Idade Média, por exemplo, "os canonistas, seguidos pelos práticos, formularam a detestável responsabilidade pelo *caso fortuito*, da parte de quem já se achasse *in facto illicito*; mas a sobrevivência de tal critério, como diz Löffler, é

27. LEBIGRE, Arlette. *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1967, p. 55.

28. Nesse sentido: GIOFFREDI, Carlo. *I principi del diritto penale romano*. Turim: G. Giappichelli, 1970, p. 65; e também GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 23.

um 'baldão ignominioso de nossa época', ou, na expressão de Beling, um 'vestígio de barbaria'. O *versari in re illicita* não pode jamais autorizar a imputação do *casus*. Perante o nosso Código, o caso fortuito, antes de ser excludente da culpabilidade, impossibilita a própria *imputatio facti* ou a relação de causalidade física entre o agente e o resultado"[29]

d) A responsabilidade objetiva e suas conseqüências no caso em tela

A responsabilidade objetiva de um resultado pode aflorar no ordenamento de duas maneiras distintas. Pode decorrer, por exemplo, da legislação que venha a prevê-la. É o caso, no Direito Penal contemporâneo, daquilo que ocorre no sistema anglo-saxão com o nome de *strict liability*. Lá, a própria lei dispõe sobre a forma de responsabilidade objetiva e as hipóteses de sua aplicação. É, no entanto, fenômeno adstrito ao sistema do *Common Law*. A segunda forma de se ter responsabilidade objetiva do resultado é a da imputação de fato delituoso sem sua demonstração causativa, através da não demonstração do nexo de causalidade entre o fato e o resultado. Novamente o magistério de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli é invocado: "a imputação da produção de um resultado, fundada na causação dele, é o que se chama responsabilidade objetiva. A responsabilidade objetiva é a forma de violar o princípio de que não há delito sem culpa, isto é, diz respeito a uma terceira forma de tipicidade, que se configuraria com a proibição de uma conduta pela mera causação de um resultado, sem exigir-se que esta causação tenha ocorrido dolosa ou culposamente."[30]

Assim, embora a lei não o preveja, haverá responsabilidade objetiva se processarmos alguém por homicídio, pelo simples fato dele não se vestir bem. Isto é, a condição de existência dessa pessoa não é suficiente para dizer-se que ela é responsável por crimes, se efetivamente não os praticou.

29. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, T. II, p. 114.

30. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, 5 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 498.

Crime de trânsito – Responsabilidade objetiva

Se tomarmos um dos automóveis mais velozes do mercado, uma Ferrari Testarosa, veículo que chega a ter 450 HP de potência, não se pode imputar ao seu motorista o delito de dirigir em velocidade incompatível com segurança nas proximidades de uma escola (art. 311 do CTB), pelo simples fato de tal veículo ser um dos mais velozes do mercado. Há que se demonstrar que tal motorista efetivamente circulou nas proximidades dessa escola em velocidade despropositada, algo que pode ser comprovado por provas técnicas ou testemunhais. O simples fato de ter o poder de correr mais do que outros carros não significa que o proprietário da Ferrari tenha concretamente corrido!

Da mesma forma é irrelevante se o carro tem ou não uma adaptação de um turbo compressor, caso não se tenha concretamente demonstrado sua utilização em alta velocidade. Nos termos em que veio vazada a denúncia – "utilizava-se de veículo com as características originais de motorização adulteradas para sistema 'turbo especial para competição', o que elevava sua potência para 150 HP, conforme constatado pelo laudo pericial de fls. 93/124. Tal adulteração, da qual tinha o denunciado plena ciência, afetava a segurança e o funcionamento do veículo de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante. Dess'arte, ao conduzir seu veículo preparado para corridas esportivas, pela via pública com (sic) se estivesse num autódromo, empregando velocidade excessiva e incompatível com o local, acabou por colidir contra o automóvel dirigido pela vítima." (fls. 2 dos autos) – não se logrou demonstrar qualquer nexo de causa e efeito. Reitera-se: não se afirma que o que causou a morte da vítima foi a excessiva velocidade do veículo do acusado.

É incrível que a peça inaugural em nenhum momento tenha mencionado qual a velocidade permitida no local dos fatos, e ainda menos, tenha dito qual a velocidade praticada pelo acusado!

Também o representante do *Parquet* não assevera quais elementos se utilizou para inferir que dessa velocidade dita "excessiva e incompatível" tenha o acusado assumido o risco de produzir a morte da vítima. Não diz, por exemplo,

por que entende ter havido o elemento volitivo ínsito às condutas dolosas! Também não explica quais razões teria para matar um desconhecido! Também não esclarece a partir de qual limite de velocidade se presume supor transmuta-se um crime previsto no ordenamento como culposo em doloso! Admitindo-se que em determinada via seja permitido o tráfego de veículos automotores no limite de 60 km/h, a que velocidade praticará crime culposo? 70 km/h? 80 km/h? 90 km/h? Quando então será doloso? Só se trafegar a mais de 100 km/h? Pois bem, admitamos, *ad argumentandum*, que tais critérios pudessem ser hauridos da Lei de Trânsito: que elemento probatório traz a denúncia da velocidade do acusado quando da ocorrência dos fatos? A denúncia, para dizer o menos, é tão lacunosa que sequer descreve a velocidade permitida no local e a velocidade aproximada que trafegava o réu! Menciona tão somente uma genérica velocidade excessiva e incompatível com o local, algo que se infere pelas modificações feitas no veículo do acusado, com o sistema de turbo compressor.

Nunca é demais lembrar que a denúncia, ao mencionar as "características originais de motorização adulteradas para sistema turbo especial para competição", quis vincular o descumprimento da norma regulamentar à causação do fato que se quer imputar ao acusado. Vicente Grecco Filho, Professor Titular da Universidade de São Paulo, ao defender sua tese de titularidade sobre a culpa e sua prova nos delitos de trânsito, menciona que "A conclusão de culpa por simples descumprimento de norma regulamentar de atividade ou profissão, como também a sua aferição pelo padrão genérico do *homo medius*, significa responsabilidade objetiva."[31]

Assim, não basta dizer que um automóvel pode correr muito, é preciso que se demonstre que ele tenha corrido muito, quanto se excedeu em face daquilo que é permitido no sítio dos fatos e que, ademais, tenha sido isso que causou a morte em eventual acidente.

31. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 95.

A denúncia encerra pedido de julgamento de uma pretensão punitiva, que deve se justificar num lastro mínimo de prova. Assim sendo, conforme ensina João Mendes, deve a peça acusatória ser "uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com tôdas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que a determinaram a isso (*cur*), a maneira por que a praticou (*quomodo*), o lugar onde o praticou (*ubi*), o tempo (quando). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes".[32]

Tal fato é conseqüência do reconhecimento de que a simples instauração de um processo penal atinge gravemente o *status dignitatis* do acusado. E a inobservância dessas cautelas torna a acusação inadmissível.

A questão, para alguns, diz respeito à falta de justa causa para a propositura da ação penal,[33] para outros, inclui-se no âmbito do direito de ampla defesa: "Com efeito, exigir do Estado, por meio do órgão da acusação, ou do particular, na ação privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5.º LV, CF/88, o campo onde irá se desenvolver a defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação da *opinio delicti*."[34]

José Frederico Marques, filiando-se à primeira corrente, vincula-a, também, ao chamado *interesse de agir*: "O pedido pode firmar-se em fato típico e,

32. MENDES, João. *O processo criminal brasileiro*, 2 ed., v. 2, 1911, p. 166.

33. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: RT, 2003, p. 95.

34. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal* (incluindo a reforma do Judiciário). Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 80.

portanto, em providência do texto legal que o torne possível, mas não ser adequado à situação concreta que é deduzida na acusação. Nesse caso, faltará legítimo interesse para a propositura da ação penal. (...) O interesse de agir é a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida. Disso resulta que somente há interesse quando se pede uma providência jurisdicional adequada à situação concreta a ser decidida. (...) O legítimo interesse é a causa do pedido, como o explica e demonstra TULLIO DELOGU. Ausente o interesse de agir, falta justa causa para a propositura da ação penal."[35]

Seja qual for a orientação adotada, a imputação é fundamental à existência da relação processual penal, por traçar os limites da *persecutio criminis*, da ação penal, da acusação, enfim, da própria prestação jurisdicional. Assim, "o fato delituoso em que se baseia a pretensão é que fixa o objeto da decisão do órgão judiciário. A ação, que é atividade do acusador, e a sentença, que é ato jurisdicional, têm na acusação uma espécie de denominador comum. E o mesmo se diga da defesa, pois as alegações do réu são contra a pretensão constante do pedido acusatório. Isso significa que a acusação, em última análise, constitui o próprio objeto do processo, além de ser sua mola propulsora e a *ratio essendi* de sua instauração."[36]

Ora, o fundamento da pretensão de punir, sua base empírica, corresponde a nada mais do que o próprio fato narrado, cuja demonstração quanto ao respectivo enquadramento na descrição típica eleita incumbe a quem acusa, na estrita observância do art. 41 do CPP. Esse procedimento, é certo, deve fincar suas bases naquilo que foi efetivamente apurado no inquérito policial, não sendo viável qualquer ilação que desborde suas fronteiras.

35. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium, 2000, 2 ed. atual., v. I, p. 355/6.

36. Op. cit., p. 184/5.

Por isso também no que concerne aos eminentes processualistas citados, não há que se admitir o prosseguimento da ação penal objeto deste Parecer, seja por não haver justa causa, seja por faltar o interesse de agir. Na realidade, a responsabilização objetiva do autor, sem supedâneo em uma situação fática concreta, e desde logo demonstrada na denúncia, acarreta aquilo que o direito adjetivo chama de falta de justa causa para ação penal.

Não é outra a visão da jurisprudência paulista que menciona inúmeras vezes sua visão sobre a genérica expressão "velocidade excessiva e incompatível com o local" como embasadora de uma acusação:

"Processo-crime – Denúncia – Delito de trânsito – Velocidade incompatível – Denúncia parcimoniosa quanto à descrição dessa circunstância – Processo anulado *ab initio* – apelo provido.

A velocidade, que merece a adjetivação de culposa é exclusivamente a velocidade circunstanciada, aquela que revela a falta de sintonia entre a aceleração imprimida ao veículo e as circunstâncias próprias do local ou do momento em que ocorreu o acidente e, ainda, as que dizem respeito ao condutor. Se não se explicitam tais circunstâncias, 'a velocidade incompatível é uma frase vazia, fora do campo da causalidade física e não oferece a menor chance à atividade defensiva' ". (*JUTACRIM* 69/431 – Rel. Silva Franco)

E no corpo do Acórdão:

"Sem a descrição do fato concretamente ocorrido, como seria possível estabelecer a necessária correlação entre a imputação e a sentença? E tal correlação não se traduz numa garantia para a defesa que se verá desta forma livre de ser surpreendida por sentença condenatória que ultrapasse os limites da imputação? O ponto de partida da correlação é, portanto, a imputação e para que se delimite o âmbito de incidência da prestação jurisdicional que se conterá na sentença, o fato delituoso tem de ser posto em foco com todas as circunstâncias e acidentes com que o descreve a imputação." (José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, p. 252, Forense, 1961)

(...)

"A velocidade que merece a adjetivação de culposa é exclusivamente a velocidade circunstanciada, aquela que revela a falta de sintonia entre a aceleração imprimida ao veículo e as circunstâncias próprias do local ou do momento em que ocorreu o acidente e, ainda, as que dizem respeito ao condutor. Se não se explicitam tais circunstâncias, a velocidade incompatível é uma frase vazia, fora do campo da causalidade física e não oferece a menor chance à atividade defensiva."

Na mesma linha de raciocínio a ApCrim 297.363, da 5ª Câmara do TACRIM-SP, v.u., tendo por Relator Adauto Suannes, quando também se decretou a nulidade *ab initio* do processo, dada a inépcia da inicial, não corrigida em tempo:

"Aqui, como tantas vezes em inúmeros outros processos, a culpa imputada ao réu inclui-se no leito de Procusto da velocidade *excessiva* e *incompatível* com o local.

Por que excessiva? Não se diz.

Por que incompatível? Não se diz.

Como pode um réu provar que não houve excesso de sua parte se desconhece a partir de que elementos a acusação concluiu pela sua existência? Como pode provar fosse compatível a velocidade com aquele local se desconhece a partir de que elementos objetivos outra velocidade seria a adequada?"

Ainda dentro dessa linha de pensamento:

"As expressões *velocidade excessiva ou velocidade incompatível*, desacompanhadas de qualquer referência à caracterização desse excesso ou dessa incompatibilidade, viciam a peça inicial acusatória, pois impedem que o réu demonstre que não havia excesso ou que havia compatibilidade, além de transferir ao réu ônus que é da acusação" (Ac unânime de 29.06.1983, ApCrim 287.191, *Boletim Mensal de Jurisprudência do TACRIM-SP*, n. 15, Rel. Adauto Suannes)

A fim de que não nos alonguemos neste tópico, também é recomendável a leitura dos acórdãos proferidos nos autos das ApCrim 306.877/8 (Rel. Ercílio

Sampaio), 297.137 (Rel. Jarbas Mazzoni – *JUTACRIM* 77/334) e 1.011.691/6 (Rel. Samuel Júnior), todas do saudoso Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, unânimes na rejeição da fórmula genérica da "*velocidade incompatível* e/ou *excessiva*" para embasar decreto condenatório.

4. Da opinião a ser expendida

De tudo o quanto se disse acima, respondo às duas perguntas formuladas pelo ilustre Advogado Consulente.

Em primeiro lugar, não há que se acolher como correta a existência de dolo eventual em crime de trânsito cujo fundamento seja exclusivamente o "emprego de velocidade excessiva e incompatível com o local dos fatos". Nesta hipótese, unicamente admissível a culpa consciente, devendo ser eventualmente considerado o art. 302 do CTB, posto ser indemonstrável, na espécie, o elemento volitivo, base das condutas dolosas.

Constitui-se evidente responsabilidade objetiva pelo resultado a acusação fundada exclusivamente na fórmula genérica de "velocidade excessiva e incompatível para o local", subtraindo-se à parte a possibilidade de seu amplo exercício do magistério defensivo. Nesta hipótese, há de se reconhecer falta de justa causa para propositura da ação penal, que não pode prosperar, pois imputa ao acusado responsabilidade por homicídio doloso, sem estabelecer a causa que dá fundamento a tal imputação.

É o meu parecer, que submeto às doutas considerações de Vossa Senhoria.

São Paulo, 20 de julho de 2005.