ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

# Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

# 58

janeiro-fevereiro de 2006

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 14 n. 58 janeiro-fevereiro 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
Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento
Moore Brasil Ltda.
CNPJ 62.004.395/0026-06

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**
Juliana Sinhorini Nahum

**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), Daniela Carvalho Almeida da Costa (SE), 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. Suanes, 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 – março-abril – 2006

Técnicas forenses nos crimes de falsidade documental: perícias para determinação da contemporaneidade de tintas de caneta

**Edson J. R. Justino, Cinthia O. A. Freitas e Luiz S. Oliveira**

A tutela cautelar no processo penal penal e a restituição de coisa apreendida

**Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró**

O risco permitido como critério de imputação do erro médico

**Iberê Anselmo Garcia**

As lesões corporais (e a morte) no desporto

**Manuel da Costa Andrade**

Política criminal ambiental na Amazônia – Preservação do ambiente e sobrevivência humana

**René Ariel Dotti**

# Sumário

1. Direito Penal

Reformulação e mudança de mentalidade 11
**Alexandre de Moraes**

Aplicando o ECA: felicidade e perversão sem limites 15
**Alexandre Morais da Rosa**

A Lei de Improbidade e a dosimetria de suas sanções 29
**Emerson Garcia**

Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha 64
**Hans Joachim Hirsch**

Crimes tributários nos Tribunais Superiores 85
**Heloisa Estellita**

Ciência do direito penal e jurisprudência 105
**Ingeborg Puppe**

Dolo eventual e culpa consciente 114
**Ingerborg Puppe**

Gato por lebre: a ideologia correcional no Estatuto da Criança e do Adolescente 133
**Karyna Batista Sposato**

A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa 152
**Luís Greco**

Jurisprudência e direito penal 195
**René Ariel Dotti**

2. Processo Penal

A nova Lei de Falências: aspectos penais e processuais penais 205
**Cezar Roberto Bitencourt**

O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a práxis pretoriana 232
**José Antonio Paganella Boschi**

Júri: projetos de reforma 280
**Antonio Magalhães Gomes Filho**

**3. Crime e Sociedade**

30 anos de vigiar e punir (Foucault) 289
**Juarez Cirino dos Santos**

Vigiar e punir – 30 anos 299
**Márcio Alves da Fonseca**

"Decifra-me ou te devoro": o desafio das políticas de Justiça com enfoque de gênero no Brasil 318
**Marina Pereira Pires de Oliveira**

Justiça Constitucional e Justiça Penal 329
**José Joaquim Gomes Canotilho**

**4. Índice Alfabético Remissivo** 345

Normas de publicação 351

# Apresentação

Este número da Revista Brasileira de Ciências Criminais publica textos resultantes de palestras e debates realizados no 11.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (outubro de 2005). O próximo número da Revista também oferecerá ao estudioso do direito outras reproduções de painéis e conferências realizados no importante encontro internacional, em que os direitos penal e processual penal, bem como sua repercussão e importância na sociedade, foram exaustivamente debatidos.

# 1. Direito Penal

# Reformulação e mudança de mentalidade

Alexandre de Moraes

Professor doutor e livre-docente da USP, leciona direito constitucional, direitos fundamentais e liberdades públicas. É membro do Conselho Nacional de Justiça. Foi secretário de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania de São Paulo (2002-2005).

**Resumo:** O governo Geraldo Alckmin propõe uma das mais profundas reformas da história da Febem paulista, por meio de uma mudança de cultura e mentalidade nas internações dos adolescentes. A nova filosofia adotada pretende eliminar qualquer possibilidade de violência interna, tortura ou maus-tratos, reafirmando a importância da continuidade da instituição. Através da implementação de um modelo claro de disciplina, bem como a efetivação de convênios com instituições ligadas aos direitos humanos e à causa da criança e do adolescente, o Governo do Estado de São Paulo adotou novas medidas como a realização de inspeções médicas periódicas e sem aviso prévio, a participação das famílias no cumprimento da medida socioeducativa, a substituição de 1.751 agentes técnicos, e, ainda, ampliações na área pedagógica por meio de cursos profissionalizantes e convênios para colocar o jovem em empregos e cursos superiores.

**Palavras-chave:** Estatuto da Criança e do Adolescente – Febem.

Quando falamos sobre a extinção da Febem, é importante deixar claro de que estamos falando. As exigências de uma sociedade a cada dia mais consumista

têm aumentado os níveis de violência, especialmente entre os jovens. Essa mesma sociedade cobra do Estado, com razão, investimentos na ressocialização dos jovens e rigor no combate à impunidade. Nesse cenário, cabe à Febem conter os adolescentes infratores e reeducá-los. A sociedade e a lei exigem as duas coisas. Assim, não cabe a discussão sobre a continuidade ou não da instituição, mas em que modelo e com qual mentalidade. Em São Paulo, estamos realizando um grande esforço para implantar uma filosofia que elimine qualquer possibilidade de violência contra os internos, que tenha um modelo claro de disciplina e que seja efetivamente capaz de reintegrar o jovem à sociedade por meio da recuperação de sua auto-estima e, principalmente, pela sua qualificação.

Para concretizar esse projeto do governo Geraldo Alckmin, uma das mais profundas reformas da história da Febem paulista, em primeiro lugar elegemos o combate à tortura e aos maus-tratos como a mais urgente das prioridades. Determinamos a realização de inspeções médicas periódicas em todas as unidades, sem prévio aviso, realizadas por médicos cadastrados no Imesc, com a finalidade de preservar a saúde e a integridade dos adolescentes. Hoje, mais de 50 funcionários da instituição respondem a processo de tortura contra internos da Vila Maria, a partir de uma ação iniciada pela própria Fundação.

Tomamos várias medidas para garantir a transparência na relação com os internos. Abrimos a Febem para as mães, ação criada para incluir a participação da família no cumprimento da medida socioeducativa com a presença da família nas unidades de internação. Além da transparência, queremos que a família acompanhe de perto o trabalho educativo e técnico da Febem. O programa já começou a funcionar, depois que o primeiro grupo de mães passou por um ciclo de capacitação nos dias 22 e 23, ministrado por técnicos da Febem em conjunto com a Associação de Mães. Esse treinamento vai esclarecer e orientar sobre a proposta do programa.

As instituições ligadas aos direitos humanos e à causa da criança e do adolescente também terão livre acesso para fiscalizar e tocar ações educacio-

nais, culturais, esportivas e profissionalizantes. Entre as entidades participantes, inicialmente, estão o Fórum Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente, o Fórum Municipal de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, a Amar, o Ilanud, os conselhos Estadual e Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Movimento Nacional de Direitos Humanos e a Fundação Abrinq.

Simultaneamente, estamos implementando uma reformulação estrutural que inclui a substituição de 1.751 agentes de apoio técnico, ou monitores, dos grandes complexos da capital, por agentes de segurança e educadores sociais. A medida visa separar as atribuições de segurança e de educação no interior da unidade, que eram realizadas pelo mesmo servidor e está na origem de uma série de problemas na história da instituição, entre eles, a tortura e os maus-tratos. Em outra frente de atuação, estamos ampliando esforços na área pedagógica e, sobretudo, na qualificação profissional dos adolescentes. Temos cursos profissionalizantes em todas as unidades e estamos fechando parcerias para aumentar o número de carreiras e de vagas oferecidas. Outros convênios têm permitido colocar os egressos em empregos e estágios e até na universidade.

Tudo isso, porém, faz parte de um longo processo que demanda tempo e mudanças culturais e tem adversários a convencer. O modelo anterior foi cristalizado de tal forma que, hoje, mesmo entre os adolescentes, as mudanças são vistas com desconfiança. Mas há muitos aliados. Dezenas de entidades ligadas à questão da infância estão apoiando as mudanças. As mães dos internos, tradicionais fiscais da instituição, hoje são importantes parceiras – sem, contudo, abandonar seu senso crítico.

Por isso, a Febem, enquanto unidade de ressocialização de adolescentes, deve continuar, porque o envolvimento de toda a sociedade, a partir do Estado, com a atuação firme das mães, do Poder Judiciário, do Ministério Público e da sociedade civil organizada é capaz de cumprir aqueles dois objetivos iniciais, ressocializar os jovens que cometeram algum tipo de delito, sem descuidar do

cumprimento das exigência que a lei impõe. Nossa luta é pela mudança de cultura e de mentalidade na internação dos adolescentes e para garantir a integral educação e a absoluta impossibilidade de o adolescente ser submetido a tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes. Essa garantia é consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro e prioridade do governo do Estado de São Paulo.

# Aplicando o ECA: felicidade e perversão sem limites[1]

Alexandre Morais da Rosa

Doutor em Direito (UFPR). Mestre (UFSC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIVALI-SC). Juiz de Direito (SC). Membro do Movimento AntiTerror e do Núcleo de Direito e Psicanálise da UFPR.

**Resumo:** Este texto procura discutir as possibilidades de aplicação de medidas socioeducativas desde o ponto de vista da criminologia crítica e da psicanálise. Rompendo com a dita pretensão pedagógica, discute os condicionantes da decisão, num mundo "sem limites". Neste contexto, então, aponta para uma proposta garantista de atuação perante os Juizados da Infância e Juventude Brasileiros.

**Palavras-chaves:** Ato Infracional – Garantismo – Psicanálise – Direito Infracional.

1. Quando fui convidado para falar neste Seminário por Maurício Zanóide de Moraes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sobre a "Aplicação do ECA", julguei ser necessário tecer algumas considerações sobre o entorno, a saber, os condicionantes incidentes na seara do ato infracional. Portanto, antes de adentrar, de fato, no que poderia ser a pretensão de quem veio assistir o evento, tenho que passar sobre a compulsividade com que a sociedade contemporânea – nós – não toleramos a dor, em busca de uma imaginária e irrealizável felicidade plena.

1. Comunicação apresentada no 11.o Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, realizado no Hotel Gran Meliá Mofarrej, São Paulo – SP, em 04.10.2005.

2. O declínio da função paterna, ou seja, de "um mundo sem limites" de que nos fala Lebrun com base em Lacan, parece ser aceita sem maiores dificuldades para aqueles que se dão conta de que a estrutura condiciona o sujeito, no caso sem eira nem beira. A instituição paterna, o Nome-do-Pai (Lacan), procura indicar uma função em três tempos. Primeiro interditando a "toda" relação mãe-filho, constituindo-se, em seguida, como o "ideal de eu" do filho e depois falhando como pai ideal para que, somente assim, possa o filho desejar. Mas é justamente neste falhar que algo não se acomoda bem numa sociedade em que o limiar da dor, de desilusão é algo inaceitável.

3. É mais do que comum os pais afirmarem, como indica Lerude, que "alguma coisa não vai bem" com os filhos. Mas o que não vai bem? Diz-se que os adolescentes, quando não as crianças, estão angustiadas, infelizes, sem demonstração de sorriso aberto 24 horas por dia, como mostra a propaganda de margarina, de banco, de celular, na TV, e, assim, querem as "melhores" mães e pais do mundo. Esquecem, estes, que seus filhos são humanos e que a felicidade não se compra em supermercado, nem se fornece, como se fosse coisa, por pílulas da salvação, ao filho. É um estado, como o é a angústia. Viver é dolorido, angustiante. Mas numa sociedade que promete a felicidade com gotinhas de fluxetina, prozac, leituras de auto-ajuda, Paulo Coelho, Içami Tiba e outras empulhações do gênero, a intolerância a "ser humano" é enorme. Quer-se, de regra, bonecos felizes, radiantes, bem consigo mesmo, para agradar a mãe que faz tudo para o filho (ou nada), no fundo ela mesmo, ser feliz. Como se fosse fácil suportar a angústia e uma mãe que passa o dia inteiro querendo agradar o filho. Não se sabe o que é pior!

4. Esquece-se que viver em Civilização, demonstrou Freud, implica uma parcela de interdição do desejo, de mal-estar, intolerado numa sociedade mercadológica em que se compra tudo, na lógica utilitarista do mercado. Basicamente por dois caminhos. Pais da classe média e alta, marcados pela dimensão social de que são os responsáveis pelo estado de constante felicidade de que os filhos são

credores, conforme preconizam as leis em vigor. Para tanto articulam-se iniciativas de satisfação de "todas as demandas" da criança: presentes, vontades, manhas. Enfim, na culpa de não a deixar feliz, tudo é dado, na construção de um ideal de felicidade material, pela acumulação de presentes, tênis, celular, carros, bem assim, poder o filho fazer o que bem entender. Um adolescente sem limites, que tudo pode e precisa validar seu lugar de sujeito e procura, muitas vezes, nas transgressões (atos infracionais), rebeldia, movimentos radicais (neonazistas), seitas, religiões, brincos, *piercings*, drogas, manter sua identidade consumida pelos pais. De outro, a população excluída que pela televisão vê o mundo que não existe e que resta conquistar, mesmo que pela violência. Sem o limite simbólico, de regra, instaurado, a passagem para o ato violento é mais do que esperada, é fomentada para que se torne sujeito, sujeito de consumo. Em ambos, todavia, a criança e o adolescente estão condenados a realizar o ideal (dos pais e social) de felicidade e, de fato, não conseguem, por impossível. Logo, o que vem deste lugar é o sintoma: violência, depressão, drogas, anorexias, bulimia, doenças psicossomáticas, baixo rendimento escolar, um semblante de bom-mocismo. Tudo para sustentar o sujeito que quer romper com o que lhe oprime: o *Outro*.

5. Além do que, a *adolescência* não pode ser percebida apenas como fase pré-adulta, dado que sua a aproximação *ética* não pode se dar de maneira universal, sob pena de se desconsiderar as peculiaridades de cada singularidade, já que é nela que ocorre o encontro com o real do sexo (sempre traumático), desligamento dos pais e perplexidade sobre o futuro, mormente numa realidade à margem do capitalismo, com declínio da figura parterna (Lacan). Alberti aponta que na fase da adolescência é necessário que algo nos pais falhe, isto é, deixe a desejar, para que somente assim a função paterna se instaure. Sem isto, não há limites, vive-se, como diz Melman, "sem gravidade", sem limites, num mundo que não satisfaz, de fato, porque não pode, nunca, sob pena de se encontrar a morte.

6. Neste contexto é que se discute as possibilidades de intervenção ética perante adolescentes, com especial relevo aos envolvidos em atos infracionais,

dadas as condições sociais denunciadas pela *Criminologia Crítica* (Baratta) acerca da *seleção* e *etiquetamento*, bem assim que mesmo lotados de boa vontade, muitas vezes, a intervenção é totalitária. O Direito Penal e também o Infracional, nesta percepção, apesar de prometerem proteger a todos de forma igual, deixam de tutelar os bens que interessa(ria)m à maioria da população, conformando-se na manutenção de uma ordem desigual, mascarada em bens jurídicos incomensuráveis: um relógio vale mais que a vida. Assim é que nem todos os que praticam formalmente *atos infracionais são infratores*, existindo os da cobertura, sempre salvos dos atropelos do térreo, quiçá do porão (lotado), dada a 'criminalização secundária' (Zaffaroni), pois como assevera Nepomuceno: "*A lei determina qual conduta humana é considerada crime. As agências de poder do sistema penal, por sua vez, dirão quem é o criminalizado.*" Com isto, o discurso repressor se organiza, inclusive na questão das drogas (Rosa Del Omo), na seguinte lógica: *tratar* (terapeuticamente) *de maneira desigual os desiguais*, podendo se selecionar à vontade – *criminalização secundária* – sobre que setores da população será direcionado o controle, graduando a *cidadania*. As ciências médicas e sociais (Medicina, Assistência Social, Pedagogia, Psicologia, dentre outras), sob este prisma, aproximam-se ao *Direito Infracional*, na perspectiva de apontar tecnicamente quem é o *desviante*, *viciado* e o *louco*, bem como prescrever o tratamento e a profilaxia ao 'anormal' (repressão, disciplina, acompanhamento enquanto puder gerar risco, daí a existência da Liberdade Assistida), entendido como *criminoso/infrator* o moralmente perigoso e, numa sociedade à margem do capitalismo, todos os que pretensamente prejudicam a engrenagem (mendigos, ébrios, vadios, que não estudam, se insurgem contra a ordem e a disciplina etc.). Neste momento surge a diferenciação: para rico, *tratamento*, enquanto para o pobre, *exclusão*.

7. A Constituição da República (CF/88, art. 228), ainda que tenha excluído os adolescentes da responsabilização penal e remetido para a legislação ordinária (ECA), jamais acolheu a pretensão, antecipo, totalitária, das pedagogias em moda no âmbito do Ato Infracional. Isto porque o Estado Democrático

de Direito (Ferrajoli) está alicerçado sob o primado da tolerância, alteridade e liberdade do sujeito de ser como bem lhe aprouver. O Estado não possui legitimidade de modificar internamente ninguém. O sujeito, dentre eles o adolescente, possui o Direito Fundamental de exercer sua liberdade, a saber, ser como bem quiser. A intervenção estatal, via o que se denominou Medida Socioeducativa, com fundamento agnóstico (Salo de Carvalho), na linha do Garantismo de Ferrajoli, não pode querer tornar o adolescente melhor, nem pior, ou seja, não pode querer modificar, reformar ou reeducar o adolescente, salvo se houver demanda. Do contrário, são fascistas assassinos de subjetividade. Reconheço que muitos atuam lotados de boas intenções, querendo, não raro, o bem dos adolescentes. Todavia, nem os atores sociais, nem o Estado, numa Democracia, podem impor um modelo de sujeito, isto é, fazer "ortopedia moral", porque este lugar é o do canalha (Lacan): da pedagogia charlatã. Em nome do Bem se promove a maior devastação da subjetividade.

8. Efetuada a leitura da *pretensão pedagógica conforme a Constituição* e o *Garantismo*, não se pode querer impor qualquer processo de *canonização* ao adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, por ser totalitário. Isto é, não se pode querer melhorar, nem piorar o adolescente. Se houver demanda por parte do adolescente, em regra, na busca de um *ideal de eu*, na sua luta eterna com o *romance familiar* (Freud), pode-se indicar democraticamente alguns caminhos: educação, terapia, atividades etc. Nesta hipótese, também, deve-se buscar a *autonomia* do sujeito e não a *normatização* (Foucault), construindo-se um "projeto de vida responsável" como quer Mário Ramidoff. De qualquer forma, é intolerável a estipulação de medidas socioeducativas com prazos indeterminados, mediante o cumprimento *imaginário* das finalidades pedagógicas. Esta, aliás, uma das primeiras modificações a se realizar. É necessário se fixar tempo máximo para cumprimento da medida socioeducativa, independentemente da participação do adolescente nas ditas atividades pedagógicas porque o Estado não possui legitimidade democrática de as impor. O adolescente pode, é seu direito,

não querer partilhar as atividades. E deve ser respeitado. Do contrário, a atitude é *nazista*, como se fazia com os presos nos campos de concentração que eram obrigados ao trabalho. Neste particular da Execução, mas referindo-se ao dos adultos, Salo de Carvalho apresenta, a partir do Garantismo, uma leitura indispensável da realidade brasileira, onde o paradigma *reeducador* – também aplicado aos adolescentes – se apresenta sobranceiro, fazendo com que os sujeitos precisem *imaginariamente* se *docilizar*.

9. Por detrás de toda a *democracia de fachada*, esconde-se, na maioria das vezes, uma postura que pode ser designada de *Complexo de Big Brother*, ou seja, o adolescente precisa sofrer até aceitar a amar o *Grande Irmão* que lhe oprime. Orwell, em sua obra de ficção, relata as agruras do sujeito que é aniquilado pelo *Grande Irmão* que tudo vigia, controla, indica, condiciona (uma Liberdade Assistida mal compreendida pode assumir esta postura). *Winston Smith* – o protagonista – somente se liberta quando aceita *amar o censor*: "*Mas agora estava tudo em paz, tudo ótimo, acabada a luta. Finalmente lograra a vitória sobre si mesmo. Amava o Grande Irmão.*" Qualquer similaridade com a postura dos pais e dos atores da Justiça da Infância e Juventude não é mera coincidência. O ato de desrespeito ao Pai da Horda, representado pelo *Grande Irmão*, não é tolerado. Mas longe de matar o sujeito, o processo de *depuração moral* o submete a um aniquilamento da autonomia (Fernanda Otoni Barros). Em outras palavras, é somente no momento em que o adolescente, representado por *Winston*, aceita amar o poder é que está livre e, então, pode morrer em paz, aniquilado em sua subjetividade (Legendre), docilizado, como querem os representantes do Direito Penal Juvenil. Esta postura de intolerância à autonomia ainda embala as pedagogias e intervenções na seara da Infância e Juventude. É preciso, então, aceitar a autonomia, deixar o sujeito *desejar*. Dentro de limites, claro. Não se está defendendo a total e irrestrita satisfação das *pulsões*. O que é *totalitário* é se impor um modelo de adolescente 'chapa branca', fiel cumpridor das orientações paternas (que sempre querem o bem dos filhos), das normas jurídicas (que não lhe são explicadas) e das autoridades so-

ciais (que não acredita e é obrigado a dissimular). A intervenção da Justiça Infracional se informada pela aliança irrestrita com a autoridade dos pais – que talvez se identifique – favorece o desenlace simbólico do adolescente com o social. As responsabilidades precisam ser recompostas. Insista-se: as defesas podem ser grandes e para que a intervenção possa ser eticamente fundamentada deve existir demanda. Impor o submetimento é agir em nome do *Big Brother* de Orwell, lotado de boas intenções, evidente. A estrutura psíquica em questionamento, por parte do adolescente, deve ser levada em conta para que a eventual medida socioeducativa não signifique um agravamento das motivações escamoteadas no discurso consciente. Sabe-se que a neurose infantil ocupa um lugar importante da estrutura do sujeito, apesar de o sentido, em regra, somente surgir depois, adormecido, na maioria das vezes, pelo período de *latência*, ressuscitando na adolescência. Os desejos incestuosos, relembre-se, geram culpa e a aplicação de medida socioeducativa pode significar, para o sujeito, a quitação da culpa – vigora a lógica de Talião –, retornando, depois, tanto na reincidência como na Justiça Infracional. O *sintoma* não é tocado, mas fomentado pelo substituto paterno: Estado-Juiz. Ademais, deve-se sempre recordar que o sistema repressivo, incluído o socioeducativo, está direcionado para a pobreza, consumidores falhos.

10. Os programas de Execução de medidas socioeducativas deveriam ter propostas de atuação claras, registradas, no sentido garantista e, se houver demanda, da autonomia. Mas acabam funcionando conforme a compreensão dos dirigentes ou dos profissionais envolvidos na sua execução, na mais ampla *discricionariedade*, intolerável democraticamente. O Projeto de Execução de Medidas Socioeducativas em tramitação pode significar um avanço, mas está vinculado, pelo menos no Projeto de lei, também, aos anseios da *Escola Positiva* e da normalização. O que se mostra importante, no contexto, é dizer que o adolescente precisa ser respeitado e o programa deve se organizar de maneira séria e democrática, sem objetivos totalitários ou de higiene moral e social. A idéia é de fomentar e auxiliar na constituição do sujeito, promovendo, se houver *demanda* do adolescente, enca-

minhamentos sociais (cursos, formação técnica, potencialidades etc.), sem o obrigar a realizar as atividades, porque, do contrário, assume a posição de *canalha*. Acontece, não raro, um fingimento do estilo 'me engana que eu gosto'. O adolescente sabe o que precisa dizer para extinguir a medida socioeducativa e os operadores do sistema *imaginariamente* afirmam que o interesse pedagógico foi cumprido. E se extingue mais um processo, em nome da eficiência.

11. Roudisnesco discutindo os limites da intervenção do Estado na regulamentação da *psicanálise*, na França, proporciona um quadro que pode ser aplicado ao de diversos programas de execução de medidas socioeducativas. No caso dos atos infracionais, a aproximação dos saberes se dá pela via da seleção do medo, mediante classificações nosológicas. A compulsão por análises psiquiátricas, médicas, psicológicas, indicações de "CID", deixam evidenciado que a solução da *ortopedia moral* do adolescente passa pela receita de *poções mágicas*, remédios para curar, tudo sobre o medo da epidemia do mal avivada pelo ato infracional. O reino *lombrosiano* da "higienização" com novos monarcas, novos charlatães pedagógicos. Daí para o paradigma medicamentoso é um pequeno passo. Cada vez mais tem sido utilizada a medicação para conter, restringir, alienar adolescente, em nome da ilusória pertinência pedagógica. O medicamento passa a ser a varinha de condão que transforma o 'adolescente infrator' em figura dócil, alienado de sua subjetividade e 'bom cidadão'. A pedagogia charlatã acontece, então, porque se sabe que a intervenção dita pedagógica, longe de buscar a emancipação do sujeito, postulado da *Modernidade*, oprime a subjetividade, aniquilando o sujeito. Em sociedades loucas por higiene, quem representa a sujeira não pode ter outro destino que não a eliminação. Acrescente-se que o modelo puritano de fachada vigora nos princípios da imensa maioria dos programas, sem que se vinculem com as eventuais demandas do adolescente e são impostas, em regra, na perspectiva de um mundo ideal, alienadas dos processos de criminalização. A charlatanice sem fronteiras em nome do bem dos adolescentes esconde o programa de

*eugenismo*, executado por exemplares profissionais técnicos, como Eichmann era, bem mostrou Hannah Arendt.

12. É comum, também, que diante de um ato infracional e o encaminhamento do adolescente ao Juizado, ocorra uma postura totalmente protetiva dos pais. A postura de proteger (possessividade) que se verifica em uma certa parcela de pais, no sentido de evitar dor ao seu filho, implica, não raro, na evitação de qualquer risco por parte deste, impedindo, assim, que desenvolva seu próprio ritmo. Despreparado para os riscos inerentes ao mundo, quando colocado na dinâmica da realidade acaba, muitas vezes, envolvido em acidentes e situações mais traumáticas ainda. Na perspectiva de proteger, os pais deste quilate, no fundo, acabam necessitando que alguém possa intervir para proteger o filho deles próprios. Tornam o filho um prisioneiro sem grades da sua onipotência, com a qual, sabe-se, não poderá contar por toda a vida. A adolescência, o desprendimento deles, com a conseqüente renúncia de ser o objeto de prazer dos pais, torna, em vários casos, a queda muito mais traumática. É importante deixar bem claro que os pais devem falhar, por mais doloroso narcisisticamente que seja, sob pena de não submeter o filho à Lei-do-Pai. A situação se agrava se os pais já não estão sob a Lei, situação cada vez mais reinante (Hurstel). Os riscos, medos, limites, pois, devem ser compartilhados e explicados, a cada passo. Somente assim se constitui uma relação saudável.

13. Assim é que o pretenso êxito da intervenção não pode ser medido geometricamente, muito menos por testes. O exemplo para saber se a intervenção extrema terá efeito somente pode ocorrer *a posteriori*, colocando-se, não raro, a culpa do fracasso no mesmo de sempre: o adolescente. A concepção de adolescente universal é ficcional. É a de um adolescente que não existe. Puro embuste que serve perfeitamente aos interesses ideológicos que lhe subjazem. Dito de outra forma, na Execução da medida socioeducativa, os resultados rígidos são anti-éticos, dado que se deve respeitar o ritmo de cada adolescente. Comparações gene-

ralizantes são totalitárias. Um passo de cada vez, do tamanho da perna do adolescente, pressupõe a demanda. Isto que deveria ser levado em conta, até porque, não raro, o adolescente é o depositário familiar das angústias. A finalidade de que o adolescente cumpra a medida socioeducativa mediante uma submissão acrítica, sem capacidade de reflexão, ocasiona, em regra, sua incompreensão e longe de o aproximar do laço social, afasta. O momento de possível encontro, torna-se em desilusão, ódio e dissimulação. O adolescente se submete para se livrar e acredita-se, comodamente. O *Imaginário* prepondera. Assim, as soluções devem ser singulares e muitas vezes heterodoxas para que possa desenvolver as suas potencialidades, interesses e saberes, condicionados, sabe-se, ao desejo do *Outro*.

14. A necessidade de que a intervenção seja imediata proporciona a significação, sempre existente, das implicações de um processo infracional e da eventual medida socioeducativa. Por isso que longos períodos entre o ato e a resposta, de regra, implicam em que a intervenção se dê em outro adolescente, já modificado pelo tempo. Apesar de o tempo da 'outra cena' não ser temporizável, o ato já foi encadeado simbolicamente e a intervenção é puro ato de poder desprovido de qualquer pretensão rumo à autonomia. Enfim, não há sentido em intervir noutro adolescente, já que as modificações são dinâmicas. Logo, salvo casos extremos, o melhor é a extinção do processo ou eventualmente da medida aplicada porque a autonomia possível já foi alcançada por outros caminhos ou, por outra parte, deixa de existir relação entre o ato e a medida socioeducativa, sendo, no fundo, um ato violento e intempestivo (Frasseto).

15. Um dos caminhos possíveis – já que se tem o mau vezo de sonhar – é de que as propostas pedagógicas padrões sejam rejeitadas, construindo-se, caso a caso, na sua singularidade, um caminho a se trilhar, desde que haja demanda, repita-se. Caso contrário, não resta muita dúvida que a resposta Estatal é mero ato de poder, desprovido de justificação e finalidade, já que não temos que dar ao adolescente o que achamos que é melhor. O sujeito adolescente, em sua alteridade e com suas dificuldades precisa ser resgatado para que a intervenção seja *ética*, tanto

na perspectiva de Dussel como na de Lacan. O engajamento social do adolescente como sujeito depende, primeiro, do reconhecimento de sua autonomia. E isto somente ocorre se há o estabelecimento de um diálogo no qual o adolescente possa esclarecer suas motivações, suas angústias com suas situações – familiares, sociais, sexuais etc. – interditando-se os excessos de gozo de forma a não aniquilar o sujeito que está se constituindo. Responder a violência com mais violência, em tese legitimada, porque em nome do Estado, de fato, não representa qualquer ação positiva para o *laço social*. O laço possível depende de uma compreensão dialogada das situações em conflito, apurando-se, no caso, o caminho mais indicado, preservando-se uma margem de indeterminação. Relembre-se, ainda, que o discurso consciente é o lugar do logro (Lacan) e a postura judicial dificulta o estabelecimento de um intercomunicabilidade efetiva. Existirá sempre um mais-além do discurso, que o próprio sujeito consciente, por básico, não sabe. Neste pensar, a experiência da *mediação com adolescentes*, como quer Juan Carlos Vezzulla, tem sido tremendamente exitosa, principalmente em casos de pequenas infrações, na escola ou intrafamiliar. Se isto não é possível por ausência de condições materiais e técnicas, a intervenção deve ser imediata e o menos violante simbólica e materialmente possível, porque quase sempre fracassa. Este é um sendero.

16. Acrescente-se, de outra face, que buscar humanizar a Justiça da Infância e Juventude não pode se dar sem um certo grau de *ceticismo*. A *Jurisdição* está sempre vinculada ao poder, o velho Chiovenda evidenciou. O que se pode fazer é se abrir alguns espaços de diálogo. Fingir assumir uma postura de igualdade é pura *canalhice* de uma sociedade estruturalmente perversa. Isto porque se o adolescente não acolhe o que se quer, se impõe. Se é democrático até o momento em que o adolescente se submete, sofrendo-se de um *Complexo de Big Brother*, ou seja, ele precisa sofrer até aceitar a amar o *Grande Irmão*. Por tais razões, somente rejeitando o paradigma pedagógico que se pode intervir democraticamente. É impossível epistemologicamente definir-se um padrão de atuação da dita pedagogia universal. Logo, a proposta pedagógica sempre será

charlatã, de boa ou má-fé. Assim é que a única saída é rejeitar o padrão pedagógico, lendo-o conforme a democracia, enfim, não se pode querer melhorar ou piorar nenhum dos adolescentes, na linha do garantismo (Ferrajoli). Roudinesco conclui, com acerto: "*Nunca devemos ceder nem ao procedimento do silêncio nem à aceitação da arbitrariedade legal.*"

17. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho há muito denuncia a maneira pela qual o discurso da eficiência, inclusive princípio constitucional (CF/88, art. 37), para os incautos de plantão, embrenhou-se pelo processo infracional em busca da sumarização dos procedimentos, da redução do direito de defesa, dos recursos, enfim, da democracia. A razão eficiente que busca a medida socioeducativa *fast-food* implicou nos últimos anos na "McDonaldização" do Direito Infracional: Remissões e sentenças que são prolatadas no estilo "peça pelo número". A standartização da intervenção. Tudo em nome de uma McMedida-Infeliz. Nada mais cínico e fácil de ser acolhido pelos atores jurídico, de regra, "analfabetos funcionais." A primeira questão, com efeito, a ser enfrentada é a do "ator analfabeto funcional", ou seja, ele sabe ler, escrever e fazer conta, vai até na feira sozinho, mas é incapaz de realizar uma leitura compreensiva. Defasado filosófica e hermeneuticamente, consegue ler o ECA, mas precisa que alguém lhe indique o que é o certo. Sua biblioteca é composta, de regra, pela coleção de Resumos, nada sabe da subjetividade, acompanhado de uma lamúria eterna de que o direito infracional é complexo, por isso lê auto-ajuda. Quem sabe, com um pouco de fluxetina ou algo do gênero, para dar conta. Complementa o "kit nefelibata" – dos atores que andam nas nuvens – com um CD de Jurisprudência ou acolhe sem maiores reflexões os laudos totalitários, de regra, das ditas Equipes Interprofissionais –, negando-se compulsivamente a pensar. O resultado disto, por básico, é o que se vê. Um deserto teórico no campo do ECA, em que cerca de 60% – sendo otimista – dos atores jurídicos são incapazes de compreender o que fazem. Para além da "opacidade do direito" (Carcova) e sua atmosférica mito-lógica (Warat), existe uma geléia de "atores jurídicos

analfabetos funcionais". Estes, por certo, não sabem compreender hermeneuticamente, porque para isso precisariam saber pelo menos do giro lingüístico, isto é, deveriam superar a Filosofia da Consciência em favor da Filosofia da Linguagem. Seria pedir muito? Talvez. Mas é preciso entender que o sentido de uma norma jurídica (norma: regra e princípio) demanda um círculo hermenêutico (Heidegger e Gadamer), incompatível com os essencialismos ainda ensinados na graduação: vontade da norma e vontade do legislador, tão bem criticados por Lenio Streck.

18. No campo Direito Infracional, filha mais promissora da Escola Positiva (Lombroso), a situação é patológica. É que as gerações antecedentes, a saber, os atuais atores (professor, juiz, promotor, procurador, advogado, delegado, pedagogo, assistente social, psicóloga etc.), em grande parte, não sabem também compreender. São "atores analfabetos funcionais" que pensam que pensam e, não raro, ocupam seus lugares, incapazes, porque não dominam, de repassar uma cultura democrática. Estes, portanto, muitos de boa-fé, reconheço, acreditam que são democráticos ao quererem o bem dos adolescentes. Uma fraude encenada em que se mantém a pose de democrata, com muita maquilagem cínica e a vítima é o adolescente, o *Homo-Sacer* de Agamben.

19. As vidas que se escondem nos processos infracionais, na sua grande maioria, são irreais para os promotores, advogados, assistentes sociais, psicólogos, pedagogos, e juízes que assistem como se fosse mais um filme de mau-gosto, protagonizado por artistas que não merecem o papel. Deveriam ser retirados de cena. E são. É preciso retornar ao que Zizek aponta como o "Deserto do Real", saindo do semblante do universo processual artificial construído para que nos esqueçamos que existem pessoas morrendo. Gente. Como eu e você. Mas como não conseguimos ter a dimensão do que acontece, substituímos pelo semblante da ficção e suas verdades, para alguns, real. Este discernimento entre o real e o ficcional é o desafio num mundo sem perspectivas que não a estrutura perversa do *Shopping Center* (Jurandir Freire Costa).

20. Num mundo sem limites, pois, em que a função paterna encontra-se em declínio, no qual o desejo de não sofrer é o objetivo imaginário e inalcançável, os adolescentes encontram-se submetidos, de regra, ao desejo totalitário das pedagogias charlatãs, nas quais, a subjetividade é aniquilada em nome do Bem, do Justo, dos adolescentes. Lugar empulhador, do perverso, do canalha (Lacan). É preciso dar um basta, revendo muitos dos pontos de vista até então acolhidos sem maiores reflexões, resgatando-se, de alguma forma, a função paterna. Caso contrário, parafraseando Agostinho Ramalho Marques Neto, quem salva o adolescente da bondade dos bons?

21. Quando Georg Lukács foi preso, o policial perguntou se estava armado, tendo este lhe entregue calmamente a caneta. É preciso que as canetas pesem eticamente para dar um basta. Que me entendam fugazmente se forem capazes, disse, sabiamente, Lacan. Temos que correr riscos sempre, enunciar e segurar o lugar (Melman), porque prefiro perecer pelos extremos do que pelas extremidades, como aponta Baudrillard. Muito Obrigado.

# A Lei de Improbidade e a dosimetria de suas sanções

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça. Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais e Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa

**Sumário:** 1. Aspectos introdutórios – 2. Natureza jurídica das sanções – 3. Atos de improbidade e crimes de responsabilidade – 4. Dosimetria das sanções: 4.1 Diretivas de proporcionalidade na individualização das sanções; 4.2 Fixação da reprimenda base; 4.3 Circunstâncias atenuantes e agravantes; 4.4 Subsunção da conduta a mais de um padrão normativo; 4.5 Pluralidade de atos de improbidade – 5. Epílogo.

**Resumo:** O estudo da improbidade administrativa, concebida como ilícito de natureza extra-penal que infringe a objetividade jurídica tutelada pela Lei nº 8.429/1992, torna imperativo sejam envidados esforços no sentido de compreender o alcance da carga sancionadora passível de incidir sobre o ímprobo e a metodologia a ser utilizada na individualização da respectiva dosimetria. Para tanto, é necessário sejam seguidas diretivas de proporcionalidade na fixação das sanções, evitando o *plus*, que certamente causará um mal superior àquele que se buscou combater, e o *minus*, demonstrativo de leniência e indiscutível estímulo à prática de novas infrações.

**Palavras-chave:** Improbidade – Sanções – Interpretação – Proporcionalidade – Administrativo.

# 1. Aspectos introdutórios

Identificado o bem jurídico tutelado e positivada a norma proibitiva que visa a preservá-lo, é imprescindível seja estabelecida a reprimenda em que incidirá o infrator. A sanção deve guardar relação com o ilícito praticado, variando qualitativa e quantitativamente conforme a lesividade da conduta.

Essa regra abstrata de proporção não deve ser concebida em um sentido material, conforme fora acolhido pelas mais remotas tradições ocidentais com a adoção do Talião – era a conhecida fórmula olho por olho, dente por dente. A proporção haverá de se refletir em um sentido psicológico, estabelecendo um efeito moral entre o ilícito e a sanção, tudo em conformidade com a força moral objetiva de que falava Carrara.[1]

A razão de ser da sanção não reside no prejuízo a ser causado ao infrator, mas, sim, na necessária dissipação da intranqüilidade gerada, com a conseqüente restauração da soberania do direito, principal alicerce da segurança que deve reinar nas relações sociais. A proporção que deve existir entre o ilícito e a sanção deve ser correlata à existente entre as forças morais presentes no temor causado aos cidadãos e no lenitivo que será utilizado para tranqüilizá-los.

Ainda segundo o Mestre de Luca,[2] "a pena deve possuir tanta força moral objetiva quanto baste para destruir a exercida pelo delito sobre o cidadão. Neste cálculo, as condições da natureza humana levam espontaneamente a se ter em consideração as respectivas materialidades, enquanto o mal moral sofra a proporção do material. Mas o critério racional da proporção encontra-se inteiro no cálculo da ação e da reação das duas forças morais objetivas. Qualquer 'me-

1. "A proporção aritmética corresponde à etimologia da palavra *pena*, derivada de *pendere*. A pena não é senão uma troca de valores. É a moeda com que se paga o delito. *Poena*, disse Papiniano (*leg.* 41, *ff. de poenis*), *est aestimatio delicti*" (Francesco Carrara, *Programa do Curso de Direito Criminal*, Parte Geral, vol. II, trad. de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, p. 149).

2. Ob. cit., p. 151.

nos' é insuficiente, e o legislador falta ao seu *dever*; todo 'mais' é injusto, e o legislador pune sem *direito*."

A justa proporção entre a sanção e o ilícito será encontrada a partir da identificação do ilícito de menor potencialidade lesiva, sendo cominada uma reprimenda compatível com a sua natureza. Fixada a reprimenda mínima, deve-se seguir um critério de graduação crescente, majorando-se a sanção conforme aumente a lesividade dos ilícitos. O ápice da escala deve ser impreterivelmente ocupado por uma sanção composta de valores variáveis, o que possibilitará a sua adequação a ilícitos de igual natureza, mas que apresentem gravidade extrínseca distinta, a qual variará em conformidade com as circunstâncias em que se desenvolvera a ação.

Adotando-se tais critérios, constata-se que o ato que importe em inobservância dos princípios administrativos apresenta-se como o ilícito de menor potencialidade lesiva previsto na Lei 8.429/92, já que a ele são cominadas as sanções mais brandas. O extremo oposto é ocupado pelos atos que importem em enriquecimento ilícito, assumindo posição intermediária aqueles que causem dano ao erário.

Os mesmos critérios também corroboram o *iter* sugerido para a identificação do ato de improbidade, devendo o processo de análise ser iniciado a partir da violação dos princípios que regem a atividade estatal, seguindo-se as operações posteriores até se identificar a real lesividade do ato.

A regra de proporção, assim, se manifestará na atividade legislativa, com a cominação de sanções que se mostrem adequadas à natureza do ilícito que se busca coibir; na verificação da compatibilidade entre a conduta e os efeitos que advirão com a aplicação da Lei 8.429/92, operação esta que ensejará a identificação da denominada *improbidade material*; e, por último, na atividade jurisdicional, com a aplicação das sanções que, no caso concreto, se afigurem mais justas.

Após descrever de forma enunciativa as três ordens de atos de improbidade que disciplina, elenca a Lei 8.429/92, nos incisos do art. 12, as sanções passíveis

de aplicação ao agente ímprobo, as quais apresentam diversidade e intensidade suficientes para recompor a ordem jurídica lesada.[3]

Por incidirem em diferentes objetividades jurídicas do ímprobo, culminarão em "atingir a paixão que o impeliu ao delito, a fim de privá-lo do bem que com o seu próprio ato ele mais demonstrou apetecer-lhe".[4] Nos tópicos seguintes, realizaremos uma breve abordagem da natureza jurídica dessas sanções e das diretrizes de proporcionalidade a serem observadas na sua fixação.[5]

Além das sanções passíveis de serem aplicadas ao agente, também a nulidade do ato ilícito praticado deve ser perseguida, sendo esta normalmente um antecedente lógico daquelas. Frise-se, ainda, que a técnica legislativa adotada pela Lei 8.429/92, essencialmente voltada ao infrator, em nada impede, antes aconselha, a imprescindível declaração de nulidade do ato, o que é da própria essência

3. Eis as sanções cominadas na Lei 8.429/92: "Art.12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: I – na hipótese do art. 9.º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos; II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos; III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração recebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos. Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente."

4. Carrara, ob. cit. p. 158.

5. As conclusões aqui sustentadas, em linhas gerais, acompanham aquelas que declinamos na primeira parte da obra intitulada *Improbidade Administrativa*, 3. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 423/510.

do sistema pátrio de controle jurisdicional dos atos administrativos.[6] Não obstante, inexistindo pedido neste sentido, nada impedirá a aplicação das sanções relativas ao ato de improbidade praticado pelo agente, restando sempre a possibilidade de anulação do ato em demanda diversa.

## 2. Natureza jurídica das sanções

Com o evolver das civilizações e a constante mutação das relações intersubjetivas, foi inevitável o aperfeiçoamento do regramento social. Outrora de proporções reduzidas, ao alcance e sob o controle de todos; hodiernamente, afigura-se eivado de complexidade ímpar, culminando em ser aglutinado em compartimentos normativos, os quais se encontram subdivididos conforme a natureza e a importância dos interesses tutelados.

Com esteio em tal concepção, formulou-se a dicotomia entre o público e o privado, bem como a inevitável repartição de cada um daqueles ramos consoante graus de especificidade que identificavam as novas ramificações como espécies do mesmo gênero, com pontos comuns de contato, mas igualmente com dissonâncias que desaconselhavam a análise e a disciplina de forma conjunta. No entanto, qualquer que seja o ramo em que esteja armazenada a norma de conduta, ela normalmente apresenta um componente indissociável, qual seja, uma sanção para a sua inobservância.

A sanção será passível de aplicação sempre que for identificada a subsunção de determinada conduta ao preceito proibitivo previsto de forma explícita ou implícita na norma. A sanção, pena ou reprimenda apresenta-se como o elo de uma grande cadeia, cujo desdobramento lógico possibilita a concreção do ideal de bem-estar social, caracterizando-se, ainda, como instrumento garantidor da soberania do direito, concebido este não como mera abstração, mas como fator perpétuo e indissociável do bem-estar geral.

6. Vide art. 2.º da Lei 4.717/65, arts. 2.º e 53 da Lei 9.784/99 e arts. 2.º, 49 e 59 da Lei 8.666/93.

Como se vê, sob o prisma ôntico, não há distinção entre as sanções cominadas nos diferentes ramos do direito, quer tenham natureza penal, civil, política ou administrativa, pois, em essência, todas visam a recompor, coibir ou prevenir um padrão de conduta violado, cuja observância apresenta-se necessária à manutenção do elo de encadeamento das relações sociais.

Sob o aspecto axiológico, por sua vez, as sanções apresentarão diferentes dosimetrias conforme a natureza da norma violada e a importância do interesse tutelado, distinguindo-se, igualmente, consoante a forma, os critérios, as garantias e os responsáveis pela aplicação. Em suma, as sanções variarão em conformidade com os valores que se buscou preservar.

Caberá ao órgão incumbido da produção normativa, direcionado pelos fatores sócio-culturais da época, identificar os interesses que devem ser tutelados e estabelecer as sanções em que incorrerão aqueles que os violarem. Inexistindo um elenco apriorístico de sanções cuja aplicação esteja adstrita a determinado ramo do direito, torna-se possível dizer que o poder sancionador do Estado forma um alicerce comum, do qual se irradiam distintos efeitos, os quais apresentarão peculiaridades próprias conforme a seara em que venham a se manifestar.

No direito positivo pátrio, não são encontrados parâmetros aptos a infirmar a regra geral acima exposta, existindo unicamente sanções que são preponderantemente aplicadas em determinado ramo do direito. À guisa de ilustração, podemos mencionar:

a) o cerceamento da liberdade do cidadão, normalmente sanção de natureza penal (art. 5.º, XLVI, CF/88), também é passível de ser utilizado como sanção contra o depositário infiel e o inadimplente do débito alimentar (art. 5.º, LXVII, da CF/88), erigindo-se como eficaz meio de coerção para o cumprimento de tais obrigações e, igualmente, como sanção disciplinar em relação aos militares, não podendo ser afastado nem mesmo com a utilização do *habeas corpus* (art. 142, § 2.º, da CF/88);

b) a infração aos deveres funcionais pode acarretar para o servidor público a perda do cargo, a qual poderá se caracterizar como sanção de natureza cível (art. 37, § 4.º, da CF/88), administrativa (art. 41, § 1.º, II e III, da CF/88) ou penal (art. 5.º, XLVI, da CF/88);

c) a suspensão dos direitos políticos pode apresentar-se como conseqüência de uma sanção penal (art. 15, III, da CF/88) ou de uma sanção política (art. 85 da CF/88 e Lei 1.079/50).

No âmbito específico da improbidade administrativa, tal qual disciplinada na Lei 8.429/92, as sanções serão aplicadas por um órgão jurisdicional, com abstração de qualquer concepção de natureza hierárquica, o que afasta a possibilidade de sua caracterização como sanção disciplinar (*rectius*: administrativa[7]).

Na medida em que as sanções previstas em seu art. 12 – a perda de bens ou valores de origem ilícita, o ressarcimento do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil e a proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público – são passíveis de aplicação por um órgão jurisdicional, resta analisar se possuem natureza penal ou cível (*rectius*: extrapenal). À luz do direito posto, inclinamo-nos por esta, alicerçando-se tal concepção nos seguintes fatores:

a) o art. 37, § 4.º, *in fine*, da CF/88, estabelece as sanções para os atos de improbidade e prevê que estas serão aplicadas de acordo com a gradação prevista em lei e "sem prejuízo da ação penal cabível";[8]

7. Ver arts. 16 e 20 da Lei 8.429/92. Note-se que as sanções previstas no art. 12 podem ter previsão expressa no Estatuto dos Servidores Públicos, sendo passíveis de aplicação em processo administrativo-disciplinar; isto com exceção da suspensão dos direitos políticos (art. 15 da CF/88), pois, tratando-se de direito fundamental, sua restrição por órgão que não desempenhe atividade jurisdicional dependeria de previsão específica, o que não ocorre (ver José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 333).

8. O teor desse preceito constitucional denota claramente a inconstitucionalidade parcial do *caput* do art. 339 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei 10.028, de 19.10.2000, *verbis*: "Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, inquérito civil *ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.* Pena... (destaque nosso). Se os atos de improbidade e as

b) regulamentando esse dispositivo constitucional, dispõe o art. 12, *caput*, da Lei 8.429/92 que as sanções serão aplicadas independentemente de outras de natureza penal;

c) as condutas ilícitas elencadas nos arts. 9.º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, ante o emprego do vocábulo "notadamente", tem caráter meramente enunciativo, o que apresenta total incompatibilidade com o princípio da estrita legalidade que rege a seara penal,[9] segundo o qual a norma incriminadora deve conter expressa e prévia descrição da conduta criminosa;

d) o processo criminal atinge de forma mais incisiva o *status dignitatis* do indivíduo, o que exige expressa caracterização da conduta como infração penal, sendo relevante frisar que ela produzirá variados efeitos secundários;

e) a utilização do vocábulo "pena" no art. 12 da Lei 8.429/92 não tem o condão de alterar a essência dos institutos, máxime quando a similitude com o direito penal é meramente semântica;

f) a referência a "inquérito policial" constante do art. 22 da Lei 8.429/92 também não permite a vinculação dos ilícitos previstos neste diploma legal à esfera penal, já que o mesmo dispositivo estabelece a possibilidade de o Ministério Público requisitar a instauração de processo administrativo e não exclui a utilização do inquérito civil público previsto na Lei 7.347/85, o que demonstra que cada qual será utilizado em conformidade com a ótica de análise do ilícito e possibilitará a colheita de provas para a aplicação de distintas sanções ao agente;

g) a aplicação das sanções elencadas no art. 12 da Lei de Improbidade pressupõe o ajuizamento de ação civil (art. 18), possuindo legitimidade ativa *ad causam* o Ministério Público e o ente ao qual esteja vinculado o agente público, enquan-

respectivas sanções têm natureza cível, evidentemente não se pode ajuizar ação de improbidade administrativa contra alguém imputando-lhe a prática de crime, já que esta não é a seara adequada para que tal pretensão seja deduzida".

9. Art. 5.º, XXXIX, da CF/88.

to que as sanções penais são aplicadas em ações de igual natureza, tendo legitimidade, salvo as exceções constitucionais, unicamente o Ministério Público.

Em que pese a sua natureza extrapenal, a aplicação das sanções cominadas na Lei de Improbidade, não raro, haverá de ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, o qual sempre assumirá uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que este, como visto, deflui de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão.[10]

A questão ora estudada, longe de apresentar importância meramente acadêmica, possui grande relevo para a fixação do rito a ser seguido e para a identificação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar a lide, já que parcela considerável dos agentes ímprobos goza de foro por prerrogativa de função nas causas de natureza criminal.[11]

Identificada a natureza cível das sanções a serem aplicadas, inafastável será a utilização das regras gerais de competência nas ações que versem sobre improbidade administrativa, o que culminará em atribuir ao Juízo monocrático,[12]

10. Sobre a aplicação do direito penal no plano do direito administrativo sancionador, "*con carácter supletório y para el llenado de lagunas*", vide Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 3. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 165 e ss.

11. Nos crimes comuns, o Prefeito será julgado perante o Tribunal de Justiça (art. 29, X, da CF/88); os membros do Congresso Nacional perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *b*, da CF/88); o Governador e os membros dos Tribunais Regionais Federais, Regionais do Trabalho e de Justiça perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *a*, da CF/88) etc.

12. Fábio Konder Comparato (Ações de Improbidade Administrativa, *RTDP* 26/153) sustenta que sequer o Legislativo estaria legitimado a instituir hipóteses outras de foro por prerrogativa de função que não aquelas previstas na Constituição de 1988. Segundo o jurista, em que pese inexistir preceito expresso nesse sentido, diversamente do que se verificava nas Constituições pretéritas (art. 179 da Carta de 1824; art. 72, § 23, da Constituição de 1891; art. 113, 25, da Constituição de 1934; art. 141, § 26, da Constituição de 1946; e art. 153, § 15, da Carta de 1967/1969), tal conclusão decorre do princípio da igualdade, que, segundo João Barbalho (*Constituição Federal Brasileira* – Comentários, p. 444), "impõe que a mesma proteção legal, os mesmos juízes, as mesmas fórmulas tutelares, alçadas e instâncias, os mesmos procedimentos judiciais se apliquem sem restrições, sem acepção das pessoas, a todos indistintamente a quem o Estado, por órgão de sua magistratura, tenha de fazer justiça". É à luz do princípio da isonomia que deve ser intepretado o

*verbi gratia*, o processo e o julgamento das causas em que o Presidente da República,[13] o Procurador-Geral da República,[14] Senadores,[15] Deputados Federais,[16] Prefeitos,[17]

disposto no art. 5.º, LIII, da CF/88, sendo direito fundamental do indivíduo ser julgado "pela autoridade cuja competência tenha sido determinada de acordo com o sistema constitucional". A vedação do privilégio pessoal também decorre do regime republicano, pois todos os servidores devem agir em busca da satisfação do interesse público e nenhum particular é senhor do poder. Assim, é inadmissível que, além de violar o princípio da reserva constitucional na criação de foros privilegiados, os detentores do poder, em posição singular, não adotada em nenhum país do mundo, venham a instituir tal privilégio em seu próprio benefício, tarefa somente deferida ao Constituinte originário. Ao final, alerta que essa vedação é correlata à proibição de se criarem tribunais de exceção, pois a ilegítima revogação das regras de competência terminaria por afastar a regra de que os "os órgãos do Poder Judiciário devem ser, por sua própria natureza, permanentes e não circunstanciais."

13. STF, AgRg em Pet 693-4, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 12.08.1993, *DJ* de 01.03.1996, p. 5.013. Em reiteradas oportunidades, o STF decidiu que não é competente para processar e julgar as ações populares ajuizadas em face do Presidente da República (Pet 2.239/RS, *DJU* de 02.02.2001; 1.546/RJ, 1.282 (AgRg)/RJ, 713/RJ, 682/MS e 626/MG).

14. TRF-1ª R., Ag 2000001000132274/DF, *DJ* de 04.05.2001, p. 640.

15. STF, AgRg em Reclamação 1.110-1, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.11.1999, *DJ* de 07.12.1999, p. 58. Lê-se, na ementa do julgado, que "o Supremo Tribunal Federal – mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns – não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas. Precedentes".

16. STF, Pleno HC 80.112-PR, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 01.08.2000, *DJ* de 17.11.2000. Neste caso, o *writ* havia sido impetrado visando ao trancamento de inquérito civil público instaurado para apurar a prática de atos de improbidade em que se vislumbrava o envolvimento de Deputado Federal. Anteriormente ao julgamento, o Tribunal foi cientificado do ajuizamento, em primeira instância, de "ação civil pública declaratória de ato de improbidade administrativa e ressarcimento por dano causado ao patrimônio público, com pedido de liminar de indisponibilidade e de afastamento de cargo público". Ao final, não vislumbrando qualquer usurpação de sua competência, terminou por denegar a ordem, à unanimidade, ante a inexistência de ameaça ao direito de ir e vir do paciente. Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence ressaltou ser "óbvio que do inquérito civil para apurar improbidade administrativa pode resultar a colheita de elementos informativos de natureza criminal", mas deixava claro "que a circunstância de o fato a apurar ter repercussões penais não elide a possibilidade do inquérito civil e só por si não desloca para o Supremo Tribunal Federal a competência para realizá-lo.

17. STJ, 6ª Turma, RO em MS 6.208, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 10.11.1998, *DJ* de 15.03.1999. Não merece ser acolhida a tese de que os amplos termos do art. 29, X, da CF/1988 ("julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça") impediriam que o Prefeito fosse julgado pelo juiz monocrático por atos de improbidade. Tem-se, aqui, aquilo que Larenz (*Metodologia da Ciência do Direito*, p. 535) denominou de "lacuna oculta", presente sempre que "a lei contém precisamente uma regra aplicável a casos desta espécie, mas que, segundo o seu sentido e fim, não se ajusta a este determinado grupo de casos, porque não atende à sua especificidade, relevante para a

Conselheiros dos Tribunais de Contas,[18] membros dos Tribunais Regionais do Trabalho[19] e Juízes de Tribunais Regionais Federais[20] figurem no pólo passivo.

Há quem procure sustentar a aplicabilidade do foro por prerrogativa de função nesta seara sob o argumento de que a severidade das sanções cominadas o

valoração". Essa "lacuna oculta" será preenchida a partir da interpretação da norma, norteada, principalmente, por critérios teleológico-sistemáticos. Especificamente em relação aos preceitos constitucionais que dispõem sobre o foro por prerrogativa de função, constata-se a observância de duas diretrizes básicas: referem-se à matéria criminal e a algumas causas em que haja restrição de direitos fundamentais do cidadão, sendo a autoridade contemplada com o foro especial a responsável pela coação (*v.g.*: mandado de segurança, *habeas corpus* etc.). Em nenhum momento a Constituição prestigiou entendimento tão amplo quanto aquele sugerido pelos defensores da tese de que o Prefeito não poderia ser julgado em 1ª instância por atos de improbidade. À simples e cômoda interpretação literal do art. 29, X, da CF/88 deve ser preferida àquela que desvenda a sua *ratio* e preserva a harmonia do sistema, o que terminará por afastar a iniquidade que surgiria com a conclusão de que o Prefeito, em flagrante dissonância com o princípio da isonomia, é o único agente público no Brasil a gozar de foro especial para o julgamento dos atos de improbidade. A 2ª Turma do STJ, do mesmo modo, já decidiu que "o Prefeito Municipal só tem o Tribunal de Justiça como seu juiz natural nas ações penais, e não nas cíveis" (RO em MS 2.621/PR, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 15.05.1997, *DJ* de 23.06.1997, *RSTJ* 98/140). Na ocasião, afirmou o relator: "ora, como bem asseverou o eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, ao proferir o seu voto-condutor no RMS 1.981/AM, 'a regra contida no art. 29, VIII, da Constituição Federal deve ser interpretada com temperamento, de forma sistemática e integrativa a outros princípios constitucionais, por isso que compete ao Tribunal de Justiça julgar o Prefeito Municipal apenas no pertinente aos crimes comuns' (1ª Turma do STJ, unânime, publicado na *RSTJ* 58/167)". No mesmo sentido: Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, pp. 260/261.

18. STJ, Corte Especial, Rec. 780/AP, rel. Min. César Asfor Rocha, red. des. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 07.11.2001, DJ de 07.10.2002.

19. STJ, Corte Especial, Rec. 591, rel. Min. Nílson Naves, j. em 01.12.1999, *DJ* de 15.05.2000. Em parecer sobre o tema, Paulo Brossard sustenta a competência do STJ para processar e julgar membro de Tribunal Regional do Trabalho por ato de improbidade (*Revista Interesse Público* 2/108). Aduz, em síntese, que apesar de as sanções da Lei 8.429/92 terem natureza cível, deve ser realizada uma "construção constitucional" visando à utilização das regras de competência relativas à matéria criminal (ante a parcial similitude dos efeitos da decisão – perda do cargo e suspensão dos direitos políticos), pois, em que pese reconhecer a não aceitação de uma interpretação extensiva em tal seara, "a Constituição não é aleijada", postulado este que certamente seria violado fosse admitido que um juiz inferior julgasse outro de hierarquia superior, isto em nítida afronta ao sistema constitucional consagrado de 1824 a 1988, máxime quando possa resultar em perda do cargo de juiz. Não obstante o brilho dos argumentos, entendemos que a capacidade de criação do direito é deferida ao legislador, não ao intérprete, motivo pelo qual não encampamos quer as premissas, quer a conclusão.

20. STJ, Corte Especial, HC 22.342/RJ, rel. Min. Félix Fischer, j. em 18.09.2002, *DJ* de 23.06.2003, p. 231.

justificaria, pois teriam "forte conteúdo penal".[21] Essa tese, no entanto, possui maior alicerce na emoção que propriamente na razão. Com efeito, o caráter penal ou extrapenal de determinada sanção, como vimos, é determinado pela opção política do legislador, não propriamente por sua severidade (*rectius*: real perspectiva de efetividade, o que em muito justifica o temor de alguns). Além disso, não nos afigura possível igualar, porquanto vegetais, frutas e leguminosas, pois cada qual possui suas características intrínsecas. A competência, do mesmo modo, e isto é importante repetir, é determinada em conformidade com a natureza da matéria versada, o que impede a extensão do foro por prerrogativa de função, sob os auspícios de uma pseudo "força de compreensão", às ações de natureza cível.

Acresça-se, ainda, que sequer o legislador infraconstitucional está autorizado a elastecer as hipóteses de foro por prerrogativa de função previstas no texto constitucional. Essa impossibilidade, aliás, há muito foi reconhecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América: trata-se do conhecido *Case Marbury* v. *Madison*, que data de 1803.[22] Na ocasião, o Tribunal deixou de apreciar o mérito do caso sob o argumento de ser inconstitucional a lei que lhe outorgou tal competência, já que alargou, de modo indevido, o rol de competências traçado no art. III da Constituição. Nas lúcidas palavras do Ministro Celso de Mello,[23] constitucionalista de brilho invulgar, "é importante rememorar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 17 de agosto de 1895 (Acórdão 5, Rel. Min. José Hygino), já advertia, no final do século 19, não ser lícito ao Congresso Nacional, mediante atividade legislativa comum, ampliar, suprimir ou reduzir a esfera de competência da Suprema Corte, pelo fato de tal complexo de atribuições jurisdicionais derivar, de modo imediato, do próprio texto constitucional, proclamando, então, naquele julgamento, a impossibilidade de tais mo-

21. Neste sentido: Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, "Competência para julgar ação de improbidade administrativa", *Revista de Informação Legislativa* n. 138/213.

22. 1 *Cranch* 137, 1803.

23. STF, Recl. 2.657 MC/PR, rel. Min. Celso de Mello, j. em 21.06.2004, Inf. n. 358.

dificações por via meramente legislativa, 'por não poder lei ordinária augmentar nem diminuir as atribuições do Tribunal (...)' ('Jurisprudência/STF', p. 100/101, item n. 89, 1897, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional)".

Não é demais lembrar que o sistema pátrio apresenta singularidades em relação a alguns modelos europeus no que diz respeito à definição da competência dos respectivos Tribunais Constitucionais. Na Alemanha, além de a Lei Fundamental de Bonn ter definido um rol básico de competências do *Bundesverfassungsgericht*, ainda reconheceu a possibilidade de lei federal atribuir-lhe outras mais.[24] Técnica idêntica foi encampada na Espanha[25] e em Portugal.[26] O modelo italiano, ao revés, aproxima-se do brasileiro, delimitando no texto constitucional, em *numeros clausus*, as matérias de competência da *Corte Costituzionale*.[27] Da análise dos distintos sistemas é possível concluir que a legislação infraconstitucional somente pode elastecer a competência do Tribunal quando expressamente autorizada pela Constituição.

Prestigiando essa linha argumentativa, o Supremo Tribunal Federal terminou por declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos do art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 10.628, de 24.12.2002, publicada no Diário Oficial de 26.12.2002, que tinha o seguinte teor: "*Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de*

24. Vide art. 93, 2, da Lei Fundamental de Bonn. Na doutrina: Gerhard Robbers, *Einführung in das deutsche Recht*, pp. 72 e 73.

25. Vide art. 161, 1, d, da Constituição espanhola e Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, de 3.10.1979. Na doutrina: Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 137 e ss.

26. Vide art. 223, 3, da Constituição portuguesa e Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, de 15.11.1982. Na doutrina: J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6. ed., pp. 676 e ss.

27. Vide art. 134 da Constituição italiana. Na doutrina: Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale*, pp. 612 e ss.

*responsabilidade. § 1.º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. § 2.º A ação de improbidade, de que trata a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1.º.*"[28]

## 3. Atos de improbidade e crimes de responsabilidade

Tese surpreendente e que tem merecido certo prestígio no Supremo Tribunal Federal é a de que os atos de improbidade, em verdade, redundariam em

28. A inconstitucionalidade parcial da Lei 10.628/2002 foi suscitada perante o STF pela Associação Nacional dos membros do Ministério Público (CONAMP) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), respectivamente, ADI 2.797/DF e 2.860/DF. A liminar, que havia sido indeferida pelo Presidente em exercício, Ministro Ilmar Galvão, não impediu, no entanto, a realização do controle difuso de constitucionalidade pelas instâncias inferiores. Esse controle, como se sabe, não é obstado por pronunciamento negativo exarado pelo STF em sede cautelar, pois este é informado por requisitos específicos – o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* –, em nada se confundindo com a decisão final a ser prolatada após uma cognição exauriente. Juridicidade à parte, esse argumento não foi acolhido em inúmeras decisões monocráticas proferidas no âmbito do STF, sendo sustentado que, em decorrência do indeferimento da liminar, tinha-se "a presunção de legitimidade da lei" (*v.g.*: Recl. 2.509, 2.652, 2.669 e 3.004, rel. Min. Gilmar Mendes; Recl. 2.623, rel. Min. Ellen Gracie; Recl. 2.645, rel. Min. Cezar Peluso; Recl.2657, rel. Min. Celso de Mello). Na Recl. 2.381, rel. Min. Carlos Britto, tal entendimento foi chancelado pelo Plenário, que assentou a impossibilidade de outro órgão do Poder Judiciário deixar de aplicar a lei enquanto não julgada a referida ADI (j. em 06.11.2003 – Inf. N. 328). Na Recl. 2.810-1, rel. Min. Marco Aurélio, o Tribunal reviu a posição anterior e assentou que "o indeferimento de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, pouco importando o fundamento, não dá margem à apresentação de reclamação", não havendo óbice ao exercício de controle difuso face à ausência de efeito vinculante da decisão que indefere a liminar em ADI (j. em 18.11.2004, *DJU* de 18.03.2005). Julgando o mérito da ADI 2.797/DF, sendo relator o Min. Sepúlveda Pertence, o Tribunal, em 15.09.2005, com três votos vencidos (Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau e Ellen Gracie, que defenderam a similitude entre ato de improbidade e crime de responsabilidade), declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1.º e 2.º do art. 84 do CPP. Na ocasião, realçou-se que: a ação de improbidade tem natureza cível, enquanto o foro por prerrogativa de função restringe-se à seara penal; ao equiparar a ação civil por ato de improbidade à ação penal, a lei contrariou o art. 37, § 4.º, da CF/88; o foro por prerrogativa pressupõe a atualidade do exercício da função, isto sob pena de transmudar-se em privilégio, ferindo o princípio da isonomia; o Legislativo não poderia, por via infraconstitucional, desautorizar o cancelamento da Súmula 394; e a competência do STF foi exaustivamente prevista na CF/88, somente podendo ser ampliada por emenda ou, pelo próprio Tribunal, com o auxílio da teoria dos poderes implícitos.

crimes de responsabilidade, somente sujeitando o agente à responsabilidade política. Os artífices dessa curiosa e criativa tese argumentam que boa parte dos atos de improbidade encontram correspondência na tipologia da Lei 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade, o que seria suficiente para demonstrar que a infração política absorveria o ato de improbidade. Além disso, o próprio texto constitucional, em seu art. 85, V, teria recepcionado esse entendimento ao dispor que o Presidente da República praticaria crime de responsabilidade sempre que atentasse contra a probidade na administração, o que possibilitaria o seu *impeachment*.

Com a devida vênia daqueles que encampam esse entendimento, dentre os quais estão três dos onze atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal,[29] não tem ela a mínima plausibilidade jurídica.

O *impeachment*, desde a sua gênese, é tratado como um instituto de natureza político-constitucional que busca afastar o agente político de um cargo público que demonstrou não ter aptidão para ocupar.[30] Os crimes de respon-

29. Na Recl. 2.138/2002, sendo relator o Ministro Nélson Jobim, o julgamento foi suspenso, em 20.11.2002, por força do pedido de vista do Ministro Carlos Velloso, após o voto do relator, que deferira a liminar, e de outros quatro Ministros que acolhiam a tese: Ellen Grace, Gilmar Ferreira Mendes, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão. Os dois últimos se aposentaram e ainda restam seis votos a serem colhidos. Essa reclamação buscava desconstituir os efeitos do acórdão de Tribunal Regional Federal que, confirmando decisão do juízo singular, condenou Ministros de Estado nas sanções da Lei de Improbidade por terem utilizado aviões da FAB para desfrutar momentos de lazer em Fernando de Noronha. Esse julgamento foi televisionado, ao vivo, pela TV Justiça. Em seu voto, dentre outras preciosidades, afirmou o Ministro Nélson Jobim que não havia o mínimo problema em um agente público utilizar o avião da FAB para o seu lazer pessoal, pois o desgaste do avião seria o mesmo no céu ou na terra (!?). Cumpre observar, ainda, que inúmeras outras reclamações tramitam na Suprema Corte, todas com o objetivo de eximir agentes públicos das conseqüências dos atos de improbidade que praticaram, *v.g.*: 2.186 (rel. Min. Gilmar Mendes, que deferiu a liminar) e 2.207, 2.208, 2.225 e 2.230, as últimas com o indeferimento da liminar.

30. Essa constatação é reforçada pela redação do art. 42 da Lei 1.079/50: "A denúncia só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo". Deixando o cargo, suprimida estaria a responsabilidade política do agente. O art. 3.º da Lei 1.079/50 ressaltou, de forma expressa, que ainda seria possível o julgamento do agente, perante o órgão jurisdicional competente, em tendo praticado crime comum. Não bastasse isto, o art. 52, parágrafo único, da CF/88, dispõe que, no julgamento dos crimes de responsabilidade imputados ao Presidente e ao Vice-Presidente da República, aos Ministros de Estado, aos Comandantes da

sabilidade, do mesmo modo, consubstanciam infrações políticas, sujeitando o agente a um julgamento de igual natureza. Nesse sentido, aliás, dispunha a Exposição de Motivos que acompanhava a Lei 1.079/50, ao tratar do *iter* a ser seguido na persecução dos crimes de responsabilidade, que "ao conjunto de providências e medidas que o constituem, dá-se o nome de processo, porque este é o termo genérico com que se designam os atos de acusação, defesa e julgamento, mas é, em última análise, um processo *sui generis*, que não se confunde e se não pode confundir com o processo judiciário, porque promana de outros fundamentos e visa outros fins".[31]

No sistema vigente, que recepcionou parcialmente a Lei 1.079/50, ocupando o agente o cargo de Presidente da República, Ministro de Estado, Ministro do Supremo Tribunal Federal ou Procurador-Geral da República, o crime de responsabilidade por ele praticado será julgado pelo Senado Federal. Tratando-se

Marinha, do Exército e da Aeronáutica, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao Procurador-Geral da República e ao Advogado-Geral da União, "funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis". À luz desses preceitos, resta incontroversa a dicotomia e a independência entre as instâncias política e jurisdicional.

31. "El enfrentamiento y discusión política se traslada de la sede parlamentaria a los tribunales y, por ende, a la opinión pública a través de los medios de comunicación. Pero, sobre todo se confunden dos conceptos radicalmente diferentes: la responsabilidad política y la penal. El segundo es una responsabilidad subjetiva, por culpa o dolo, y la primera es una responsabilidad objetiva que además de culpa y dolo incluye la responsabilidad in vigilando e in eligendo. El proceso de exigencia es diferente, la responsabilidad penal requiere la fijación nítida y firme de los hechos hasta conducir a un convencimiento judicial de la culpabilidad, mientras que la responsabilidad política requiere sólo el convencimiento político-moral de tal culpabilidad. El parámetro de juicio es diverso, el de la responsabilidad judicial es el ordenamiento jurídico penal (que incluye únicamente las conductas que merecen el máximo desvalor por parte de la sociedad), mientras que em la política el parámetro de juicio es un código de conducta más vinculado a la moral y ética públicas. En fin, tras esta construcción subyace una identificación absolutamente inaceptable y que no resiste el más mínimo juicio desde una perspectiva democrática: la identificación entre inocencia política e inocencia penal. Esta identificación lleva a la aberrante conclusión de que los responsables políticos pueden desempeñar su cargo como quieran siempre que sus conductas no signifiquen la comisión de un delito" (Rafael Bastos Gisbert, "La Corrupción de los Gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal, *La Corrupción:* aspectos jurídicos y económicos, org. por Eduardo A. Fabián Caparrós, p. 37)

de Governador de Estado, do Distrito Federal ou de Território, o julgamento será de competência da respectiva Assembléia Legislativa. Os atos de improbidade, por sua vez, são julgados por um órgão jurisdicional, o que em nada se confunde com um julgamento político.

Entender que ao Legislativo é defeso atribuir conseqüências criminais, cíveis, políticas ou administrativas a um mesmo fato, inclusive com identidade de tipologia, é algo novo na ciência jurídica. Se o constituinte originário não impôs tal vedação, será legítimo ao pseudo-intérprete impô-la? E o pior, é crível a tese de que a Lei 1.079/50 é especial em relação à Lei 8.429/92, culminando em absorver a última? Não pode o agente público responder por seus atos em diferentes esferas, todas previamente definidas e individualizadas pelo Legislador? Como é fácil perceber, é por demais difícil sustentar que uma resposta positiva a esses questionamentos possa ser amparada pela Constituição, pela moral ou pela razão.

Esse "entendimento", engendrado de tocaia para inutilizar o único instrumento sério de combate à improbidade em um país assolado pelo desmando e pela impunidade, é uma página negra na história da Suprema Corte brasileira. Espera-se, ao final, não seja ele acolhido, mas o simples fato de ter sido arquitetado e posto em prática bem demonstra que não será fácil elevar o Brasil das sombras à luz.

## 4. Dosimetria das sanções

As lacunas da Lei de Improbidade, aliadas a uma sistematização inadequada dos preceitos que regulam a matéria, tornam imperativa a fixação de diretrizes para a individualização das sanções, a análise da possível discricionariedade do julgador em aplicar somente algumas dentre aquelas previstas nos incisos do art. 12 da Lei 8.429/92 e a identificação das sanções cabíveis, em havendo simultânea subsunção do ato ao estatuído nos arts. 9.º, 10 e 11, o que, em tese, importaria na aplicação de todas as sanções previstas nos incisos I, II e III do art. 12.

A subsunção de determinada conduta a um padrão normativo torna inevitável que o observador seja inconscientemente conduzido à formação de um

estado mental tendente a identificá-la com todas as demais que tenham se subsumido ao mesmo preceito legal.

No entanto, tal identidade certamente não resiste a uma maior reflexão, isto porque as condutas apresentarão distinções que variarão consoante a intensidade do elemento volitivo que as deflagrou, as peculiaridades dos sujeitos ativo e passivo, a conjuntura do momento de sua prática, a dimensão dos possíveis danos causados e os reflexos que gerou no organismo social.

Desta forma, ainda que dois ou mais atos se subsumam ao mesmo padrão normativo, normalmente distintos serão os efeitos produzidos por cada qual, já que diversos os elementos que os informam.

## *4.1 Diretivas de proporcionalidade na individualização das sanções*

Consoante o art. 37, § 4.º, da Constituição Federal, deveria o legislador infraconstitucional estabelecer os critérios de gradação das sanções a serem aplicadas ao agente ímprobo. Nada impedia fosse estabelecido um escalonamento das sanções consoante as condições do agente e as conseqüências da infração, cominando, de forma cumulativa ou alternada, aquelas previstas no texto constitucional – suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e ressarcimento ao erário – e outras mais.[32]

32. Há quem sustente que a redação do art. 37, § 4.º, da CF/88, ao dispor que *os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário*, teria tornado obrigatória a aplicação dessas sanções de forma cumulativa. Tal conclusão, no entanto, parte do equívoco de desconsiderar a segunda parte do preceito, segundo a qual a aplicação das sanções se dará "na forma e graduação *previstas em lei*", o que desloca o âmbito de análise da questão para a legislação infraconstitucional, norte que adotamos no presente item. Segundo José Roberto Pimenta Oliveira ("As Exigências de Razoabilidade/Proporcionalidade Inerentes ao Devido Processo Legal Substantivo e a Improbidade Administrativa", *Improbidade Administrativa*, 10 anos da Lei 8.429/92, p. 295), o art. 37, § 4.º, da CF/88, na forma em que se encontra redigido, é verdadeira "regra concretizadora autêntica de proporcionalidade", tendo o instituidor da ordem jurídica optado por fixar o conteúdo mínimo das sanções a serem aplicadas ao ímprobo. Ao falar na forma e graduação previstas em lei, a

Regulamentando o preceito constitucional, estabelece o art. 12 da Lei 8.429/92, em cada um de seus três incisos, as sanções que serão aplicadas às diferentes formas de improbidade, elenco este que se encontra previsto de forma aglutinativa, separado por vírgulas e cuja última sanção cominada foi unida ao todo pela conjuntiva "e".

Em razão de tal técnica legislativa, inclinamo-nos, como regra geral, pela imperativa cumulatividade das sanções, restando ao órgão jurisdicional a discricionariedade de delimitar aquelas cuja previsão foi posta em termos relativos, quais sejam: *a)* suspensão dos direitos políticos – 8 (oito) a 10 (dez) anos, inc. I / 5 (cinco) a 8 (oito) anos, inc. II / 3 (três) a 5 (cinco) anos, inc. III; e *b)* multa civil – até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial, inc. I / até 2 (duas) vezes o valor do dano, inc. II / até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, inc. III.

Além do aspecto gramatical, já que não utilizada a disjuntiva "ou" na cominação das sanções, deve-se acrescer que não caberia ao Poder Judiciário, sob pena de mácula ao princípio da separação dos poderes, deixar de aplicar as reprimendas estabelecidas pelo legislador, de forma cumulativa, consoante expressa autorização constitucional.

Releva notar, no entanto, que as sanções de ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público e perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente, conforme deflui da própria redação dos incisos do art. 12 da Lei 8.429/92, somente serão passíveis de aplicação em estando presentes os pressupostos fáticos que as legitimam, quais sejam, o dano ao patrimônio público e o enriquecimento ilícito. Do mesmo modo, não se pode aplicar

Constituição estatuiu que o legislador regularia o devido processo legal para a aplicação das sanções (forma) e a graduação das sanções para os casos em que é admitido tal escalonamento. Assim, as medidas de perda da função e ressarcimento dos danos sempre serão aplicadas; a suspensão dos direitos políticos será igualmente aplicada, mas com observância da graduação estabelecida pelo legislador; e as demais sanções não previstas originariamente na Constituição sofrerão o crivo do princípio da proporcionalidade (multa, proibição de contratar e perda de bens).

a sanção de perda da função pública ao terceiro que não possua qualquer vínculo com o Poder Público.

Qualquer que seja a seara, somente se pode falar em liberdade do julgador na fixação da reprimenda em havendo expressa autorização legal, o que deflui dos próprios princípios norteadores do sistema repressivo. Isto porque a sanção, a um só tempo, representa eficaz mecanismo de garantia dos direitos do homem – o qual somente pode tê-los restringidos com expressa previsão legal – e instrumento de manutenção da paz social, sendo a materialização dos anseios dos cidadãos expressos através de seus representantes.

Em razão da própria natureza da conduta perquirida, não haveria que se falar, inclusive, em adstrição do órgão jurisdicional a uma possível delimitação do pedido, pois, tratando-se de direito eminentemente indisponível,[33] não compete ao autor da demanda restringir as conseqüências dos atos de improbidade, restando-lhe, unicamente, deduzir a pretensão de que sejam aplicadas as sanções condizentes com a causa de pedir que declinara na inicial.[34]

33. A indisponibilidade também é reflexo da redação conferida ao art. 17, § 1.º, da Lei 8.429/92: *É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o* caput.

34. O TJGO, no entanto, proferiu decisão do seguinte teor: "(...) 1 – Inocorre cerceamento de defesa quando oportunizada à parte o oferecimento de contestação, com reabertura de prazo para tal. Com efeito, apresentada a defesa com inobservância aos preceitos do art. 300, do CPC, corolário do princípio da eventualidade, opera-se a preclusão consumativa da matéria, considerando-se verdadeiros, porque não impugnados, os fatos alegados na exordial da ação. II – Presentes, na espécie, as condições que ensejam o julgamento antecipado da lide, é dever do Juiz, e não mera faculdade, assim proceder. III – Comprovada a prática de ato ímprobo tipificado no art. 11, inc. I, da Lei 8.429/92, acolhe-se o pedido inicial, condenando-se o Prefeito ao pagamento de indenização em favor dos servidores comissionados que sofreram prejuízo pelo desconto em seus salários de contribuição denominada 'dízimo partidário', bem assim de multa civil. IV – *Configurado julgamento extra petita no tocante à fixação da multa civil, deve tal verba ser ajustada em percentual correspondente ao limite externado no petitório exordial, qual seja, em sete vezes o valor da remuneração percebida pelo Prefeito*" (4ª CC, AC 57187-6/188, rel. Des. Arivaldo da Silva Chaves, j. em 03.05.2001, *DJ* de 07.06.2001, p. 19 – destaque nosso). Em outra oportunidade, o TJGO ressaltou que "quando o próprio autor postula pela improcedência do pedido em relação a determinados réus, configura-se a ilegitimidade passiva destes que não pode vir a ser ignorada pelo prolator da sentença" (2ª CC, AP 50.717-0/188, rel. Des. Fenelon Teodoro Reis, j. em 25.04.2000, *DJ* de 30.08.2000, p. 10). No mesmo sentido, entendendo que o juiz fica adstrito ao pedido formulado: Marino Pazzaglini

Conforme frisamos, a aplicação cumulativa das sanções é a regra geral, a qual, em situações específicas e devidamente fundamentadas, pode sofrer abrandamento, o que permitirá a adequação da Lei 8.429/92 à Constituição Federal.[35]

Tal posição, longe de macular o equilíbrio constitucional dos poderes e conduzir ao arbítrio judicial, viabilizará a formulação de interpretação conforme a Magna Carta e atenuará a dissonância existente entre a tutela dos direitos fundamentais e a severidade das sanções cominadas.

Apesar disso, diversamente do que se verifica na seara penal, em que qualquer aumento da dosimetria das sanções deve ser devidamente justificado, aqui, o órgão jurisdicional realizará operação inversa, sendo necessário que decline os motivos que o levaram a suprimir determinada sanção do feixe que aplicou ao agente. Indicando a letra da lei que as sanções devem ser cumulativas, a atenuação do rigor legal deve necessariamente buscar amparo no texto constitucional, cumprindo ao órgão jurisdicional declinar os fundamentos que conduziram à alegada interpretação conforme a Constituição.

O elemento volitivo que informa o ato de improbidade, aliado à possível preservação de parcela considerável do interesse público, pode acarretar uma inadequação das sanções cominadas, ainda que venham a ser fixadas no míni-

Filho, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, p. 178; e Carlos Frederico Brito dos Santos, *Improbidade Administrativa. Reflexões sobre a Lei 8.429/92*, p. 152. O STJ, por sua vez, situou a questão nos seus exatos termos: "Não há julgamento *ultra* ou *extra petita* se o juiz acrescenta à condenação do responsável pelo ato de improbidade as penas cominadas pelo art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92" (1ª T, REsp 324.282/MT,rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 05.02.2002, *DJ* de 01.04.2002). O acórdão recorrido afirmara que "a suspensão dos direitos políticos e a vedação de contratar com o poder público são meras conseqüências da procedência da ação e independem de pedido expresso por parte do proponente da demanda". O relator, por sua vez, acrescentou que as sanções aplicadas "correspondem às cominações ou penalidades impostas em decorrência da procedência da ação e por imperativo legal". No mesmo sentido: José Roberto Pimenta Oliveira, "As Exigências de Razoabilidade/Proporcionalidade Inerentes ao Devido Processo Legal Substantivo e a Improbidade Administrativa, *Improbidade Administrativa*, 10 anos da Lei 8.429/92, p. 295.

35. "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" (Art. 18, 2, da Constituição portuguesa).

mo legal. À guisa de ilustração, observe-se que a aplicação das sanções de perda da função e suspensão dos direitos políticos ao agente que culposamente dispense a realização de procedimento licitatório apresenta-se em flagrante desproporção com o ilícito praticado.

Em situações como essa, entendemos que o órgão jurisdicional deve proceder à verificação da compatibilidade entre as sanções cominadas, o fim visado pela lei e o ilícito praticado, o que redundará no estabelecimento de um critério de proporcionalidade.

Para auferir tal resultado, a Suprema Corte norte-americana utilizou como cláusula de compatibilização o princípio do devido processo legal, originariamente uma garantia processual, mas ulteriormente utilizado em uma concepção substantiva (*substantive due process*). A atuação estatal deveria ser submetida a um teste de racionalidade (*rationality test*), sendo aferida sua compatibilidade com o comando constitucional a partir de um padrão de razoabilidade (*reasonableness standard*).

O Tribunal Federal Constitucional Alemão, ao aferir a constitucionalidade de restrições aos direitos fundamentais, tem adotado a "teoria dos degraus" (*Stufentheorie*). De acordo com essa teoria, as restrições deverão ser efetuadas em diversos degraus, iniciando pela conduta dotada de menor potencialidade lesiva e ascendendo para os sucessivos degraus, com a conseqüente exasperação das restrições, conforme aumente o padrão de lesividade e a reprovabilidade da conduta. Com isto, é respeitada a dignidade da pessoa humana e observado o princípio da proporcionalidade.

Considerando que a suspensão dos direitos políticos importa em restrição ao exercício da cidadania e a perda da função pública em restrição ao exercício de atividade laborativa lícita, afigura-se clara a desproporção existente entre tais sanções e o ato do agente que, como no exemplo referido, dispense culposamente a realização de um procedimento licitatório. A reprimenda ao ilícito deve ser ade-

quada aos fins da norma,[36] resguardando-se a ordem jurídica e as garantias fundamentais do cidadão, o que preservará a estabilidade entre o poder e a liberdade.[37]

36. "Em acórdão no *Habeas Corpus* 45.232, a Suprema Corte rejeitou, por desarrazoada, a aplicação de pena acessória que proibia atividade privada a condenado por crime contra a segurança nacional, declarando a inconstitucionalidade do art. 48 do Dec.-Leg. 314, de 1967, nos termos do voto vencedor do Ministro Themístocles Cavalcanti (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 44, pp. 322 e ss.)" (Cáio Tácito, *Temas de Direito Público*, vol. I, p. 491). O STJ, do mesmo modo, vem prestigiando o princípio da proporcionalidade, do que é exemplo a seguinte ementa: "Perdimento. Apreensão de mercadoria estrangeira. Veículo transportador. Princípio da proporcionalidade. Recurso da Fazenda não conhecido. Inadmissível a aplicação da pena de perdimento do veículo, quando evidente a desproporção entre o seu valor e o da mercadoria de procedência estrangeira apreendida" (2ª T., REsp 109.710-PR, rel. Min. Hélio Mosimann, j. em 18.03.1997, *RSTJ* 98/180).

37. Também entendendo que a aplicação das sanções nem sempre deve ser conjunta: Juarez Freitas ("Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação", *Revista de Informação Legislativa* 129/59), Fábio Medina Osório (*Improbidade Administrativa*, Observações sobre a Lei 8.429/92, pp. 198-199), Fernando Rodrigues Martins (*Controle do Patrimônio Público*, p. 108), Marcelo Figueiredo (*Probidade Administrativa*, Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar, pp. 50-51 e 77/78), Waldo Fazzio Júnior (*Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*, pp. 296-299), Francisco Octávio de Almeida Prado (*Improbidade Administrativa*, pp. 150-154), Marino Pazzaglini Filho *et alii* (*Improbidade Administrativa*, Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público, pp. 215/217), Marino Pazzaglini Filho (*Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, pp. 122/124), José Adércio Leite Sampaio ("A Probidade na Era dos Desencantos. Crise e Propostas de Restauração da Integridade Dogmática da Lei nº 8.429/92", *Improbidade Administrativa*, 10 anos da Lei nº 8.429/92, p. 177), José Jairo Gomes, "Apontamentos...", *Improbidade Administrativa*, 10 anos da Lei nº 8.429/92, pp. 273/274, Nicolao Dino de Castro e Costa Neto ("Improbidade Administrativa no Exercício da Atividade Policial", *Improbidade Administrativa*, 10 anos da Lei 8.429/92, p. 365), Carlos Frederico Brito dos Santos ("*Improbidade Administrativa*, Reflexões sobre a Lei 8.429/92", p. 75) e Antonio José de Mattos Neto ("Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa", *RT* 752/38). Em sentido contrário: Wallace Martins Paiva Júnior (*Probidade Administrativa*, p. 263), José Guilherme Giacomuzzi (*A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública* p. 303), Walter Claudius Rothenburg ("Ação por Improbidade Administrativa: Aspectos de Relevo", *Improbidade Administrativa*, 10 anos da Lei 8.429/92, pp. 479/480) e Carlos Eduardo Terçarolli (*Improbidade Administrativa no Exercício das Funções do Ministério Público*, p. 70) sustentam que as sanções são cumulativas, o que deriva da redação do art. 12 e da inexistência de critério propício para embasar a alternatividade; José Armando da Costa (*Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*, pp. 24-25) aduz que a "improbidade não comporta gradação", devendo sempre acarretar a perda da função; e Aristides Junqueira Alvarenga ("Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro", *Improbidade Administrativa*, Questões Polêmicas e Atuais, p. 87), para quem "a única discricionariedade ali permitida (*no art. 12*) ao magistrado é quantitativa, e não qualitativa", sendo que a insignificante lesividade da conduta importará na descaracterização da própria improbidade, não na aplicação de somente algumas dentre as sanções cominadas. Affonso Ghizzo Netto (*Improbidade...*, pp. 85-86), comunga do entendimento anterior, mas admite a aplicação da proporcionalidade, em relação à sanção de perda da função, para resguardar a sobrevivência da família (p. 89). O STJ já proferiu decisão do

A inexistência de preceitos normativos que permitam identificar de forma apriorística as condutas excluídas da regra geral acima enunciada torna imperativo o estabelecimento, pela doutrina, ainda que de forma singela, de parâme-

seguinte teor: "Ação civil pública. Improbidade administrativa. Legitimidade ativa do Ministério Público. Violação dos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade. Penalidades previstas no art. 12, III, da Lei 8.429/92. Adoção do princípio da proporcionalidade, ou adequação entre a conduta do agente e sua penalização. Cabimento. Recurso Especial conhecido. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública na hipótese de dano ao Erário. Obedecido o princípio da proporcionalidade, mostra-se correta a aplicação das penalidades previstas no art. 12, III, da Lei 8.429/92. Precedentes do STJ" (1ª T, REsp 291.747/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 05.02.2002, *DJ* de 18.03.2002, p. 176). O TJRS assim tem se pronunciado sobre a matéria: "Direito Público não especificado. Ação civil pública. Lei n. 8.429/92. Atos de improbidade administrativa praticados por ex-Prefeito do Município de Bom Retiro do Sul. Prova inequívoca. Proporcionalidade entre os atos e as penalizações. O art. 37, § 4.º, da CF/88, teve lei integradora que foi além do razoável, ao dispor que 'constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa'. Deve-se abrandar seu rigor, amoldando-a ao espírito constitucional. Aplicação do princípio da proporcionalidade entre o ato, a extensão do dano por ele causado e o eventual proveito patrimonial auferido pelo agente. Dever de reparar os prejuízos causados ao erário e pagar a multa civil mantido. Absolvição quanto as penas de suspensão de direitos políticos e do direito de contratar com o Poder Público cabível. Apelação em parte provida (3ª CC, AP 599328069, rel. Des. Nélson Antonio Monteiro Pacheco, j. em 05.08.1999). Também invocando o princípio da proporcionalidade na fixação das sanções: TJRS, 2ª CC, AP 70000532739, rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. em 12.04.2000; 2ª CC, AP 596026708, rel. Des. Demétrio Xavier Lopes Neto, j. em 21.05.1997; 2ª CC, AP 597135003, rel. Des. João Armando Bezerra Campos, j. em 28.04.1999; 2.º GCC, EI 70000832840, rel. Des. Nélson Antonio Monteiro Pacheco, j. em 09.06.2000; e 1ª CC, AP 599260908, rel. Des. Carlos Roberto Lofego, j. em 10.05.2000. Nesta última decisão, restou assentado que "o juiz não deve se reduzir à condição de autômato aplicador de dispositivos normativos. O disposto no art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, deve ser aplicado com observância do *arbitrium regulatum* jurisdicional, na forma do art. 93, IX, da Constituição Federal, cotejados os critérios da necessidade e proporcionalidade da conduta-fato à pena". O TJPR também prestigiou esse entendimento: 6ª CC, AP n. 64686400, rel. Des. Cordeiro Cleve, j. em 06.06.2001. O TJGO decidiu que: "(...) Em casos de condenação por improbidade administrativa, em que pese a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade, ínsito à jurisdição, analisando-se amplamente a conduta considerada ilícita, o comportamento do agente público, a existência ou não de enriquecimento ilícito e em que medida, grau e intensidade infringiu as prescrições legais. IV – Tratando-se de fato de pequeno potencial ofensivo, é bastante a aplicação da sanção de ressarcimento integral do dano, com a devida atualização monetária, bem como multa de igual valor" (2ª CC., AP 50349-7/188, rel. Des. Noé Gonçalves Ferreira, j. em 04.04.2000, *DJ* de 17.05.2000, p. 14). No mesmo sentido: TJGO, 4ª CC., AP 58036-4/188, rel. Des. Beatriz Figueiredo Franco, j. em 23.08.2001, *DJ* de 02.10.2001, p. 10.

tros de adequação. Para tanto, torna-se possível identificar a proporcionalidade entre a sanção e o ilícito a partir da análise do elemento volitivo do agente[38] e da possível consecução do interesse público.

Ao agente público somente é permitido agir nos limites em que a lei lhe autorize, sendo vasto o elenco de princípios e regras de conduta previstos no ordenamento jurídico. O agente cujos atos sejam informados por um elemento volitivo frontalmente dirigido a fim diverso daquele previsto em lei apresentar-se-á em situação distinta daquele que tiver sua ação intitulada de ilícito em virtude de uma valoração inadequada dos pressupostos do ato ou dos fins visados.

Por tal razão, ao ato culposo poderão ser aplicadas sanções mais brandas, já que o resultado ilícito não fora deliberadamente visado pelo agente. Note-se, no entanto, que a culpa grave – entendida como tal aquela que ocupa o ápice da curva ascendente de previsibilidade – poderá ter seus efeitos eventualmente assimilados aos do ato doloso.

Além do elemento volitivo, deve ser analisada a consecução do interesse público, o qual foi erigido à categoria de princípio fundamental pela Constituição Federal (art. 3.º, IV). Em sendo parcialmente atingido o interesse público, afigura-se igualmente desproporcional que ao agente sejam aplicadas as mesmas reprimendas destinadas àquele que se afastou integralmente de tal fim, logo, em hipóteses tais, as sanções aplicadas também deverão variar conforme a maior ou a menor consecução do interesse público.

Adotando-se tais critérios, será estabelecida uma relação de adequação entre o ato e a sanção, sendo esta suficiente à repressão e à prevenção da improbidade. Ademais, tornará certo que os atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito (art. 9.º) normalmente sujeitarão o agente a todas as sanções previstas no art. 12, I, pois referidos atos sempre serão dolosos e dissociados do

38. De acordo com Cícero, a pena não deve ser maior do que a culpa ("*ne maior poena quam culpa sit*"), *De Officiis, Oeuvres Complètes*, vol. IV, Paris, Librarie de Firminn-Didot, p. 446, *apud* Juarez Freitas, "Do Princípio da Probidade...", p. 59.

interesse público, ocupando o mais alto "degrau" da escala de reprovabilidade e, *ipso facto*, tornando possível que maiores restrições sejam impostas aos direitos fundamentais do agente.

Restará ao órgão jurisdicional, unicamente, a possibilidade de mitigar as sanções cominadas aos atos que importem em prejuízo ao erário (art. 10) e violação aos princípios que regem a atividade estatal (art. 11). Aqueles podem ser dolosos ou culposos, enquanto que estes serão sempre dolosos, podendo ser perquirido, em qualquer caso, o resultado obtido com a prática do ato.

No mais, é relevante observar ser inadmissível que ao ímprobo sejam aplicadas unicamente as sanções de ressarcimento do dano e de perda de bens, pois estas, em verdade, não são reprimendas, visando unicamente à recomposição do *status quo*.

## *4.2 Fixação da reprimenda base*

Estabelecidos os critérios de individualização das sanções a serem aplicadas ao ímprobo, devem ser fixadas diretrizes para se chegar a uma justa dosimetria.

Na seara penal, um dos mais graves obstáculos à consecução do ideal de justiça no período medieval era o regime arbitrário das penas, que eram deixadas à livre decisão dos julgadores. Ulteriormente, teve-se um sistema de penas rigorosamente fixas, o qual foi previsto no Código francês de 1791, não sendo permitido ao juiz qualquer discricionariedade em sua fixação.[39] Hodiernamente, tem-se uma determinação relativa das penas, permitindo-se que sua gradação varie entre os limites máximo e mínimo, consoante a natureza e as circunstâncias da ação.

Nessa linha, encontra-se o disposto no art. 5.º, XLVI, da CF/88, segundo o qual "a lei regulará a individualização da pena...", preceito este que erige-se como direito fundamental dos jurisdicionados e que, não obstante a natureza eminen-

39. Trata-se da normatização da célebre concepção de Montesquieu: "O juiz não é senão a boca que pronuncia as palavras da lei" (*L'Esprit des Lois*, Livro XI, 6).

temente cível das sanções cominadas aos atos de improbidade, deve servir de norte ao julgador, o que estará em sintonia com o art. 37, § 4.º, da CF/88.

Regulamentando o texto constitucional, tem-se o art. 59 do Código Penal, o qual estabelece os critérios a serem seguidos para a fixação da pena, sendo também passível de utilização, feitas as adaptações necessárias, na delimitação das sanções a serem aplicadas aos agentes que pratiquem atos de improbidade.

Assim, para o estabelecimento da dosimetria das sanções é inafastável a valoração da personalidade do agente, de sua vida pregressa na administração pública, do grau de participação no ilícito e dos reflexos de seus atos na organização desta e na consecução de seu desiderato final, qual seja, o interesse público.

Afora tais elementos, deverá o juiz valorar a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, únicas diretrizes traçadas pela Lei de Improbidade (art. 12, parágrafo único). Neste particular, é importante ressaltar a insuficiência do critério legal. Com efeito, caso o art. 12, parágrafo único seja concebido como o único parâmetro a ser seguido para a fixação das sanções, o que norteará a individualização da reprimenda por infringência ao art. 11 da Lei 8.429/92? O questionamento é pertinente, pois, nestes casos, em regra, não há dano ao patrimônio público ou proveito pessoal do agente, logo, *quid iuris*? Conclui-se, assim, que a utilização de critérios correlatos é imprescindível à correta aplicação da Lei de Improbidade.

## *4.3 Circunstâncias atenuantes e agravantes*

Individualizadas as sanções e fixada a "reprimenda base", consoante as diretrizes traçadas, deve o órgão jurisdicional valorar a presença de eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes, o que permitirá a fixação de uma reprimenda condizente com a natureza da conduta e a personalidade do agente, conferindo transparência à decisão judicial.

De acordo com os ensinamentos de Marcelo Caetano,[40] relativos à responsabilidade disciplinar dos agentes públicos e perfeitamente aplicáveis a este estudo, devem ser consideradas circunstâncias agravantes, com influência imediata na fixação da dosimetria das sanções a serem aplicadas ao agente, "a produção efetiva de resultados prejudiciais ao serviço, ao interesse geral ou a terceiros nos casos em que fosse previsível como efeito necessário da conduta; a intenção de produzir esses resultados; a premeditação; a combinação ou coligação com outras pessoas para a prática do fato; o ser praticado durante o cumprimento de uma pena disciplinar; a reincidência; a acumulação de infrações; a publicidade do fato provocada pelo próprio agente; a prática depois de advertido por outro funcionário do caráter ilícito do fato; a categoria superior[41] e o nível intelectual e de cultura etc. São circunstâncias atenuantes, em especial, da responsabilidade disciplinar, o bom comportamento anterior do agente, o ter prestado serviços relevantes, a confissão espontânea do fato, a provocação de superior hierárquico, o ter sido praticado o fato por acatamento de boa-fé de ordem de superior a que não fosse devida obediência etc."

Não são necessárias maiores reflexões para se constatar a inexistência de uma pureza conceitual nas diretrizes sugeridas para a fixação da reprimenda base e para a identificação das circunstâncias periféricas ao ilícito, as quais atuarão como agravantes ou atenuantes. Tal constatação é reflexo inevitável da falta de norma-

40. *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 401.

41. Tomando-se como parâmetro a estrutura organizacional da administração pública, erigida fundamentalmente sobre o princípio da hierarquia administrativa, constata-se que maior reprovabilidade assumirão os atos de improbidade praticados por aquele que tem o dever de fiscalizar seus subordinados por ocupar o ápice da pirâmide funcional, pois, nas palavras de Aristóteles (*A Ética*, 1ª parte, p. 28), "é preciso que tenha sido educado em hábitos honestos aquele que deverá estar em condição de ouvir falar de honestidade, de justiça e, em geral, de coisas políticas". Francisco Bilac Moreira Pinto (*Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*, p. 91) acresce que "a falta de observância dos altos padrões, a que o público tem o direito de esperar, por parte dos funcionários públicos, lança um estigma sobre o grupo, sobretudo quando a indisciplina emana daqueles que detêm a chefia", o que justifica a exasperação das sanções passíveis de aplicação ao superior hierárquico.

tização específica sobre a matéria. Apesar disto, os critérios sugeridos facilitarão a atuação do órgão jurisdicional na fixação de uma reprimenda justa, estando em plena harmonia com o princípio de que a sanção deve ser individualizada em conformidade com as circunstâncias do caso e as condições pessoais do infrator, verdadeiro princípio geral do direito sancionador. Contribuirão, ainda, para a repressão à improbidade e para a preservação dos direitos fundamentais, pois até mesmo o ímprobo os possui.

## *4.4 Subsunção da conduta a mais de um padrão normativo*

Não raro ocorrerá que a conduta do agente, a um só tempo, importe em enriquecimento ilícito, dano ao erário e violação aos princípios administrativos; o que, por via reflexa, permitiria a simultânea aplicação de todas as sanções do art. 12 da Lei 8.429/92.

Situação parecida será vislumbrada quando múltiplas forem as irregularidades perpetradas pelo agente, ainda que em momentos diversos e apuradas em processos distintos, o que representa um interessante complicador, já que nesta seara inexiste previsão de órgão responsável pela unificação e reunião das sanções.

Ao estatuir as diferentes sanções passíveis de aplicação ao agente ímprobo, estabeleceu o legislador um critério de gradação em que o período de suspensão dos direitos políticos, a multa cominada e a proibição de contratar com o Poder Público variarão consoante os efeitos do ato. As sanções apresentam-se postas em uma linha decrescente, sendo o ápice ocupado por aquelas cominadas aos atos que importem em enriquecimento ilícito, identificando-se posteriormente as decorrentes de lesão ao erário e violação aos princípios regentes da atividade estatal.

Em linhas gerais, o feixe de sanções, qualquer que seja a natureza do ato e seus efeitos, apresenta-se com consistência e derivação ontológica idênticas, variando unicamente em intensidade. Ao ímprobo serão aplicadas as sanções de perda

de bens ou valores, ressarcimento do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios deste – tal é o feixe de sanções previsto nos incisos do art. 12 e que se adequará aos efeitos do ato. Identificada a *mens legis*, diferente será o prisma de análise conforme seja constatada a multiplicidade ou a unicidade do ato.

Tratando-se de ato único, entendemos que um único feixe de sanções deve ser aplicado ao agente, ainda que sua conduta, a um só tempo, se subsuma ao disposto nos arts. 9.º, 10 e 11. Único o ato, único haverá de ser o feixe de sanções (*ne bis in eadem*). No que concerne à dosimetria, haverão de compor o feixe de sanções os valores relativos de maior severidade, o que possibilitará o estabelecimento de uma relação de adequação com a natureza dos ilícitos, sendo que a pluralidade destes será valorada por ocasião da individualização e fixação de cada uma das sanções que compõem o feixe.

Como foi visto, todo ato de improbidade importará em violação aos princípios regentes da atividade estatal, o que, *ipso facto*, resultaria na aplicação das sanções previstas no inciso III do art. 12. Em sendo identificado o dano ao erário ou o enriquecimento ilícito, ter-se-á um *plus* que justificará a ascensão para um feixe de sanções mais severo. Havendo múltipla subsunção, normalmente serão aplicadas as sanções do inciso I do art. 12, cujos valores relativos são mais elevados, terminando por absorver as demais sanções; não sendo identificado o enriquecimento ilícito, mas tão-somente o dano ao patrimônio público, aplicar-se-á o feixe do art. 12, II, com grau de severidade intermédio. Desta forma, a simultânea violação dos preceitos proibitivos implícitos nos arts. 9.º, 10 e 11 somente sujeitará o agente a um feixe de sanções.

No que concerne ao enquadramento do ato na tipologia legal, não é demais lembrar que caberá ao órgão jurisdicional, como derivação do princípio *iura novit curia*, a livre valoração dos fatos, podendo chegar a tipologia diversa daquela declinada pelo autor na petição inicial. Assim, ainda que seja indicada na inicial a incidência do art. 9.º ou do art. 10, não haverá óbice ao

enquadramento do ato no art. 11, do que resultará a aplicação das sanções do art. 12, III, da Lei 8.429/92.[42]

Não raro ocorrerá que a dimensão do dano, tratando-se do ato de improbidade tipificado no art. 10, ou a vantagem indevida que fora obtida pelo agente, em se tratando do enriquecimento ilícito previsto no art. 9.º, em razão das peculiaridades do caso, possa acarretar a fixação da sanção de multa em patamares inferiores àqueles que resultariam da aplicação do art. 11 da Lei de Improbidade. Neste caso, a multa é fixada em até cem vezes a remuneração percebida pelo agente (art. 12, III), na hipótese de dano ao patrimônio público em até duas vezes o valor do dano (art. 12, II) e, no caso de enriquecimento ilícito, em até três vezes o valor do acréscimo patrimonial. Assim, *verbi gratia*, o agente que perceba elevada remuneração poderá, *especificamente em relação à sanção de multa*, ser beneficiado com o enquadramento de sua conduta na tipologia dos arts. 9.º ou 10 da Lei 8.429/92 sempre que a vantagem auferida ou o dano causado não forem tão elevados.

Em que pese a incongruência apontada, entendemos que é defeso ao órgão jurisdicional, a partir da individualização do preceito primário (arts. 9.º, 10 ou 11), utilizar-se de partes de múltiplos preceitos secundários (art. 12, I, II ou III), terminando por usurpar a função legislativa e montar aquela reprimenda que lhe pareça mais adequada à hipótese. O argumento de que as figuras dos arts. 9.º e 10 da Lei de Improbidade pressupõem a prévia violação dos princípios regentes da atividade estatal, o que tornaria legítima a utilização de uma das sanções que compõem o feixe cominado aos tipos do art. 11, prova em excesso. Com efeito, o princípio da consunção, que indica que uma conduta é meio necessário ou

42. O STJ já decidiu que o juiz tem liberdade para adequar os fatos à norma, podendo atribuir-lhes qualificação jurídica distinta daquela declinada na inicial. Tal ocorre pelo fato de a qualificação não integrar a causa de pedir, o que afasta qualquer possibilidade de violação à regra da congruência referida nos arts. 128 e 460 do CPC (1ª T., REsp 439.280/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 01.04.2003, *DJ* de 16.06.2003, p.265).

normal fase de preparação ou de execução de outra, de larga aplicação em se tratando de conflito aparente de normas penais, deve ser necessariamente aplicado. A própria lei, ao descrever a tipologia dos atos de improbidade dos arts. 9.º e 10 e cominar as respectivas sanções, já incluiu em si o desvalor da conduta prevista no art. 11, não permitindo a sua simultânea aplicação com as demais figuras. O próprio sentido da lei traz em si essa carga valorativa.

Não fosse assim, sempre que constatássemos a prática de *ato de improbidade progressivo*, figura indicadora de que o agente, em um mesmo contexto de ação, passou de um ato menos grave a outro mais grave, deveria ele sofrer *todas* as sanções cominadas aos atos de improbidade dotados de menor severidade, e não apenas uma única sanção, *in casu*, a multa. Ou a absorção se dá por inteiro ou é de logo afastada, o que não se admite é a sua incidência parcial.

## *4.5 Pluralidade de atos de improbidade*

Havendo pluralidade de atos, múltiplos serão os feixes de sanções a serem aplicados. Para melhor compreensão dessa proposição, deve-se inicialmente observar que não apresentam maior dificuldade as sanções de perda da função pública, ressarcimento do dano e perda de bens de origem ilícita.

Tal é justificável, pois, em havendo perda da função pública, impossível será que o agente a perca outra vez, salvo se houver posterior aquisição de nova função e outros ilícitos sejam praticados. As demais sanções referidas, por sua vez, somente poderão ser aplicadas em estando presentes os pressupostos fáticos que as autorizam.

Inexistirão, assim, maiores dificuldades na aplicação de tais sanções. No entanto, a suspensão dos direitos políticos, o pagamento de multa e a proibição de contratar com o Poder Público ensejarão o surgimento de maiores controvérsias.

Tratando-se de ato de improbidade praticado em detrimento das entidades referidas no art. 1.º, parágrafo único, da Lei 8.429/92, a obrigação de ressar-

cir o dano causado não pode resultar em montante superior à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos, conforme expressa determinação da parte final do referido dispositivo. Em sendo a apuração do débito transferida para a fase de liquidação de sentença, esta deve dispor no sentido referido, evitando-se o descumprimento da lei e o ressarcimento em montante superior ao dano suportado pelo erário.

Não obstante a letra do preceito, o qual dispõe sobre a limitação da *sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos*, entendemos que somente o ressarcimento do dano, considerado sanção pela Lei 8.429/92, estará sujeito a tal limitação, não a multa cominada. Enquanto o ressarcimento tem caráter indenizatório, justificando a correspondência com o dano causado aos cofres públicos, a multa tem natureza punitiva, o que torna desarrazoada qualquer tentativa de vincular a sua aplicação ao montante do dano. Essa conclusão é robustecida quando se constata que a multa é cominada em valores relativos, associados à natureza do ato de improbidade e desvinculados dos prejuízos suportados pelo patrimônio público. Ademais, em prevalecendo interpretação diversa, a multa, em casos tais, nunca seria aplicada, pois a obrigação de ressarcir o dano sempre abrangerá toda a *repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos,* o que acarretará a mera recomposição do *status quo*, sem qualquer punição de ordem pecuniária para o ímprobo.

A suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público são sanções que apresentam delimitação temporal, tornando-se efetiva a primeira, a teor do art. 20 da Lei 8.429/92, com o trânsito em julgado da sentença condenatória; e, a segunda, a *contrario sensu* do referido dispositivo, com a prolação da sentença monocrática.

Considerando a delimitação temporal e inexistindo nesta seara norma semelhante àquelas previstas nos arts. 69, 70 e 71 do Código Penal, não há que se falar em soma das sanções aplicadas em diferentes processos, pois, ante as nefastas conseqüências que daí advirão, podendo culminar com a suspensão dos direi-

tos políticos do cidadão por várias dezenas de anos, somente norma específica poderia amparar tal entendimento, não a analogia.[43]

Ante a ausência de lei específica e por ser mais benéfico ao agente, deve-se adotar o denominado sistema da absorção, segundo o qual a sanção temporal mais grave absorve as demais da mesma espécie.[44] Assim, à possibilidade de aplicação de tais sanções em diferentes processos deve-se correlacionar o entendimento de que elas poderão se sobrepor e acarretar a efetividade de somente uma. Sendo aplicada, *v.g.*, a sanção de suspensão dos direitos políticos em distintos processos, com diversos termos *a quo*, será facilmente identificada a presença de períodos de superposição ou mesmo eficácia isolada daquela que for por último aplicada ou que seja fixada em níveis mais elevados. De qualquer modo, será inadmissível a soma das sanções.

Igual entendimento será aplicado em sendo os diferentes atos de improbidade apurados no mesmo processo, o que, em termos práticos, culminará com a aplicação de uma única sanção de cada espécie, utilizando-se o órgão jurisdicional da maior determinação relativa (limites mínimo e máximo) prevista no art. 12. Neste caso, identificada a maior reprovabilidade da conduta e o possível hábito do agente em praticar tais ilícitos, será imperativa a exasperação da sanção.

No que concerne às sanções de multa, serão elas passíveis de aplicação cumulativa, consoante as delimitações estabelecidas para cada um dos feixes de sanções. Tal cumulatividade apresentar-se-á de forma clara sempre que os ilícitos forem perquiridos em processos distintos. Em sendo os ilícitos apurados em

43. Em sentido contrário: Fábio Medina Osório (*Improbidade...*, pp. 248-252), o qual sustenta que devem ser aplicadas as normas do Código Penal que disciplinam o concurso de crimes, aduzindo que tal solução é plausível; não estimula tratamento mais benéfico ao ímprobo contumaz, o qual teria conhecimento da inocuidade de algumas sanções; garante tratamento mais severo àquele que mais infrações pratica; e que o período máximo de suspensão dos direitos políticos e interdição de direitos, em havendo pluralidade de ilícitos, não encontra-se limitado pela Lei 8.429/92. Ao final, ressalta que as sanções não podem ultrapassar o lapso de trinta anos (art. 75 do CP).

44. Anibal Bruno, *Direito Penal*, tomo 2, p. 288.

um único processo, será necessária a individualização da sanção relativa a cada um deles, chegando-se, ao final, a uma única soma pecuniária, a qual será necessariamente exasperada por comportar as diferentes multas que integram os feixes de sanções a que estava sujeito o agente.

## 5. Epílogo

A paulatina sedimentação da Lei de Improbidade, com reflexos imediatos no exercício da atividade administrativa e no próprio evolver do Estado brasileiro, que tende a ser tornar faticamente "*de Direito*", exije contínuas reflexões em relação à sua eficácia transformadora.

Os incontáveis atos de corrupção diuturnamente divulgados pelos meios de comunicação bem demonstram a sua importância na reconstrução de ideais há muito propagados, mas que ainda estão longe de transpor a plasticidade de suas linhas estruturais e alcançar o plano do *ser*.

Sua carga sancionadora, embora possa ser considerada demasiado severa ao olhar desarmado, é absolutamente compatível com a realidade atual – que, como toda realidade, espera-se seja transitória –, mas exige serenidade e responsabilidade na sua aplicação, evitando a causação de mal maior que aquele que se busca combater.

# Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha[1]

Hans Joachim Hirsch
Prof. Dr. Dr. h. c., Universidade de Colônia, Alemanha.

**Resumo:** O autor esboça panorama da evolução da teoria do delito até o seu estágio atual, defendendo uma versão desenvolvida do finalismo e recusando alternativas como o funcionalismo de Jakobs e a teoria da imputação objetiva de Roxin.

**Palavras-chave:** Finalismo – Funcionalismo – Teoria do delito – Imputação objetiva – Conceito de crime.

I. Uma dogmática jurídico-penal que ordena os pressupostos do delito com base em critérios materiais não é algo que se pratica em todos os países. Uma tal dogmática desperta reduzido interesse nos países do círculo jurídico anglo-saxão. A utilidade prática e teórica da construção de um sistema é, contudo, enorme. Já o conhecido criminalista alemão Franz von Liszt exigia, no início dos anos 80 do séc. XIX, "conceitos claros e afiados, bem como um sistema fechado".[2] E quanto na década de 60 do séc. XX a utilidade da dogmática penal fora questionada por cultores da política criminal e da criminologia, respondeu o conhecido penalista espanhol Gimbernat Ordeig: "A dogmática penal, ao determinar limi-

1. Tradução de Luís Greco.
2. v. *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. edição, 1881, prefácio.

tes e construir conceitos, possibilita uma aplicação segura e calculável do direito penal, subtraindo-o da irracionalidade, do arbítrio e da improvisação".[3]

O que essa dogmática faz é estruturar sistematicamente o delito em seus elementos gerais, formular os pressupostos materiais de tais elementos e mostrar as premissas que lhes servem de fundamento decisivo. A evolução teve seu início ao diferenciar-se, na segunda metade do séc. XIX, entre injusto e culpabilidade, posicionando-se tudo que era objetivo no injusto e tudo de subjetivo na culpabilidade.[4] A seguir veio a distinção, no interior do injusto, entre tipicidade e ausência de justificação.[5] Tal significava que o dolo se estruturava com base em três elementos gerais: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Na tipicidade o que interessa é a existência de uma violação, descrita no tipo legal, a uma norma específica, por ex. à proibição do homicídio doloso, do furto, do estelionato etc. Na antijuridicidade se verifica se o comportamento típico em questão não estava, no caso concreto, excepcionalmente permitido por uma causa de justificação. Caso a resposta a esta pergunta seja negativa, conclui-se que o comportamento violou também a ordem jurídica com um todo.[6]

A próxima etapa evolutiva da dogmática foi a substituição do conceito psicológico de culpabilidade, que se referia apenas à relação psíquica-subjetiva entre autor e injusto típico, pelo conceito normativo de culpabilidade. Segundo este conceito, a culpabilidade significa que se pode formular um juízo de reprovação individual ao autor pelo seu comportamento típico-antijurídico.[7]

3. *Gimbernat Ordeig*, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, in: ZStW 82 (1970), p. 379, 405.

4. Cf. as referências históricas em *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. edição, 1969, p. 38 e ss.

5. Em adesão a *Beling*, Lehre vom Verbrechen, 1906. Mais detalhes a respeito em *Welzel*, Strafrecht..., p. 52 e ss.

6. Mais detalhes em *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. edição, 1994, Vor § 32 nm. 5 e ss., 10, com ulteriores referências.

7. O início do conceito normativo de culpabilidade está em *Frank*, Aufbau des Schuldbegriffs, 1907. Mais detalhes sobre a ulterior evolução em *Welzel*, Strafrecht..., p. 139 e ss., 152 e ss.

Na década de vinte do século passado, reconheceu-se, primeiro, que no plano do injusto, mais exatamente, no plano do tipo, elementos subjetivos tinham alguma relevância para muitos crimes. Estes requisitos subjetivos especiais de alguns tipos, por ex., o fim de assenhoreamento no furto, foram chamados de elementos subjetivos do injusto.[8] Mas em princípio, considerava-se, como antes, que para a tipicidade bastava a causação objetiva de um resultado. A ação proibida, na qual se deveriam basear todos os delitos, consistiria na causação objetiva de um resultado. Falava-se aqui de um conceito causal de ação e de um conceito causal de injusto dele decorrente. Delitos dolosos e culposos deveriam distinguir-se uns dos outros apenas no plano da culpabilidade.[9]

Em resposta aos trabalhos do penalista *Hans Welzel* seguiu-se, após a segunda guerra mundial, uma grande controvérsia científica em torno da por ele criada *teoria pessoal do injusto*.[10] Segundo essa teoria, para que haja um injusto típico não basta que alguém tenha causado um resultado. É necessário, isso sim, que se possa falar numa atuação da vontade do autor.[11] Um ação seria sempre uma intervenção no acontecer causal guiada pela vontade.[12] Daí decorre que uma ação

8. O principal defensor desta teoria foi *Mezger*, Strafrecht, 1931, p. 168 e ss.

9. Cf. para a opinião então dominante: *Mezger*, Strafrecht..., p. 89, 108 e ss., 269; *v. Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. edição, 1948, p. 37, 39 e ss., 108 e ss., 131 e ss.; *Schönke*, Strafgesetzbuch, 4. edição, 1949, Vorbem. I 1, III, IV, § 59 I; *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 8. edição, 1957, Vorbem. I 1, II 3, Vor § 51 V; com ulteriores referências.

10. Os primeiros trabalhos de Welzel foram já os estudos sobre "Strafrecht und Philosophie" ("Direito penal e filosofia"), in: Kölner Universitätszeitung 1930 Nr. 9, p. 5 e ss. (reimpresso em Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1973, p. 345 e ss.); "Kausalität und Handlung" ("Causalidade e ação"), in: ZStW 51 (1931), p. 703 e ss., e "Über Wertungen im Strafrecht" ("Sobre valorações no direito penal"), in: Der Gerichtssaal 103 (1993), p. 340 e ss. Depois da Segunda Guerra Mundial veja-se especialmente *Welzel*, Das neue System des Strafrechts, 1 edição, 1951.

11. Quanto a isto, resumindo, *Welzel*, Strafrecht..., p. 30 e ss., 33 e ss., 48 e ss.

12. (N.T.). O autor utiliza várias vezes o termo "willentliche Handlung", o que, literalmente, se traduziria por "ação voluntária". Evitei, contudo, essa tradução mais direta, preferindo usar a mais extensa e menos elegante expressão "ação guiada pela vontade", porque entre nós se convencionou utilizar o adjetivo "voluntário" para qualificar o movimento corpóreo ou a conduta humana segundo o chamado conceito causal de ação. O que o autor deseja, respondendo à pergunta que

de matar é matar outra pessoa guiado pela vontade, ou que uma ação de danificar uma coisa é danificar uma coisa alheia guiado pela vontade. Uma vez que esta vontade (falava-se, pouco exatamente, de finalidade) no crime doloso era idêntica ao dolo, decorria daí a conseqüência de que o dolo pertencia já ao injusto típico. Também no injusto típico do delito culposo tinha a ação guiada pela vontade um importante papel. Aqui o conteúdo da proibição refere-se não a uma ação dirigida a um homicídio guiado pela vontade, mas a uma ação descuidada em relação em ao resultado típico. Enquanto no delito doloso, a ação proibida guiada pela vontade compreende a totalidade do tipo, inclusive o resultado doloso, no delito culposo ela preenche apenas uma parte do tipo, a saber a ação descuidada guiada pela vontade, por ex., a ultrapassagem de um outro veículo numa curva de pouca visibilidade. A ocorrência do resultado é, portanto, um segundo requisito do delito culposo, a ser distinguida da ação. Neste delito, o que interessa é a realização do risco que advém da ação descuidada. Em razão disso, o requisito da culpa, que é a não-observância do cuidado necessário no trato social, ou – o que é o mesmo – o agir apesar da previsibilidade geral da possibilidade do resultado, deve ser posicionado não na culpabilidade, mas sim já no tipo de injusto.[13] Delito doloso e culposo distinguem-se, segundo a teoria pessoal do injusto, já no plano do injusto típico.

Os opositores do conceito pessoal de injusto avançaram, inicialmente, rumo à teoria da imputação objetiva. Afinal, também eles chegaram à conclusão de que a mera causação do resultado não era suficiente para fundamentar o injusto. A necessária restrição deveria advir não do dolo ou da culpa, mas já de critérios obje-

lhe dirigi pessoalmente sobre este termo, é referir-se àquilo que tradicionalmente se conhece por conceito final de ação, sem, contudo, valer-se de palavras como "final" ou "finalidade", para com isso evitar as críticas que comumente se dirigem já a estes termos.

13. A compreensão sistemática da culpa foi, de início, um problema para a teoria pessoal do injusto, porque esta enfocava primariamente o delito doloso. Este problema foi depois resolvido de maneira materialmente correta, como se acabou de expor. Mais detalhes a respeito em *Hirsch*, Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, in: Festschrift für Lampe, 2003, p. 515 e ss.

tivos referidos ao sujeito: para que haja uma punição justa, alguém deve ou não ser responsabilizado pelo resultado causado.[14]

Esta opinião ainda assim não conseguiu evitar que, na metade da década de 70, a teoria do injusto pessoal se consolidasse na Alemanha, no que se referia a suas conseqüências para a estruturação do delito. Isso quer dizer que o dolo típico é, desde então, posicionado no tipo do delito doloso, e que a previsibilidade geral do resultado é posicionada no tipo do delito culposo.[15] Decisivas foram, principalmente, as conseqüências individuais que derivavam do conceito pessoal do injusto. Estas conseqüências referiam-se, principalmente, ao seguinte: segundo a posição já tradicionalmente defendida, o dolo era um elemento constitutivo do tipo na tentativa, pois sem o dolo e seu conteúdo não se pode dizer que delito tentou o autor realizar. Se o dolo é constitutivo para o injusto típico no delito de tentativa, então não pode ele no caso de consumação saltar para fora do plano do injusto e ganhar relevância apenas para a culpabilidade. O conceito pessoal de injusto eliminou a contradição até então existente. Este conceito de injusto permitiu também uma solução do problema do erro sobre a antijuridicidade. Uma vez que o dolo deve ser posicionado já no tipo, e a consciência da ilicitude se refere apenas ao injusto, pode-se chegar à solução materialmente adequada de que o erro evitável sobre a antijuridicidade não leva à exclusão do dolo e à isenção de pena no caso de inexistir punição da culpa, mas a uma punição pelo delito doloso (com culpabilidade diminuída). O concei-

14. Neste sentido *Roxin*, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in: ZStW 74 (1962), p. 515 e ss.

15. Cf. dentre a literatura atual por ex. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5 edição, 1996, p. 565 e ss.; *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26 edição, 2001, Vor § 13 nm. 54 e ss.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. I, 3 edição, 1997, § 10 nm. 9, 62 e ss., § 24 nm. 3 e ss.; *Schroeder*, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11 edição, 1994, § 16 nm. 146; *Hirsch*, Leipziger Kommentar..., Vor § 32 nm. 183 e ss. com ulteriores referências. Uma opinião minoritária (defendida especialmente por *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, p. 48 e ss., 55 e ss.) quer posicionar já a previsibilidade *individual* do resultado entre os pressupostos do tipo. Sobre as objeções daí decorrentes vide *Hirsch*, Der Streit um die Handlungs- und Unrechtslehre (Teil II), in: ZStW 94 (1982), p. 239, 266 e ss.

to pessoal de injusto obteve uma confirmação também da teoria da participação. Instigação e cumplicidade exigem um fato principal doloso. Isto fica claro na primeira já em decorrência de sua definição, que é a provocação da decisão de praticar o fato. A renúncia ao requisito do caráter doloso do fato principal destruiria as fronteiras entre participação e autoria mediata. Uma vez que a teoria do injusto pessoal reconheceu o dolo já como requisito do tipo e, assim, como constitutivo do injusto, a introdução da chamada acessoriedade limitada, isto é, a independência da punibilidade do partícipe da culpabilidade do autor principal, em nada modificou a exigência do caráter doloso do fato principal. Outro importante ponto a ser relevado foram os conhecimentos que a teoria pessoal do injusto abriu para o delito culposo. Especialmente neste fica bem claro que a ordem jurídica paralisaria por completo a vida social se a violação do cuidado não fosse necessária para o desvalor da ação do delito culposo.

Todas estas soluções foram aceitas pela jurisprudência e, além disso, em 1975 expressamente acolhidas na nova Parte Geral do Código Penal Alemão.[16]

O fundamento teórico da concepção pessoal do injusto, a chamada "teoria finalista da ação", continuou a ser recusado pela opinião dominante. Esta se contenta em apontar para as mencionadas soluções materialmente corretas e a uma valoração ou da "natureza da antijuridicidade", ou do "sentido social" do comportamento típico, ou da "imputação subjetiva".[17] O pano de fundo é a discussão que é travada sob o título "normativismo ou ontologismo?" Welzel criticara o sistema anterior que tinha diante de si, fundado no conceito causal de ação, alegando que essa dogmática trabalhava com produtos artificiais teóricos, normativamente construídos, ao invés de partir dos fenômenos pré-jurídicos da

16. Cf, BGHSt (GrS) 2, 184 (erro de proibição); BGHSt 9, 370 (acessoriedade da participação ao dolo); BGHZ (GrS) 24, 21 (requisitos do injusto na culpa). Na nova Parte Geral do StGB cf. § 17 (erro de proibição), § 22 (tentativa), §§ 26, 27, 29 (acessoriedade da participação ao dolo).

17. Cf. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch..., p. 241 e ss.; *Lenckner*, Strafgesetzbuch..., Vor § 13 nm. 52 e ss.; *Roxin*, Strafrecht..., § 7 nm. 22, § 10 nm. 61 e ss., § 12, todos com ulteriores referências.

realidade.[18] A seu ver, o conceito de ação era o exemplo mais importante. Contrariamente ao artifício teórico do conceito causal de ação, devia-se entender por ação um comportamento guiado pela vontade do homem. Também noutros pontos apontou ele para as estruturas do ser e para a necessidade de que o legislador e a dogmática a respeitassem em suas reflexões. Neste contexto, muitas vezes dizia-se que havia de partir-se do aspecto ôntico.[19] Contra isso insurgiu-se a opinião dominante, alegando que não se podiam deduzir decisões jurídicas de meros dados do ser e denominando a corrente que ela recusou de ontologismo.[20]

A esta corrente contrapôs-se e contrapõe-se o normativismo, segundo o qual o legislador e a dogmática são livres na construção de seus conceitos, de modo que a estrutura pré-jurídica e lógico-real de um fenômeno seria irrelevante.[21]

A teoria dominante, que acatou apenas as conseqüências sistemáticas da teoria pessoal do injusto, mas não o seu fundamento, não se contentou com esta recepção, mas a combinou com a já mencionada *teoria da imputação objetiva*, tal como ela é defendida pelo penalista de Munique *Claus Roxin*.[22] Como dito, esta teoria foi inicialmente desenvolvida como uma contra-proposta à teoria pessoal do injusto. Agora já não se enxerga nela uma teoria do tipo como um todo, mas apenas da parte que consiste no tipo objetivo.

18. Cf. a síntese em *Welzel*, Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft, in: Erinnerungsgabe für Grünhut, 1965, p. 173 e ss. (reimpresso em Welzel, Abhandlungen..., p. 345 e ss.).

19. Cf. *Welzel*, Vom Bleibenden..., p. 174 e ss. Falava numa abordagem ontológica também especialmente *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, p. XVI e 16 e ss. Cf. também o título do livro de estudos colecionados editado pelos alunos de *Kaufmann*, "Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert" ("Dogmática penal entre ser e valor"), 1982.

20. A objeção de que a ontologia estaria sendo elevada a fonte de direito encontra-se em especial em *Roxin*, Zur Kritik..., p. 515, 518 e ss., 522, 527, 547 e ss., 554; Strafrecht..., § 8 nm. 25; e *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. edição, 1991, p. VII.

21. *Roxin*, Zur Kritik..., p. 523. Cf. também *Jakobs*, Strafrecht..., p. VII e ss.; *Lenckner*, Strafgesetzbuch..., Vor § 13 nm. 31 e ss.; *Schünemann*, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, p. 1, p. 51.

22. Cf. *Roxin*, Strafrecht..., § 11 nm. 39 ff. (= *Roxin*, Funcionalismo e imputação objetiva, trad. Luís Greco, Rio de Janeiro, 2002, § 11 nm. 39 e ss.); *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch..., p. 286 e ss.; *Lenckner*, Strafgesetzbuch..., Vor § 13 nm. 91 e ss.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 34 edição 2004, nm. 178 e ss.

A teoria da imputação objetiva diz, segundo *Roxin*: a causação de um resultado típico preenche o tipo objetivo de um delito apenas quando o autor criar um perigo não coberto pelo risco permitido compreendido no alcance do tipo.[23] No delito doloso, os principais casos de aplicação nos quais deve faltar a imputação objetiva seriam o desvio essencial no curso causal e a inexistência de controlabilidade de um resultado previsto como possível. No delito culposo, mencionam-se como exemplos principais: o nexo de violação de dever exigido entre a ação descuidada e o resultado, bem como os casos do fim de proteção da norma. Além disso, considera-se o chamado nexo de imediatez no delito qualificado pelo resultado um dos exemplos principais.

A teoria da imputação objetiva não reconhece à ação qualquer papel constitutivo para o sistema do delito. A seu ver, o conceito de ação significa, na prática, apenas que manifestações anímicas que permaneçam internas, movimentos reflexos e fenômenos similares já são desde o início irrelevantes para a imputação.[24] A perspectiva da dogmática tradicional, orientada a partir da ação violadora da norma, é substituída pelo questionamento a respeito de se o autor deve ou não, para que a punição seja justa, ser responsabilizado pelo resultado a que ele der causa.[25]

Bem menos adeptos encontrou a corrente fundada na década de 60 pelo já falecido penalista de Bonn Armin Kaufmann,[26] que consistia numa cisão

23. *Roxin*, Strafrecht..., § 11 nm. 39 e ss., 47 e ss. (= *Roxin*, Funcionalismo..., § 11 nm. 39 e ss., 47 e ss.). *Lenckner*, Strafgesetzbuch..., Vor § 13 nm. 92, usa a formulação segundo a qual um resultado típico apenas será imputável se o autor que lhe deu causa criar um risco juridicamente proibido e este se realizar no resultado concretamente ocorrido. Fala-se também na "criação de um risco juridicamente desaprovado", cf. *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch, 52. edição, 2004, Vor § 13 nm. 17.

24. Cf. *Roxin*, Strafrecht..., § 8 nm. 51 e ss., 63 e ss.

25. Mais detalhes a respeito em *Hirsch*, Zur Lehre von der objektiven Zurechnung, in: Festschrift für Lenckner, 1998, p. 119, 131 e ss., com ulteriores referências. Ali também se encontra a indicação de que *Roxin* não se atém de modo conseqüente a seu ponto de partida.

26. *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, in: ZStW 80 (1968), p. 34, 50 e ss.; Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: Festschrift für Welzel, 1974, p. 393, 403, 411.

subjetivista da teoria pessoal do injusto. Segundo essa teoria, o injusto do delito doloso já se esgotaria na ação de tentativa acabada. O injusto pessoal já estaria completo quando o autor tenha feito tudo que, segundo a sua representação, parece necessário para que tenha lugar o resultado por ele querido. Se não sobrevier o resultado, tal se encontra fora da esfera de influência do autor. Com a tentativa acabada realizou o autor tudo o que a norma de proibição lhe podia proibir. Esta teoria questiona, de modo conseqüente, a solução dos vigentes códigos penais, de exigirem em princípio a ocorrência do resultado para que se possa falar em consumação.

Outra corrente quer determinar os elementos do crime sobretudo a partir da pena. O sistema do delito deveria ser reconstruído "funcionalmente" com base nos fins da pena. Esta corrente defendida por alguns autores, que se denomina pensamente sistemático "*funcional*", é descrita pelo penalista de Munique, *Bernd Schünemann*, da seguinte maneira: os estratos sistemáticos do crime devem ser deduzidos de postulações valorativas e teleológicas reitores, sendo que a base do sistema é fornecida pelo valor que deve reger a administração da justiça penal – a determinação da finalidade preventiva fundada nas ciências sociais.[27]

Mais atenção encontrou o funcionalismo na versão defendida pelo penalista de Bonn *Günther Jakobs*. Jakobs exige que todos os conceitos da dogmática penal recebam seu conteúdo a partir dos fins do direito penal, de modo que conceitos como causalidade, poder, capacidade, culpabilidade etc. perdem seu conteúdo pré-jurídico e passam a existir apenas no contexto das regras jurídico-penais.[28] Os conceitos da Parte Geral deveriam submeter-se a uma extensa normatização, que teria de orientar-se com base na prevenção geral. Pontos de vista um tanto amplos como "imputação", "competência", "quebra da norma" ou "reestabelecimento da vigência da norma por meio da estabilização da norma" têm o papel

27. *Schünemann*, Grundfragen..., p. 51, 55 e ss.

28. *Jakobs*, Strafrecht..., p. V e ss.

chave em seu sistema. Jakobs chega, assim, a um relativismo de todos os conceitos sistemáticos. Até a distinção entre injusto e culpabilidade deveria, em si, ser supérflua e ter apenas significado didático. Ambos, também a culpabilidade, seriam derivados da prevenção geral.

II. Uma análise dos *pontos de vista agora expostos* demonstra que o de Kaufmann e o dos funcionalistas dificilmente nos levam adiante.

A perspectiva de Kaufmann representa uma sobrevaloração do aspecto subjetivo. A opinião dominante está de acordo com que o resultado tem função constitutiva também para um conceito pessoal de injusto.[29] Uma ação consumada consiste numa *realização* do conteúdo da vontade. No delito doloso, essa realização pressupõe o resultado típico, pois é ele que importa ao autor. Se este não alcançar o resultado, é porque não conseguiu dominar o curso causal. Uma ação se consuma, portanto, não com o ato dirigido à realização do resultado, mas tão-somente com a ocorrência daquilo que o autor quer. Tal fica especialmente claro se, ao invés de pensarmos em comportamentos puníveis, tivermos em mente atividades dirigidas a fins valorados de modo positivo pela sociedade. Uma conseqüência da concepção subjetivista de Kaufmann seria, ademais, que se tem de punir a tentativa acabada em todos os delitos, uma vez que ela já representa o injusto pessoal completo – o que seria uma grande extensão da punibilidade, evidentemente errônea.[30] Por estes motivos, o círculo de adeptos desta concepção manteve-se restrito fundamentalmente a discípulos de Kaufmann.[31]

29. Cf. as referências e considerações em: *Stratenwerth*, Zur Relevanz des Erfolgsunwerts im Strafrecht, in: Festschrift für Schaffstein, 1975, p. 177, 182 e ss.; *Gallas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, in: Festschrift für Bockelmann, 1979, p. 153, 161 e ss.; *Hirsch*, Streit..., p. 240 e ss.; Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgsunwert, em: Gedächtnisschrift für Meurer, 2002, p. 3, 4 e ss.; com detalhadas referências.

30. (N.T.) O direito alemão pune a tentativa somente nos crimes punidos com pena privativa de liberdade superior a um ano, salvo disposição expressa em contrário (cf. §§ 12 e 23 StGB).

31. Em especial *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, p. 135 e ss., 205 e ss.; Alternativ-Kommentar StGB, 1990, §§ 15, 16, Rn. 7, 107; *Struensee*, Versuch und Vorsat, in: Gedenkschrift für Armin Kaufmann, 1989, p. 523, 534 ff.; Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, in: ZStW 102 (1990), p. 21, 49.

Também as concepções funcionalistas encontraram poucos adeptos na Alemanha. O próprio *Schünemann* admite que da perspectiva por ele defendida não se conseguem derivar soluções fundamentalmente novas.[32] A concepção de *Jakobs*, por sua vez, encontrou repúdio maciço.[33] Critica-se que o normativismo *radical* por ela defendido, segundo o qual todos os conceitos da lei devem ser entendidos como produtos do legislador, renuncia a toda e qualquer ligação entre direito e realidade pré-jurídica. Também a proposta de analisar o conteúdo de injusto do delito unicamente a partir da perspectiva da quebra da norma, e não do bem jurídico por ela protegido, é recusada como excessivamente formal. Da mesma forma, consideram-se os conceitos que Jakobs continuamente utiliza em sua argumentação, como "competência" e "estabilização da norma", impróprios para a dogmática, por serem demasiado extensos e indeterminados. Duvida-se, com razão, até mesmo da possibilidade de derivar deles um sistema dogmático com distinções mais exatas. Aponta-se neste contexto para o fato de que quase todas as conclusões a que chega Jakobs são idênticas às que já havia desenvolvido a dogmática tradicional. Além disso, a tese de que a culpabilidade seria um derivado da prevenção geral é decididamente criticada. Uma tal postura significa uma desindividualização do conceito de culpabilidade e desconhece que a culpabilidade serve de conceito contraposto à prevenção geral, que deve proteger o autor de punições excessivas fundadas na prevenção geral.[34]

32. *Schünemann*, Grundfragen..., p. 18 e ss. ("espera-se" apenas "refinações e correções" do tradicional aspecto do sistema jurídico-penal cunhado pela teoria do injusto pessoal).

33. Contra ela *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch..., p. 215 e ss.; *Lenckner*, Strafgesetzbuch..., Vor § 13 nm. 117 e ss.; *Hirsch*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift 600 Jahre Universität Köln, 1988, p. 399, 417 e ss.; *Schünemann*, Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, in: Festschrift für Rudolf Schmitt, 1992, p. 117, 135; com ulteriores referências. De autores não alemães, *Moreno Hernández* (Cidade do México), Über die Verknüpfung von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, in: Festschrift für Roxin, 2001, p. 69, 90 ("uma volta ao normativismo significa não outra coisa que uma volta ao positivismo jurídico").

34. *Bock*, Ideen und Schimären im Strafrecht, in: ZStW 103 (1991), p. 636, 643, 647 e ss., 654 e ss.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch..., p. 216; *Hirsch*, Das Schuldprinzip im Strafrecht, in: ZStW 106 (1994), p. 746 752 e ss.; com ulteriores referências.

É por isso que *apenas duas concepções fundamentais* confrontam-se *seriamente* na discussão alemã: a teoria da *imputação objetiva de Roxin* e um *desenvolvimento da teoria pessoal do injusto*. O confronto é por vezes reduzido à fórmula "normativismo ou ontologismo?", o que é, contudo, inexato. Afinal, nenhum defensor dessas correntes defende, a rigor, um normativismo puro, muito menos um ontologismo puro. Também Roxin reconhece em sua concepção por ele denominada "teleológica/político-criminal" a relevância da "resistência da coisa".[35] E, do outro lado, uma análise mais precisa demonstrará que a preocupação de Welzel, o fundador da teoria pessoal do injusto, não era distinguir entre mundo do ser e mundo do direito, mas sim que a dogmática, a legislação e a justiça respeitassem as estruturas e as demais elementares essenciais pré-jurídicas ou pré-jurídico-penais dos respectivos objetos das regulamentações de direito penal. Dentre estes objetos de regulamentação incluíra Welzel também alguns de natureza normativa, como a honra, a propriedade ou o documento.[36]

Por esta razão, deve-se trabalhar não com slogans, mas sim analisar as diversas questões concretas:

*Em favor da teoria da imputação objetiva* é de dizer-se que, no delito doloso, Welzel voltara as atenções de modo ainda muito unilateral ao tipo subjetivo. De qualquer forma, reconheceu ele que a distinção entre autoria e participação não podia ser traçada apenas com base no aspecto objetivo do fato, mas que já no tipo objetivo se faz relevante um requisito objetivo adicional à causalidade: o domínio do fato.[37] Contudo, o tipo objetivo do delito doloso deveria, em princípio,

35. *Roxin*, Strafrecht..., § 7 nm. 47 e 84 (= Funcionalismo..., § 7 nm. 47 e 84).

36. Cf. *Welzel*, Strafrecht..., p. 188 e ss. A respeito de que não se trata primariamente da oposição entre ser e dever ser, mas da relação entre as estruturas dos objetos de regulamentação e o direito, cf. também Hirsch, Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?, in: Festschrift für Spendel, 1992, p. 43, 55. A corrente normativista no direito penal tende, contudo, a restringir-se a puras valorações jurídico-penais orientadas segundo os fins da pena. Tal leva não apenas a uma total indeterminabilidade e manipulabilidade dos conceitos, mas também ao perigo de que, desconhecendo-se os conceitos prévios ao direito, acabe-se chegando a uma extensão da punibilidade.

37. *Welzel*, Strafrecht..., p. 100 e ss.

estar realizado já com a causação do resultado, a ser determinada com base na teoria da equivalência.[38] Com razão apontam os adeptos da teoria da imputação objetiva para a existência de casos em que, apesar de presente a causalidade, ainda não está realizado o aspecto objetivo do injusto típico do delito doloso. Como exemplo menciona Roxin em seu manual, ao início da introdução a esta problemática, o caso de alguém que, na iminência de uma tempestade, manda outrem à floresta na esperança de que este seja atingido por um raio, vindo este resultado de fato a ocorrer.[39] Outros conhecidos exemplos de manual são o "caso do incêndio no hospital" ou o "caso do sobrinho herdeiro". No primeiro, a vítima de um tiro disparado com dolo de homicídio falece não em razão do disparo, mas sim de um inesperado incêndio no hospital. E no "exemplo do sobrinho herdeiro", convence o sobrinho o seu tio a uma viagem de avião, na esperança de que este venha a cair, o que surpreendentemente ocorre. Considerar preenchido em tais casos o tipo objetivo estende de modo excessivo o alcance do aspecto objetivo do injusto. O fato de que Welzel tenha querido, com a opinião tradicional, negar o dolo ou recorrer no caso do sobrinho herdeiro a um *topos* de interpretação tão indeterminado quanto a adequação social[40] reflete apenas que, na verdade, há aqui já *deficits* em elementos do tipo objetivo. Afinal, nega-se o dolo porque a vontade se dirige a algo que já de um ponto de vista objetivo não apresenta qualquer relevância para o agente.[41]

A *pergunta* que se formula, porém, é *se a teoria da imputação objetiva fornece a solução convincente*. Se atentarmos para estes casos, veremos que, a rigor, o

38. *Welzel*, Strafrecht..., p. 45.

39. *Roxin*, Strafrecht..., § 11 nm. 39 (= Funcionalismo..., § 11 nm. 39).

40. Resolvendo o caso da tempestade no sentido da exclusão do dolo, *Welzel*, Strafrecht..., p. 66. Sobre a doutrina da época, cf. *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18 edição, 1931, § 59 Anm. V. Sobre o recurso ao ponto de vista da adequação social no caso do sobrinho herdeiro, cf. *Welzel*, Strafrecht..., p. 56.

41. Isso já concedi, a partir da teoria pessoal do injusto, em debate crítico com a teoria da imputação objetiva, cf. *Hirsch*, Zur Lehre..., p. 123 e ss., 125, 127, 131 e ss., 141 e ss.

decisivo não são considerações a respeito da *imputação jurídico-penal*, e sim a falta do aspecto objetivo de uma ação de matar referida ao resultado concretamente ocorrido. Toda ação pressupõe como seus requisitos uma dominabilidade objetiva do curso causal e uma idoneidade para realizar o resultado a ser avaliada *ex ante*.[42] Nos casos que mencionamos, está entregue ao acaso quando, como e a quem ocorrerá o resultado. Em razão disso, trata-se desde o início de uma problemática geral, pré-jurídica, referida ao conceito de ação, que deve, portanto, ser levada em conta já no plano do tipo objetivo. A pretensão da teoria da imputação objetiva no sentido de restringir o alcance da causalidade por meio de critérios objetivos adicionais pode, assim, ser integrada sem problemas num desenvolvimento ulterior de uma teoria pessoal do injusto orientada segundo o conceito de ação.

Também os demais casos mencionados pelos adeptos da teoria da imputação objetiva – desde o aumento do risco, passando pelo fim de proteção da norma, até o nexo de imediatez no delito qualificado pelo resultado – não são mais do que problemas específicos do delito culposo e do delito qualificado pelo resultado.[43] Uma vez que nestes delitos, diferentemente do que se passa nos delitos dolosos, a ação guiada pela vontade não compreende o resultado, sendo este um efeito não-querido da ação descuidada, coloca-se o problema da imputação objetiva de um tal efeito. Mas tal se trata apenas de um círculo específico de crimes e não de uma teoria geral do injusto.

Epistemologicamente é de criticar-se à imputação objetiva que ela reúna, nos moldes de um catálogo, problemas materiais de natureza heterogênea, sem fornecer uma explicação científica de *por que* assim procede. Essa teoria parte, ademais, como a teoria causal do injusto e a sua "teoria da relevância"[44] de pressu-

42. Mais detalhes em *Hirsch*, Zur Lehre..., p. 134 e ss.; com detalhadas referências literárias também Küpper, *Grenzen*..., p. 91 e ss.

43. Mais detalhes em *Hirsch*, Zur Lehre..., p. 127 e ss. Ali também críticas à do aumento do risco, recusada pela opinião dominante (com mais referências).

44. Sobre esta vide *Mezger*, Strafrecht..., p. 122 e ss.

postos gerais idênticos para o tipo objetivo dos delitos dolosos e culposos. Uma tal harmonização, contudo, não apenas desconhece as fundamentais diferenças relativas ao injusto dos delitos dolosos e culposos, como desconsidera o fato de que, em razão destas diferenças, o injusto tem início em momentos diversos.[45] Pode haver uma ação descuidada num momento bem anterior à ação de um fato doloso, porque esta se encontra vinculada aos pressupostos do início da tentativa.

Também a consideração geral mencionada pela teoria da imputação objetiva, de que o autor tem de haver criado um perigo que ultrapasse o risco permitido, é imprecisa demais. Afinal, um perigo concreto para o bem jurídico protegido é desnecessário em muitos tipos, que requerem apenas um *risco objetivo* de realização da ação típica a ser avaliado *ex ante*.[46] E no que se refere ao caráter não permitido do risco, ela não serve como pressuposto da tipicidade, pois é algo que dela decorre. Se o caráter proibido fosse já um elemento do tipo objetivo, teríamos a absurda conseqüência de que o erro de proibição excluiria o dolo.

Por essas razões, é a meu ver uma evolução da teoria do injusto pessoal que oferece a sistemática do delito mais coerente.

Ao contrário da teoria da imputação objetiva, que parte do resultado, para a teoria pessoal do injusto é o comando da norma, ou seja, a proibição ou o mandato, o ponto de partida. Justificação e exculpação referem-se sempre a um comportamento contrário à norma. Uma vez que proibições e mandatos se dirigem sempre à não-prática ou à prática de ações, o conceito de ação é o conceito base para designar os objetos de regulamentação, algo que era admitido pela generalidade dos autores antes do surgimento da atual teoria da imputação objetiva.

45. Mais detalhes em *Hirsch*, Zur Lehre..., p. 139 e ss.; Zum Unrecht..., p. 522 e ss., 536. A diferença material referida já ao aspecto objetivo torna-se relevante também para a questão do objeto do consentimento; cf. Hirsch, Zum Unrecht..., p. 533 e ss. Os momentos diversos do início do fato são relevados também em BGHSt 42, 235, 236 f.

46. Sobre a distinção entre perigo e risco (ação perigosa), cf. Hirsch, Gefahr und Gefährlichkeit, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, p. 545 e ss. (N. T.: Sobre a tradução destes termos, cf. a próxima nota).

Se construirmos o sistema dogmático com base na norma e na ação, como o objeto daquela, teremos um fundamento científico. A partir daí demonstra-se que no delito doloso, aqueles pontos de vista adicionais à causalidade e ao resultado que devem ser levados em conta já no tipo objetivo decorrem do conceito de ação: a ação perigosa[47] (de uma perspectiva *ex ante* com base num terceiro racional objetivado) e o domínio do fato referido à realização do tipo objetivo.

Os mencionados exemplos – desde o caso da tempestade até o caso do sobrinho herdeiro – deixam claro que, no que se refere aos delitos *dolosos*, o debate acendido pela teoria da imputação objetiva tem menos importância prática do que teórica.

Nos delitos culposos, por outro lado, vários pontos de vista apresentados pela teoria mostram grande relevância prática. Mas eles decorrem, como já foi dito, da mencionada estrutura do injusto culposo – cujo desvalor de ação funda-se na ação descuidada – e do desvalor do resultado que daí surgir. Os pontos de vista mencionados pela teoria da imputação objetiva não trazem aqui nada de novo, mas já se encontravam na dogmática do delito culposo (e também do delito qualificado pelo resultado), nos requisitos do nexo de violação de dever que deve existir entre ação descuidada e resultado.[48]

Uma teoria do injusto pessoal mais desenvolvida abriu também perspectivas para uma ciência universal do direito penal. A visão tradicional compreende a ciência do direito penal, na maioria das vezes, como uma técnica de interpretação determinada pelas respectivas regulamentações nacionais – como uma continuação do braço do legislador e da justiça nacionais. Não se pode chamar a um tal empreendimento de ciência. Afinal, a ciência se caracteriza pela busca de co-

47. (N. T.) No estudo mencionado à nota anterior, procede Hirsch a certos esclarecimentos terminológicos, entre os quais encontra-se a recusa à tradicional contraposição delito de perigo abstrato x delito de perigo concreto, em favor da contraposição delito de ação perigosa (Gefährlichkeitsdelikt) e delito de resultado de perigoso (Gefährdungsdelikt).

48. Cf. *Welzel*, Strafrecht..., p. 136 e ss., bem como *Oehler*, Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69 (1957), p. 503 e ss.

nhecimentos duradouros, de validade geral, não submetidos a mudanças da disposição humana. A teoria do injusto pessoal, ao apontar que as estruturas dos fenômenos prévios às regulamentações jurídicas devem ser respeitadas, e ao revelar estas estruturas – por ex., o conceito de ação, as formas da participação, a essência da omissão etc. – possibilita a transferência dos resultados obtidos com base nesses fundamentos para além de todas as fronteiras nacionais. É verdade que, de início, tratava-se apenas de âmbitos específicos e reduzidos. Mas acabou tornando-se claro que esta concepção orientada para um sistema científico em sentido estrito possibilita uma ciência universal do direito penal.[49] Esta consiste em revelar que conseqüências gerais decorrem de princípios fundamentais do direito penal – a saber, do princípio do direito penal de fato ou do princípio da culpabilidade – para os pressupostos do delito. Ela formula, a partir daí, um modelo fundamental dos pressupostos gerais do delito. Com base nele, pode ela fazer propostas de reforma da legislação nacional e preencher os campos livres de interpretação do direito nacional. A ciência nacional do direito penal, dirigida aos conteúdos específicos do direito penal, fica principalmente com a interpretação da parte especial e com os campos livres de regulamentação na Parte Geral aproveitados de modo diverso pelos legisladores nacionais (por ex., a extensão quantitativa do reconhecimento do estado de necessidade exculpante).

III. Além da discussão sobre os fundamentos que se expôs, há na Alemanha ainda alguns *temas principais na atual discussão dogmática*:

1. Um problema atual é a *extensão da autoria mediata*. Nos processos criminais contra altos funcionários da antiga República Democrática Alemã em razão dos disparos mortais – contrários tanto ao direito da República Democrática Alemã quanto ao direito internacional – desferidos na fronteira com a República Federal da Alemanha, especialmente no Muro de Berlin, admitiu o Bundesgerichtshof

49. Mais detalhes em *Hirsch*, Internationalisierung des Strafrechts und der Strafrechtswissenschaft. Nationale und universale Strafrechtswissenschaft, in: ZStW 116 (2004), p. 835 e ss.

a autoria mediata.[50] Os soldados que efetuaram os disparos foram condenados como autores diretos. Para fundamentar a autoria mediata, apontou-se para o controle que os funcionários que se encontravam no topo da cadeia de comandos tinham sobre o acontecimento. Esta concepção foi, além disso, defendida pelo Tribunal Supremo argentino no julgamento dos crimes ordenados pela Junta Militar deste país. O Bundesgerichtshof alemão é da opinião de que esta forma de autoria mediata se aplica não apenas às estruturas de comando específicas de regimes totalitários e de organizações mafiosas, mas também às estruturas hierárquicas de empresas. Com base nisso, também os membros da direção de uma empresa, se instruírem seus subordinados a cometer delitos econômicos, por ex. fraudes em favor da empresa, poderiam ser punidos já como autores e não como meros instigadores. Tal significa, contudo, uma turvação dos limites entre autoria e instigação. O critério da situação coativa maciça e inescapável do instrumento, necessário para que haja autoria imediata, inexiste no âmbito da empresa, ao contrário do que ocorre num sistema totalitário. Na doutrina, esta extensão da autoria mediata às estruturas de empresas encontrou por isso freqüente repúdio.[51] É interessante observar que esta opinião extensiva do Bundesgerichtshof até agora não teve maior relevância para a jurisprudência.

2. Um segundo tema atual de discussão é o *conceito de bem jurídico*. Entre as teses clássicas da ciência do direito penal está a de que o conceito de bem jurídico interporia limites ao poder de punir do legislador. Ele conferiria ao legislador o critério para determinar o que pode ser protegido por meio do direito penal e o que tem de ser deixado impune. Recentemente, tal tem sido questionado por um número cada vez maior de autores, que conferem ao conceito significado exclu-

50. BGHSt 40, 218.

51. Cf. *Roxin*, Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, in: Festgabe 50 Jahre BGH, vol. IV, 2000, p. 177, 192 f.; *Otto*, Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparats, in: Jura 2001, p. 753, 755 e ss.; com ulteriores referências.

sivamente interno ao sistema, para a interpretação do direito positivo.[52] Alguns autores vão além, negando-lhe qualquer utilidade para o direito penal, especialmente em âmbitos orientados para o futuro como o direito penal ambiental.[53]

Mas é convincente a cada vez mais freqüente crítica a um conceito de bem jurídico capaz de antepor limites ao legislador. Afinal, inexistem interesses que, por sua própria natureza, não possam ser elevados a objeto de proteção jurídico-penal. Os críticos apontam com razão para o fato de que o âmbito dos interesses a serem protegidos pelo direito penal deve ser determinado a partir da idéia de pena.[54] A legitimação da pena pressupõe o princípio da proporcionalidade e, com ele, o da *ultima ratio* e o da subsidiariedade, devendo-se extrair daí os limites ao legislador.

Já a pergunta quanto ao destino de um conceito de bem jurídico imanente ao sistema, ou seja, ligado ao conteúdo do direito positivo, está noutro plano. Uma tal concepção de bem jurídico pretende que, ao interpretar os dispositivos penais

52. Cf. *Jakobs*, Strafrecht..., § 2/22 e ss.; *Frisch*, An Grenzen dês Strafrechts, in: Festschrift für Stree und Wessels, 1993, p. 69, p. 71 e ss.; *Baratta*, Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, p. 393, 407; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, p. 146 e ss., 538 com 427 ff.; *M. Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, p. 24 e ss.; *Hirsch*, Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff, in: Festschrift für Spinellis, 2001, p. 425, 429 e ss.; *Wohlers*, Schlussworte aus der Perspektive eines Rechtsgutsskeptikers, in: Hefendehl et ali (eds.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, p. 281 e ss., e já *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, p. 340, 350, 393 e ss. Mas referências em *M. Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, p. 18. Enfaticamente no sentido de um conceito de bem jurídico que anteponha condições de legitimação a dispositivos penais: *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter um Strafrecht, 2002, p. 5 e ss.; Schlussworte aus der Perspektive eines Rechtsgutsbefürworters, in: Hefendehl et ali, Rechtsgutstheorie..., p. 286 e ss. Cf. também *Schünemann*, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Hefendehl et ali, Rechtsgutstheorie..., p. 133, 141 e ss.

53. Assim *Stratenwerth*, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, in: ZStW 105 (1993), p. 679, 683, 692 e ss.; mais radical a manifestação do mesmo autor em Hefendehl et ali, Rechtsgutstheorie..., p. 293, 299 e ss., 307.

54. Cf. *Androulakis*, Über den Primat der Strafe, in: ZStW 108 (1996), p. 300, 302 e ss.; *Hirsch*, Aktuelle Diskussion..., p. 434 e ss., com ulteriores referências. *Lagodny* (Strafrecht...) e *Hassemer* (em: Hefendehl et ali, Rechtsgutstheorie..., p. 303 e sss.), entre outros, querem apoiar-se no direito constitucional, o que de pouco adianta face à ausência de claras manifestações no corpo constitucional, e menos ainda no caso de inexistirem direitos fundamentais numa constituição.

do direito positivo, pergunte-se que valor individual ou comunitário deve ser protegido contra ofensas pelo dispositivo em questão, extraindo-se daí conseqüências para a localização sistemática e os limites jurídico-positivos de um dispositivo. Aponte-se, por ex., à questão de se tratar de um delito de lesão ou de um mero delito de resultado de perigo ou de ação perigosa,[55] à relação com outros dispositivos penais, à ponderação no estado de necessidade justificante,[56] bem como à hierarquia de dispositivos da parte especial. Este conceito de bem jurídico imanente ao sistema é indispensável.[57] Sua utilidade está atualmente, contudo, ameaçada por uma forte tendência no sentido de dissolvê-lo, em especial ao interpretar novos dispositivos penais.[58] Por isso se discute atualmente como reagir a essa tendência.[59] A tarefa será encontrar, nos casos críticos, uma clara base para o manuseio, valoração e, possivelmente, também crítica do dispositivo analisado, através de uma precisão mais cuidadosa do verdadeiro bem por ele protegido. Por ex., o bem jurídico protegido pelos dispositivos do direito penal de trânsito não é a segurança no trânsito, mas, de modo mais preciso, a vida, a integridade física e a proprie-

55. (N. T.): cf. a observação que fiz à nota 46.

56. Cf. o § 34 do StGB, onde se fala expressamente de ponderação de bens jurídicos. (N. T.: eis o texto do dispositivo mencionado: "§ 34. *Estado de necessidade justificante.* Aquele que, para afastar perigo atual, não evitável de outra maneira, para a vida, integridade física, liberdade, honra, propriedade ou outro bem jurídico, comete um fato, para afastar o perigo de si ou de outrem, não age antijuridicamente se, na ponderação dos interesses conflitantes, a saber, dos bens jurídicos envolvidos e do grau de perigo que os ameaça, o interesse protegido superar consideravelmente o lesionado. Isto só vale, contudo, se o fato for um meio adequado para afastar o perigo").

57. Cf. *Gössel*, Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal, in: Festschrift für Oehler, 1985, p. 97, p. 102 e ss.: *Hirsch*, Aktuelle Diskussion..., p. 436 e ss., 443 e ss.; *Jakobs*, Strafrecht..., 2/22 e ss.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch..., p. 259; *M. Köhler*, Strafrecht..., p. 24 e ss.; *Lenckner*, Strafgesetzbuch..., vor § 13 nm. 9; entre outros.

58. A respeito, aprofundadamente, *M. Krüger*, Entmaterialisierungstendenz..., p. 15 e ss., 20 e ss. Cf. também as conferências e discussões em Hefendehl et ali, Rechtsgutstheorie.

59. Cf. *Eser*, Rechtsgut und Opfer. Zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen, in: Festschrift für Mestmäcker, 1996, p. 1005, 1014 ff., 1021; *Weigend*, Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Strafrechts?, in: Festschrift für Triffterer 1996, p. 695, 708 e ss.; M. Krüger, Entmaterialisierungstendenz...; enfaticamente também *Hassemer*, in: Nomos-Kommentar, que busca porém a solução num "conceito pessoal de bem jurídico" pré-jurídico; cf. também, do mesmo autor, o estudo citado à nota 53.

dade dos que dele participam. Se isso não for observado, falsificam-se meros delitos de ação perigosa em delitos de lesão, uma mudança de etiquetas que leva a uma expansão ainda maior do direito penal de crimes.

3. Outros temas atuais da dogmática da parte geral são: o problema da capacidade penal das pessoas jurídicas, a teoria subjetiva da tentativa, a questão da *actio libera in causa*, a da causalidade nas decisões colegiadas, o papel de elementares pessoais especiais no contexto da acessoriedade da participação bem como o tratamento de ações de conteúdo de injusto neutro no plano da participação. Tais temas posso aqui apenas mencionar.[60]

IV. Por fim, pode-se verificar que uma dogmática clara do direito penal representa um relevante ganho para a teoria, para a prática e para a segurança jurídica. Na dogmática, deve-se ter em vista a estrutura e a essência dos reais objetos de regulamentação, pois com base em meros artifícios teóricos ou slogans não se consegue obter soluções de validade geral. A dogmática, partindo de princípios fundamentais como "direito penal de fato" e "direito penal da culpabilidade", revelando as conseqüências sistemáticas daí decorrentes para os pressupostos do delito, possibilita para este âmbito central uma ciência universal do direito penal. Esta pode revelar aos legisladores e tribunais nacionais os aspectos conseqüentes de figuras jurídicas da parte geral, fornecendo conceitos claros e sob os quais é possível efetuar uma subsunção. Com isso, contribui a dogmática através de sua metodologia cientificamente fundada para a segurança jurídica e para a justiça.

60. Com referências sobre o estado atual da discussão, vide, para mais detalhes: *Hirsch*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, in: ZStW 107 (1995), p. 285 e ss.; Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, in: Festschrift für Roxin, p. 711 e ss.; Zur actio libera in causa, in: Festschrift für Nishihara, 1998, p. 88 e ss.; Zur Notwendigkeit eines Auslegungsänderung bei "besonderen persönlichen Merkmalen", Festschrift für Schreiber, 2003, p. 153 e ss. Sobre os problemas de causalidade cf. BGHSt 37, 106 (caso do spray de couro); 41, 206 (caso do produto protetor de madeira) e mais detalhes em *Roxin*, Strafrecht..., § 11 nm. 16 e 18 f. (= Funcionalismo, § 11 nm. 16 e 18 f.); para a participação por meio de ações "neutras" cf. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. II, 2003, § 26 nm. 218 e ss., com detalhadas referências.

# Crimes tributários nos Tribunais Superiores

Heloisa Estellita
Doutora em Direito Penal pela USP.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Extinção da punibilidade pelo pagamento e parcelamento: 2.1 O art. 9.º da Lei 10.684/2003: 2.1.1 No Superior Tribunal de Justiça; 2.2 O art. 9.º da Lei 10.684/2003 e o parcelamento de contribuições sociais descontadas dos empregados e não recolhidas pelo empregador; 2.3 Denúncia recebida antes da entrada em vigor da Lei do Refis e adesão ao Programa: o novo entendimento do STF; 2.4 Retroatividade parcial do art. 9.º?; 2.5 A ADI 3002: inconstitucionalidade do art. 9.º da Lei 10.684/2003 – 3. A proteção do domicílio e a fiscalização tributária.

**Resumo:** No que diz respeito à extinção e suspensão da punibilidade pelo pagamento e parcelamento nos crimes tributários, o Supremo Tribunal Federal passou a aplicar amplamente o disposto no art. 9.º da Lei 10.684/2003 a partir do julgamento do HC 81.929, Min. Cezar Peluso. Aquela mesma Corte reconheceu que a disciplina se aplicava a quaisquer débitos, desde que obtido o parcelamento (HC 85.452, Min. Eros Grau). Ambos os entendimentos encontraram eco na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, muito embora a constitucionalidade da norma esteja em discussão no STF (ADI 3.002, Min. Celso de Mello). Outra questão que mereceu alterações no trato jurisprudencial foi a da apreensão de documentos por agentes fiscais em escritórios de empresas sem mandado judicial. O Supremo Tribunal Federal vem repelindo tal proceder dando uma nova interpretação ao disposto no art. 195, *caput*, do CTN, que o torne compatível com a

proteção constitucional do domicílio (AP 307, Min. Ilmar Galvão; HC 79.512, Min. Sepúlveda Pertence; HC 82.788, Min. Celso de Mello).

**Palavras-chave:** Direito Penal Tributário – Extinção da punibilidade pelo pagamento – Extinção da punibilidade pelo parcelamento – Proteção ao domicílio – Busca e apreensão – Fiscalização tributária.

## 1. Introdução

Em virtude do compartilhamento deste painel por dois expositores, ao invés de abordarmos as mesmas questões com enfoques diferentes e porque são várias as novidades jurisprudenciais nesta matéria nos últimos dois anos, resolvemos dividi-las para que a abordagem seja, em conjunto, a mais completa possível.

Por esta razão, limitarei minha exposição a dois tópicos: *extinção da punibilidade pelo pagamento e parcelamento* e *a proteção do domicílio e a fiscalização tributária.*

## 2. Extinção da punibilidade pelo pagamento e parcelamento

Até dezembro de 2003, quando foi julgado o HC 81.929, o STF aplicava, normalmente, o disposto no art. 34 da Lei 9.249/95, com duas observações:

1. Muito embora o art. 34 não fizesse referência ao disposto no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, o STF estendeu a causa de extinção da punibilidade a este crime sob o argumento de que tal delito "está previsto na Lei 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo" (HC 73.418, Min. Carlos Velloso, j. 05.03.1996, *DJU* 26.04.1996);

2. No STF, havia um entendimento majoritário de que a disciplina do art. 34 da Lei 9.249/95 não alcançava a hipótese de parcelamento do débito tributário. Cfr.: Questão de Ordem no Inq. 1028, Min. Moreira Alves, 04.10.1995.

Esta questão perdeu um pouco de sua relevância a partir do julgamento do RO em HC 11.598, pela Terceira Seção do STJ, em 08.05.2002, quando se decidiu que o parcelamento deveria ser entendido como forma de "promover o pagamento do tributo e acessórios" para fim da extinção da punibilidade prevista naquele dispositivo.[1]

## *2.1 O art. 9.º da Lei 10.684/2003*

Em 16.12.2003, então, a Primeira Turma, no julgamento do HC 81.929, relator originário o Min. Sepúlveda Pertence e relator para o acórdão o Min. Cezar Peluso, aplicou, pela primeira vez, a disciplina inaugurada pelo art. 9.º da Lei 10.684, de 30.05.2003:

"Art. 9.º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos *arts. 1.º e 2.º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990*, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1.º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2.º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios".

Naquele caso, o paciente havia obtido uma significativa redução da autuação fiscal por via administrativa, de 899.321,81 UFIR para 10.122,87 UFIR

1. "Criminal. Recurso em *habeas corpus*. Omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias. Parcelamento anterior à denúncia. Desnecessidade do pagamento integral. Recurso provido.

I. Uma vez deferido o parcelamento, em momento anterior ao recebimento da denúncia, verifica-se a *extinção* da punibilidade prevista no art. 34 da Lei 9.249/95, sendo desnecessário o pagamento integral do débito para tanto.

II. Recurso provido para conceder a ordem, determinando o trancamento da ação penal movida contra os pacientes" (RO em HC 11.598, rel. Min. GILSON DIPP).

(97%), o que tornou possível o pagamento do débito antes da sentença no processo penal.

Um comentário lateral cumpre ser feito: este é mais um exemplo, dentre diversos outros, a demonstrar a relevância e a necessidade de um adequado equacionamento da "relação" entre as instâncias penal e administrativa nos crimes tributários. Interessante notar, ainda, que 6 (seis) dias antes (10.12.2003), no Plenário, o STF havia terminado o julgamento do HC 81.611, Min. Sepúlveda Pertence.

Em 1998, quando efetuado o pagamento, estava em vigor o disposto no art. 34 da Lei 9.249/95, cujo marco temporal de relevância para a extinção da punibilidade era a data do recebimento da denúncia, daí que a matéria não tenha sido discutida nas instâncias inferiores.

Pois bem, o Min. Cezar Peluso, tendo pedido vista dos autos, deparou-se com a questão da aplicabilidade da nova disciplina do art. 9.º da Lei 10.684/2003 e, entendendo que o seu § 2.º criara causa geral de extinção da punibilidade pelo pagamento, sem limite temporal, e que a nova disciplina, sendo benéfica, deveria retroagir em favor do réu (art. 5.º, XL, CF/88), concedeu *habeas corpus* de ofício, para declarar extinta a punibilidade do crime pelo pagamento, no que foi acompanhado pelos demais Ministros da Primeira Turma:

"Ação penal. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9.º da Lei federal 10.684/2003, cc. art. 5.º, XL, da CF/88, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário".

Uma observação. O julgamento do HC 81.611 havia sido concluído, como disse, seis dias antes, em 10.12.2003. Ou seja, quando de seu julgamento, o STF, ao menos sua Primeira Turma, ainda não tinha aplicado o art. 9.º da Lei 10.684/2003 aos casos de pagamento ou parcelamento. Implicando dizer que, para todos os efeitos, a norma que disciplinava a matéria era a do art. 34 da Lei 9.249/95, com seu

marco temporal de relevância do pagamento estabelecido no ato do recebimento da denúncia.

Por tal razão, o Min. Sepúlveda Pertence, relator daquele *habeas corpus*, invocou o art. 34 da Lei 9.249/95 para fundamentar o seu entendimento acerca da impossibilidade de instauração da ação penal na pendência da instância administrativa, já que "ao devedor ameaçado de ação penal, para alcançar a extinção da punibilidade, só restaria um caminho: dobrar-se à exigência fiscal do lançamento objeto da impugnação e renunciar a esta", o que, no seu entendimento, representaria "abuso do poder de instaurar o processo penal para constranger o cidadão a render-se incondicionalmente aos termos da exigência do Fisco, com a renúncia não só da faculdade – que a lei complementar lhe assegura – de impugnar o lançamento mediante procedimento administrativo nela previsto, mas também, e principalmente, de eminentes garantias constitucionais, sintetizadas na do '*devido processo legal*'" (fls. 118).

Cumpre apontar que com o advento do art. 9.º da Lei 10.684/2003, a referida ameaça do recebimento da denúncia como forma de coação para o pagamento foi suprimida, não havendo mais, parece-nos, violação oblíqua da cláusula do *devido processo legal*.

A partir do julgamento do HC 81.929, diversas são as decisões, colegiadas e monocráticas, adotadas pelo Supremo Tribunal Federal seguindo a orientação ali estabelecida, *v.g*, em 24.03.2004, RE 339.535, Min. Sepúlveda Pertence nega provimento ao RE do Ministério Público entendendo ser aplicável, retroativamente, o disposto no art. 9.º da Lei 10.684/2003 a parcelamento em Refis; em 31.08.2004, nos autos do HC 83.936, relator o Min. Joaquim Barbosa, a Segunda Turma turma defere o *writ*.

Neste julgamento, a argumentação desenvolvida pelo relator é muito interessante. Os acusados tinham sido denunciados, dentre outros crimes, por aquele previsto no art. 1.º da Lei 8.137/90. O débito foi parcelado junto à Fazenda Estadual. O relator concedeu liminar de ofício e, no mérito, votou pela concessão de

*habeas corpus* de ofício. Fundamentou-se no art. 9.º da Lei 10.684/2003, mas, *também*, no teor do julgamento do HC 81.611, *verbis*:

"Nos termos do art. 9.º, *caput*, da Lei 10.684/2003, o parcelamento do crédito tributário implica automaticamente a suspensão do processo (e, conseqüentemente, do lapso prescricional).

Ora, com mais razão, se ainda não há ação penal, esta não poderá ser proposta, atuando o parcelamento como causa impeditiva do processo crime.

De igual forma, a Lei Complementar 104/2001, ao alterar a redação do art. 151 do CTN, incluiu expressamente o parcelamento como causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário. Ou seja, se o crédito não é exigível, não há como falar em ação penal.

Note-se que estas duas normas estão em consonância com o entendimento desta Corte acerca da necessidade de ocorrência do lançamento 'definitivo' para fins de consumação do crime do art. 1.º da Lei 8.137/90 (HC 81.611, rel. Min. Sepúlveda Pertence). É que o lançamento, além de dar corpo à obrigação tributária, é imprescindível para a exigibilidade do tributo. Em outras palavras, se não há tributo exigível, não há crime de sonegação ou redução de tributo, haja vista tratar-se de crime material" (fls. 81/82).[2]

O *habeas corpus* foi concedido por unanimidade e recebeu a seguinte ementa:

"Sonegação fiscal e falsificação de sinais públicos e vale postal. Preliminar. Parcelamento do débito tributário. Concessão da ordem de ofício. Suspensão da ação penal.

Comprovado nos autos o parcelamento e o regular pagamento do débito tributário junto à Fazenda estadual, é impositiva a suspensão da ação penal.

2. Embora fuja do tema ora analisado, vale à pena conferir as considerações do Min. Gilmar Mendes em seu voto-vista a respeito da absorção do crime de falso pelo tributário, na linha de seu voto (vencido) no HC 83.115.

Ordem concedida de ofício, para suspender a ação penal enquanto houver o parcelamento do débito tributário devido à Fazenda estadual. Inteligência do art. 9.º, *caput*, da Lei 10.684/2003, c/c Lei Complementar 104/2001, que alterou o art. 151 do Código Tributário Nacional".

### *2.1.1 No Superior Tribunal de Justiça*

A Quinta Turma do STJ passou a adotar o mesmo entendimento conforme se colhe, por exemplo, do julgamento do REsp 710.799, Min. Gilson Dipp, de 19.05.2005. Neste caso, o TRF da 1.ª Região havia decretado a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário, tendo o Ministério Público interposto Recurso Especial com fundamento na ofensa ao disposto no art. 9.º, § 2.º, da Lei 10.684/2003, em virtude do veto ao disposto no art. 5.º, § 2.º, do mesmo diploma, impossibilitando o parcelamento das contribuições descontadas dos empregados pelo empregador. A Quinta Turma, por unanimidade, entendeu correta a decisão do TRF 1.ª, pois a nova disciplina admite o pagamento após o recebimento da denúncia como causa de extinção da punibilidade, que deve retroagir por ser mais benéfica ao réu. O acórdão, porém, não enfrentara diretamente a questão da vedação de parcelamento das contribuições descontadas do empregado pelo empregador, talvez porque o parcelamento estivesse quitado ao tempo do julgamento, sendo, portanto, irrelevante a discussão acerca de sua possibilidade, ou não.

A orientação foi seguida no julgamento do HC 43.269, relator o Min. Hélio Quaglia Barbosa, no qual, por unanimidade, a Sexta Turma concedeu a ordem para suspender o prosseguimento do feito e da pretensão punitiva.

A seguir, em outubro de 2005, a Quinta Turma, por maioria, vencida a Ministra Laurita Vaz, nega provimento ao Resp n. 700.083, interposto pelo Ministério Público, pelos seguintes fundamentos:

"Penal e processual penal. Recurso especial. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias. Débito originário da ação penal parcelado. Sus-

pensão da pretensão executória. Incidência da benesse legal (Lei 10.684/2003, art. 9.º). Recurso improvido.

1. No campo do direito penal, não importa verificar a legalidade da concessão do parcelamento dos débitos relativos às contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, mas apenas o seu eventual deferimento pela autoridade administrativa, circunstância, por si só, suficiente para fazer surgir o direito ao referido benefício da suspensão da pretensão punitiva (Lei n. 10.684/03, art. 9.º, *caput*) e da prescrição (Lei n. 10.684/03, art. 9.º, § 1.º), ou da extinção da punibilidade (Lei n. 10.684/03, art. 9.º, § 2.º), independentemente da data do recebimento da denúncia.

2. Portanto, obtido o parcelamento, perante a autoridade administrativa, dos débitos previdenciários oriundos das contribuições descontadas dos empregados – não obstante a vedação contida no art. 7.º da Lei n. 10.666/03 –, há que se reconhecer o direito do réu de ver suspensa a pretensão punitiva estatal ou mesmo a suspensão da pretensão executória, se for o caso, que daquela decorre como conseqüência natural e lhe é muito mais gravosa.

3. Recurso especial conhecido, mas improvido."

Parece-nos, assim, que os dois Tribunais Superiores passaram a adotar o mesmo entendimento na matéria.

## *2.2 O art. 9.º da Lei 10.684/2003 e o parcelamento de contribuições sociais descontadas dos empregados e não recolhidas pelo empregador*

No que tange à delicada situação do parcelamento de débito oriundo de contribuições descontadas de empregado e não recolhidas pelo empregador, especialmente diante do veto parcial da Lei 10.684/2003 e do disposto no art. 7.º, da Lei 10.666/2003, a matéria está sendo pacificada.

O veto eliminou do texto da lei a possibilidade de aplicação do parcelamento previsto na Lei 10.684/2003 aos débitos oriundos de contribuições descontadas dos segurados, que estava prevista no § 2.º do art. 5.º. Isto porque, segundo as razões de veto, "se a empresa reteve as contribuições dos trabalhadores, não faz sentido deixar de repassá-las ao INSS". E, ainda, porque o Congresso Nacional acabara de aprovar a Lei 10.666, de 10.05.2003, cujo art. 7.º prescreve:

"Não poderão ser objeto de parcelamento as contribuições descontadas dos empregados, inclusive dos domésticos, dos trabalhadores avulsos, dos contribuintes individuais, as decorrentes de sub-rogação e as demais importâncias descontadas na forma da legislação previdenciária."

Como sempre sustentamos, o veto, não tendo atingido o disposto no art. 9.º da Lei 10.684/2003, não impediu a aplicação da disciplina penal deste dispositivo acaso concedido parcelamento, seja qual for, àqueles débitos e que fossem o objeto do crime descrito no art. 168-A[3] do CP.

A questão acabou sendo equacionada com perfeição pelo Min. EROS GRAU, acompanhado, à unanimidade, pela Primeira Turma do Excelso Pretório, no julgamento do HC 85.452, julgado em 17.05.2005, e deferido à unanimidade:

*Habeas corpus* substitutivo de Recurso Ordinário. Apropriação indébita de contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. Parcelamento e quitação após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade, por força da retroação de lei benéfica. *As regras referentes ao parcelamento são dirigidas à autoridade tributária. Se esta defere a faculdade de parcelar e quitar as contribuições descontadas dos empregados, e não repassadas ao INSS, e o paciente cumpre a respectiva obrigação, deve ser beneficiado pelo que dispõe o art. 9.º, § 2.º, da citada Lei 10.684/2003. Este preceito, que não faz distinção entre as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e as patronais, limita-se a autorizar a extinção da punibilidade refe-*

3. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei n. 10.684/03. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v.11, n.130, p.2-3, 2003

*rente aos crimes ali relacionados. Nada importa se o parcelamento foi deferido antes ou depois da vigência das leis que o proíbe: se de qualquer forma ocorreu, deve incidir o mencionado art. 9.º.* O paciente obteve o parcelamento e cumpriu a obrigação. Podia fazê-lo, à época, antes do recebimento da denúncia, mas assim não procedeu. A lei nova permite que o faça depois, sendo portanto, *lex mitior*, cuja retroação deve operar-se por força do art. 5.º, XL da Constituição do Brasil. Ordem deferida. Extensão a paciente que se encontra em situação idêntica" (HC 85.452, Primeira Turma, v.u., j. 17.05.2005, grifamos).

No ponto sob exame, afirma o relator:

"(...). É certo que foi vetado o preceito que previa o parcelamento da quantia descontada dos empregados e não repassada ao INSS, restando, destarte, previsão legal somente para o parcelamento dos valores atinentes às contribuições patronais.

No entanto, no caso concreto, o parcelamento e a quitação do débito com a Previdência deram-se antes da vigência das Leis 10.666/2003 e 10.684/2003. De resto, ainda que o fossem após a vigência desses textos normativos, isso não alteraria a conclusão a que pretendo chegar neste *writ*.

*As regras referentes ao parcelamento são dirigidas à autoridade tributária*, de modo que, *se esta defere a faculdade de parcelar e quitar o débito tributário e o paciente cumpre a respectiva obrigação, deve ser beneficiado pelo que dispõe o art. 9.º, § 2.º, da citada Lei n. 10.684/2003. Este preceito que não faz distinção entre as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e as patronais, limita-se a autorizar a extinção da punibilidade dos crimes ali relacionados.* Nada importa se o parcelamento foi deferido antes ou depois da vigência das leis que o proíbe (sic): *se de qualquer forma ocorreu, deve incidir o mencionado art. 9.º*" (fls. 423/424, grifos nossos).

O Superior Tribunal de Justiça já se utilizou do mesmo entendimento, com expressa referência ao julgamento deste *habeas corpus*, no REsp 710.700, rel. Min. Gilson Dipp, no REsp 700.082, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima e no HC 43.269, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa.

## *2.3 Denúncia recebida antes da entrada em vigor da Lei do Refis e adesão ao Programa: o novo entendimento do STF*

Com relação à adesão ao Refis, importante lembrar que a Lei 9.964/2000 estabelecia como marco final dos efeitos penais da adesão o recebimento da denúncia. Quando entrou em vigor, pois, deixou de ser aplicada àqueles casos cuja denúncia tinha sido recebida anteriormente, tornando, assim, penalmente irrelevante a adesão, por ser extemporânea (STJ: REsp 547.861, Min. Gilson Dipp; REsp 598.285, Min. José Arnaldo da Fonseca; RO em HC 13.806, Min. Laurita Vaz).

A partir de 2005, do julgamento do RE 409.730, passamos a encontrar, no STF, duas espécies de enfrentamento da questão no âmbito da Primeira Turma, a depender da data da adesão:

a) se a adesão se deu no curso do processo com denúncia recebida antes da entrada em vigor da Lei 9.964/2000, aplica-se retroativamente o próprio art. 15;

b) se a adesão se deu no curso de processo com denúncia recebida após a entrada em vigor da Lei 9.964/2000, aplica-se retroativamente o art. 9.º da Lei 10.684/2003.

No primeiro caso, o *leading case* é o apreciado no RE 409.730, Min. Marco Aurélio, julgado em 01.02.2005, no qual a Turma, à unanimidade, acompanhou o relator no seguinte entendimento:

"A interpretação do art. 15 da Lei 9.964/2000 há de se fazer à luz da garantia constitucional da retroação da norma mais benéfica ao réu, afastando-se a cláusula final do art., no que impõe, como condição, o fato de se ter aderido ao REFIS em data anterior ao recebimento da denúncia, quando esta o foi antes da vigência da nova norma legal. *A condição impossível é tida como não escrita*" (ementa, grifos nossos).

Há cautelares fazendo referência a este entendimento, *v.g.*: HC 85.048-MC e 85.273-MC, Min. Cezar Peluso.

## *2.4 Retroatividade parcial do art. 9.º?*

Uma outra questão levantada por Délio Lins e Silva Júnior, nos autos do HC 85.661, Min. Marco Aurélio, e apresentada no Boletim 154 (set./2005) é a relativa à retroatividade parcial do art. 9.º da Lei 10.684/2003.

Segundo ele, a suspensão do curso da prescrição penal, prevista no § 1.º do art., não poderia retroagir, já que prejudicial ao réu. Daí sustentar a retroatividade tão-somente do disposto no *caput* do artigo, ou seja, da suspensão da punibilidade na vigência do parcelamento.

Lembrando da jurisprudência que se criou em torno da nova redação dada ao art. 366 do CPP (pela Lei 9.721/96), que não admitiu a aplicação retroativa dado o caráter híbrido da norma e sua incindibilidade, o autor sustenta que, aqui, não se deve aplicar a mesma lógica uma vez que as duas disposições – do *caput* e do § 1.º – são diferentes, uma não dependendo da outra para sua aplicação.

Neste HC, o Min. Marco Aurélio concedeu liminar (19.03.2005) sem apreciar, contudo, a matéria especificamente. O *writ* pende de julgamento.

Em duas outras decisões monocráticas, porém, a matéria foi examinada:

Decisão – RE 339.535 – Min. Sepúlveda Pertence – 13.02.2005 – Decisão: nego provimento. Quanto a esta questão, o Ministro considerou que, em seu conjunto, a norma do art. 15 era mais favorável ao réu, daí sua aplicação total retroativa: "o benefício da suspensão da pretensão punitiva do Estado – e, conseqüentemente, do curso processual – supera a prejudicialidade da suspensão da prescrição, sobretudo pela possibilidade de extinção da punibilidade, se realizado o pagamento do débito tributário, nos termos da 9.249/95, ou da 10.684/2003 (art. 9.º, § 2.º), ambas, no todo, mais benéficas e, por isso, aplicáveis ao caso, embora posteriores aos fatos".

Decisão – RE 447.860 – Min. Carlos Velloso – *DJ* 08.08.2005 – Decisão: nego seguimento. Transcreve integralmente a decisão do Min. Sepúlveda Pertence no RE 339.535.

## *2.5 A ADI 3002: inconstitucionalidade do art. 9.º da Lei 10.684/2003*

Finalmente, algumas palavras acerca da argüição de inconstitucionalidade do disposto no art. 9.º da Lei 10.684/2003.

O Ministério Público já havia impugnado o art. 15 da Lei 9.964 (REFIS) sob o mesmo argumento de violação do princípio da moralidade administrativa previsto no art. 37 da CF/88, no sistema de controle difuso.

Com relação ao art. 9.º da Lei 10.684/2003, a argüição veio tanto na forma do controle difuso, como na forma do controle concentrado, através do ajuizamento da ADIn 3002 em 24.09.2003, pelo ex-Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Fontelles.

Da inicial,[4] colhemos os fundamentos que dão suporte ao pedido de declaração de inconstitucionalidade daquele dispositivo:

a) inconstitucionalidade formal por violação ao disposto no art. 146, III, da CF/88, que determina que as normas gerais de direito tributário constituem matéria sob reserva de lei complementar;

b) inconstitucionalidade material por violação do princípio republicano (arts. 1.º e 3.º da CF/88), da igualdade (art. 5.º, *caput*), da cidadania (art. 1.º, II e parágrafo único) e da moralidade (art. 37, *caput*).

A violação do princípio republicano, que exige o desaparecimento dos privilégios tributários para alguns indivíduos, classes ou segmentos sociais, teria ocorrido na medida em que o dispositivo confere tratamento igual a "delinqüentes e não delinqüentes":

"Destarte, o benefício fiscal, que em termos de política tributária parece incentivar o pagamento do tributo, deixa na mesma situação contribuintes que agiram com dolo, fraude ou simulação para não pagarem o tributo e os que assim

4. As iniciais de todas as ADIn estão disponíveis no *website* do STF (www.stf.gov.br), menu "Processos", subitem "Petições iniciais".

não agiram, transformando o parcelamento em incentivo à sonegação fiscal e ao descumprimento das regras e princípios constitucionais" (p. 7).

Uma outra linha de argumentação é, em apertada síntese, o enfraquecimento da finalidade preventivo-geral das normas penais tributárias e a sua transformação em mero "direito penal tributário simbólico", "atendendo não ao anseio de justiça social, mas interesses particulares dos sonegadores" (p.10), um dos fundamentos da violação do princípio da moralidade (art. 37, *caput*, Constituição).

O relator, Min. Celso de Mello, determinou que se colham as manifestações previstas no § 1.º do art. 10 da Lei 9.868/99[5] para, então, levar o caso ao Plenário.

Em duas decisões, porém, o Tribunal já se manifestou a respeito da "imoralidade" do dispositivo.

5. "Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1.º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2.º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3.º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1.º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2.º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação".

Nos autos do RE 339.535, rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão de 13.02.2005 que negou provimento ao RE. O acórdão já havia refutado a alegação afirmando não ser imoral o art. 15 da Lei do Refis, "pois em se tratando de créditos tributários, o que o legislador pretendeu foi permitir a arrecadação dos créditos fiscais, ainda que o prazo de parcelamento seja extenso. Assim, não há falar em inconstitucionalidade ou imoralidade da referida lei". O relator subscreve este entendimento.

Nos autos do RE 447.860 (*DJ* 08.08.2005), o Min. Carlos Velloso negou seguimento ao RE subscrevendo a decisão do Min. Sepúlveda Pertence no RE 339.535.

## 3. A proteção do domicílio e a fiscalização tributária

Uma outra questão de grande importância que mereceu alterações no trato jurisprudencial, é a da apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresas.

A prática de crimes contra a ordem tributária praticados por particulares se perfaz através de condutas que envolvem irregularidades na escrituração fiscal: omissões, falsificações materiais e ideológicas, utilização de documentos falsos, inserção de dados inexatos etc, cuja comprovação se faz, normalmente, através da apreensão de documentos que formarão a prova da *materialidade do delito*.

O art. 195, *caput*, do CTN determina que:

"para os efeitos da legislação tributária, *não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar* mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los" (grifamos).[6]

6. O art. 75, I, da Lei Paulista sobre o ICMS, Lei 6.374/89, dispõe em sentido análogo: "não podem embaraçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigados a exibir os impressos, os documentos, os livros, os programas e os arquivos magnéticos relacionados com o

A recusa do contribuinte em permitir a entrada dos agentes fiscais no escritório da empresa poderia, inclusive, ser passível de caracterizar, em tese, o delito de desobediência:

"Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa".

A par da abordagem destas disposições sob a ótica do direito a *não cooperar na própria incriminação*,[7] têm elas relação com a apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa.

Forma comum, embora, felizmente, caindo paulatinamente no desuso, é a obtenção de provas, nestes crimes, através do acesso dos agentes fiscais aos escritórios das empresas onde se localizam os documentos contábeis, fiscais e, eventualmente, pessoais. Há, inclusive, a utilização de documento – comumente denominado "termo de início de fiscalização" – no qual se chega ao ponto de incluir cláusula advertindo que o contribuinte terá o "dever de permitir o acesso irrestrito dos agentes fiscais às dependências da empresa".

Sempre entendemos que tais normas deveriam ser equacionadas, ou, como se queira, adaptadas à *inviolabilidade da intimidade e do domicílio* (art. 5.º, X e XI) consagradas na Constituição Federal de 1988.

Todavia, a jurisprudência dos Tribunais Superiores caminhava preponderantemente em direção oposta.

É o que se colhe, por exemplo, do HC 80.611, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, relator Min. Néri da Silveira, em 03.04.2001, no qual a fiscalização tributária tinha realizado apreensão de documentos na empresa sem autorização judicial.

imposto e a prestar informações solicitadas pelo Fisco: I – as pessoas inscritas ou obrigadas à inscrição no cadastro de contribuintes ou que tomem parte nas operações ou prestações sujeitas ao imposto (...)".

7. Neste sentido, cfr.: SALOMÃO, Heloisa Estellita. O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 26, abr.jun./1999, p. 129-142.

Em seu voto, o Ministro Relator reporta-se ao que fora decidido pelo Superior Tribunal de Justiça para indeferir o *writ* ali impetrado, entendendo que para a "entrada da autoridade fiscal na empresa, basta a simples apresentação da carteira", não sendo necessária prévia autorização judicial, tudo com fundamento no disposto no art. 195 do CTN e legislação correlata específica para o Imposto Sobre a Renda. Ilegalidade só haveria, ponderou o Ministro, acaso os fiscais e policiais tivessem agido com violência.

A votação foi unânime e dela participaram os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

O Superior Tribunal de Justiça também decidiu na mesma linha, *v.g.*, HC 18.612, Min. Gilson Dipp, 5.ª T, 17.12.2002; RO em HC 11.934, Min. José Arnaldo da Fonseca, 5.ª T, 27.11.2001.

Caso paradigmático a respeito, foi o dos autos da Ação Penal 307-3 (Collor de Mello), relator o Min. Ilmar Galvão, decidido pelo Plenário em 20.10.1994, e no qual se decidiu que:

"Sendo esta interpretação coerente com o *art. 5.º, inc. XI, da Constituição Federal*, não há como negar que *o ato promovido pelo Fisco resultou em restrição à garantia da inviolabilidade do domicílio que, numa extensão conceitual mais larga, abrange até mesmo o local onde se exerce a profissão ou a atividade, desde que constitua um ambiente fechado ou de acesso restrito ao público* (cf. José Celso de Mello Filho, Constituição Federal Anotada, Saraiva, p. 443; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op.cit., p. 37; Cretella Júnior, op. cit., p. 261), *como é o caso típico dos escritórios profissionais.*

"*Se a entrada dos agentes fiscais* no escritório da empresa VERAX *não consentida pelo morador ou quem a esse fosse equiparável, nem precedida de autorização judicial, ainda que tenham sido cumpridos os demais procedimentos legais, o que se pode concluir é que toda a diligência, noticiada pela imprensa como verdadeira invasão, foi maculada por um vício de origem*".[8]

8. STF, Plenário, Ação Penal 307-3, Relator Ministro Ilmar Galvão, j. em 20.10.1994, fls. 2.183/7, g. n.

Se neste julgamento o Supremo Tribunal Federal resolveu a questão à luz da proteção ao domicílio e sua extensão, o Min. Sepúlveda Pertence, desde o voto proferido no HC 79.512, no Plenário, por seu turno e além disso, tem sustentado uma nova interpretação para o art. 195 do CTN após a promulgação da nova Constituição:

"Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa – compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio – e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência.

1. Conforme o art. 5.º, XI, da Constituição – afora as exceções nele taxativamente previstas ("em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro") só a "determinação judicial" autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém – autoridade ou não – no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador.

1.1. Em conseqüência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da auto-executoriedade.

1.2. Daí não se extrai, de logo, a inconstitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis; essa legislação, contudo, que, sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia.

1.3. Mas é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada *invito domino* a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca.

1.4. Não supre ausência de prova da falta de autorização ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa o apelo à presunção de a tolerância à entrada ou à permanência dos agentes do Fisco ser fruto do *metus publicae potestatis*, ao menos nas circunstâncias do caso, em que não se trata das famigeradas "batidas" policiais no domicílio de indefesos favelados, nem sequer se demonstra a existência de protesto imediato.

2. Objeção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos, de necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência."

Nas duas oportunidades posteriores, o Ministro reiterou seu posicionamento: AgReg RE 331.303, julgado pela Primeira Turma, v.u., em 10.02.2004, e no RE 230.020, idem, em 06.04.2004. Note-se, porém, que em todos estes casos não houve prova da oposição dos acusados, daí a tese ter sido julgada correta, mas inviável sua aplicação nos casos concretos.

Desta última circunstância é que decorre a importância do julgamento do HC 82.788, relator o Min. Celso de Mello, julgado na sessão de 12.04.2005, pela Segunda Turma em votação unânime.

Pela notícia que foi divulgada no *webiste* do STF (o acórdão ainda não foi publicado),[9] tratava-se de apreensão de documentos por *força-tarefa* em sede de empresa, durante o dia, mas sem mandado judicial. O Ministério Público alegava que, por ter-se feito acompanhar por agentes fiscais, a apreensão era legal.

Em seu voto, o Ministro entendeu: *a)* que a proteção constitucional reservada ao domicílio abrange o local onde alguém exerce atividade profissional; *b)* que só a determinação judicial autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém, autoridade ou não, no domicílio de outra pessoa, sem o consentimento do morador; *c)* daí tratar-se de prova ilícita, pois obtida com transgressão à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar (art. 5.º, XI, CF/88).

9. Fonte: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=129868&tip=UN&param=82788> (acesso em 12.01.2006).

# Ciência do direito penal e jurisprudência*

Ingeborg Puppe
Prof. Dra. Universidade de Bonn, Alemanha.

*Pesquise o filósofo, atue o homem do mundo!*
*Mas ai de nós quando atua o pesquisador e legisla*
*quem aplica a lei* – Schiller/Xenien 444.

**Resumo:** A autora expõe criticamente alguns julgados dos Tribunais Superiores alemães referidos à distinção entre dolo e culpa e a entre tentativa acabada, inacabada e falha, afirmando que a jurisprudência evita dialogar com a doutrina e se esconde por trás de conceitos indeterminados para melhor exercer seu arbítrio.

**Palavras-chave:** Dogmática penal – Jurisprudência Penal alemã – Dolo eventual – Desistênciavoluntária – Arrependimento eficaz.

Senhoras e senhores,

A mais importante revista para os práticos do Direito Penal na Alemanha é a *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (Nova Revista de Direito Penal), publicada mensalmente. Nos primeiros anos, publicava-se em quase todo fascículo dessa revista uma decisão jurisprudencial sobre a pergunta quanto ao que seria uma pequena quantidade de determinado tóxico. Segundo a Lei Alemã de Tóxicos, é culpado de um crime (Verbrechen), e não de um mero delito (Vergehen) quem comete

* Trad. Luís Greco

um delito de tóxicos – por ex. a importação ou o tráfico – com base numa quantidade não-pequena de tóxico. Uma vez que os efeitos de determinada quantidade de tóxico variam de tóxico para tóxico, tinham esses limites de ser fixados para cada espécie de tóxico em separado. Uma vez que o legislador não havia fixado essa determinação, tornou-se isso tarefa dos Tribunais Superiores. Mas se a pequena quantidade de *cannabis/hachiche* tem de terminar em um ou dois quilos, isso não é um problema a ser resolvido por um ato de conhecimento jurídico, e sim de poder jurídico. O *Bundesgerichtshof*, o Tribunal Superior Alemão análogo ao STJ brasileiro, teve de simplesmente resolvê-lo para cada tóxico específico que estava ou que depois apareceu no mercado, como por ex. o *ecstasy*. Nos últimos anos, estas decisões sobre a quantidade não-pequena de tóxicos desaparecem da *Neue Zeitschrift für Strafrecht*; ao que parece, o *Bundesgerichtshof* resolveu este problema. Mas agora, em todo fascículo da revista encontramos ou uma decisão sobre o dolo de homicídio ou uma decisão sobre a desistência/arrependimento por meio do abandono da tentativa de matar, ou ambas. A pergunta quanto a se quem comete um crime violento age ou não com dolo de matar e a pergunta quanto a se a mera interrupção da violência já é uma desistência da tentativa de homicídio que isente de pena não são, contudo, problemas de decisão política, sua resposta deve seguir certas regras, que também devem, por sua vez, estar fundamentadas. Como é possível, assim, que nosso tribunal superior sempre se veja na necessidade de decidir novamente estas questões? Serão nossos tribunais inferiores tão irreverentes a ponto de simplesmente ignorarem as regras que o nosso tribunal superior formula no interesse da clareza, igualdade e segurança jurídicas? De modo algum: os tribunais inferiores esforçam-se arduamente para seguir as diretivas do BGH em todos os aspectos, só que eles não o conseguem. Com outras palavras, eles simplesmente não fazem o que o BGH considera correto. Por que isso?

As considerações teóricas que formula o BGH a respeito da determinação do dolo eventual têm, por ex., o seguinte teor: "Segundo a constante jurisprudência do BGH, age com dolo eventual aquele que reconhece a ocorrência do

resultado como possível e não de todo distante, a aprova ou aceita a realização do tipo, em razão do fim almejado. No caso de ações violentas extremamente perigosas é, em princípio, natural admitir a presença do eventual. Mas, em razão da elevado obstáculo psíquico presente ante os delitos de homicídio,[1] a aprovação do resultado morte requer uma verificação cuidadosa levando em conta todas as circunstâncias do caso individual. Uma circunstância de peso considerável para a prova de um dolo eventual de homicídio é o fato de que o comportamento gere manifesto perigo de vida. Além disso, nesta valoração global de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas, devem ser levados em conta a constituição psíquica do autor ao cometer o fato bem como a sua motivação."[2]

Seriam estas afirmações proposições jurídicas? Trata-se, na melhor das hipóteses, de indicações pouco claras e incompletas sobre a valoração da prova. Não se explica o real significado de que o autor aprove o resultado ou o aceite em razão do fim almejado, só se enumeram de modo declaradamente incompleto uma série de indícios a favor. Sequer fica claro se o aprovar ou aceitar se tratam de uma verificação de um dado psíquico do autor que age durante o fato, ou uma valoração que formula o juiz sobre o fato (ou o caráter do autor?). O juiz dos fatos pode, a bel prazer, recorrer a esta ou àquela circunstância objetiva ou subjetiva, por ex. à intensidade e evidência do perigo conhecido pelo autor ou à influência de uma emoção ou paixão intensas sobre sua decisão ou a seu comportamento anterior e posterior ao fato.[3] Em todo caso individual em que o autor crie conscientemente um perigo de resultado, pode o juiz tanto chegar à conclusão de que o autor agiu dolosamente, por ter entregue ao acaso a ocorrência ou não do resul-

1. O termo alemão é Hemmschwelle, que assim traduzi dando continuidade à terminologia adotada em minha tradução de *Puppe*, A distinção entre dolo e culpa, São Paulo, 2004, p. 115, nota do tradutor 64.

2. Assim literalmente BGH NStZ 2003, 431, (432); cf. BGHSt 36, 1 (10); NStZ 2000, 583 (584);); StV 2001, 572; NJW 1999, 2533 (2534 e ss.); NStZ-RR 1998, 101.

3. *Roxin* considera a abertura das decisões uma vantagem da teoria, FS-Rudolphi (2004), 243 (245 und passim).

tado,[4] como também à de que o autor agiu sem dolo, por ter possivelmente confiado na não-ocorrência do resultado e por existir um elevado obstáculo psíquico diante do dolo de homicídio.[5] A decisão pode ser tão refletida e fundamentada quanto possível, ainda assim não se pode estar seguro de que o BGH a considere uma aplicação correta do direito e a reforme, por não ter o juiz mencionado os pontos de vista corretos, não os ter mencionado por completo, tê-los ponderado e valorado erradamente, e de que não venha a receber de modo mais ou menos explícito a instrução de fundamentar a solução contrária.

Estaríamos subestimando crassamente a inteligência dos magistrados superiores alemães se acreditássemos que eles não vêem estes problemas. Eles se reservam o direito de decidir de modo completamente livre em todo caso concreto se a decisão da instância inferior deve ser aceita ou recusada.

Quando eu critico esta jurisprudência a práticos, eles respondem, em regra, que o direito penal tem muito mais importância para o cidadão afetado do que todos os outros ramos do direito. A pena é a intervenção mais grave e profunda que o estado pode impor à vida de um cidadão. Por isso o que interessa numa condenação penal é principalmente, se não exclusivamente, que o caso concreto seja julgado de modo justo, levando em conta todas as suas especificidades. Esta justiça do caso concreto teria, por vezes, de ser obtida também às custas da clareza, da coerência e, com isso, da igualdade. Mas o que é, a rigor, justiça do caso concreto? Não será esta palavra, a rigor, uma *contradictio in adjecto*? Existe justiça sem igualdade e coerência? E existe igualdade sem segurança jurídica e calculabilidade do direito? Talvez ela exista no juízo final. Talvez possa Deus reconhecer no juízo final a cada qual aquilo que lhe é justo independentemente de todos os demais. A justiça humana é, porém, sempre relativa e consiste principalmente em tratar igualmente os iguais.

4. BGH NStZ 2000, 583.

5. BGH NJW 1983, 2268; NStZ 1984, 19; MDR 1985, 794; NJW 1985, 2428; NStZ 1986, 549 (550); NStZ 1987, 424; StV 1987, 92 (93); NStZ 1988, 175; NStZ 1988, 361 (362); StV 1988, 93 (94); StV 1991, 510; NStZ 1992, 587, (588); StV 1993, 307; NStZ 1994, 585.

Por isso, e não apenas por isso, expressa um abuso que o juiz formule a pretensão de saber, sem regras, conceitos e mesmo leis, o que é justo no caso concreto.

Muitas das decisões formuladas com base na exposta jurisprudência sobre o dolo eventual parecem-me injustas sob o aspecto da igualdade e da coerência, muitas me são incompreensíveis também sob o aspecto da eqüidade.[6] Darei aos senhores apenas um exemplo:

A pedido do namorado com tendências, ao que parece, masoquistas, amarrou-o a acusada nu à cama, demarrou gasolina sobre o seu corpo e acendeu sobre ele várias vezes um isqueiro. Depois que, para seu alívio, os primeiros acendimentos nada provocassem, veio o que tinha de vir: uma bola de fogo. O homem morreu de imediato em razão do choque térmico, a acusada queimou mais de 20% da superfície de seu corpo. O BGH criticou o tribunal inferior por ter este negado o dolo de matar, alegando que a acusada conhecia o perigo e entregou ao acaso se ocorreria ou não uma explosão de gasolina.[7] Os senhores acreditam que essa mulher conhecia a extensão do perigo?[8] Num outro acaso, o acusado enforcou a sua namorada de tendências também masoquistas com uma barra de ferro. Esta lhe pedira que não parasse, apesar de ele lhe apontar insistentemente para o perigo de vida gerado por uma tal prática. Ou seja, também ele estava consciente do resultado. O BGH considerou as lesões corporais, apesar do consentimento da vítima, contrárias aos bons costumes e, portanto, puníveis. Já a pergunta quanto a se não haveria uma punição por homicídio doloso, uma vez que o autor entregou ao acaso se a mulher sobreviveria ou não, sequer foi mencionada.[9]

6. Na literatura elogia-se também essa praxis jurisprudencial, por ex. *Geppert* JA 2001, 55 (56); *Hassemer* GS-Arm. Kaufmann, 289 (297); *Köhler* FS-Hirsch, 65 (78 e ss.); *Roxin* FS-Rudolphi, 243 (249); *Schünemann* FS-Hirsch, 363 (373); *Volk* FG-BGH, 739, 745; certamente também *Verrel* NStZ 2004, 309 (311).

7. BGH NStZ 2000, 583 (584).

8. Cf. A respeito *Puppe* AT/1 16/21 e ss.

9. BGH NStZ 2004, 621.

Uma coisa eu aprendi ao estudar a jurisprudência do BGH sobre o dolo eventual de homicídio e sobre outros problemas da parte geral do direito penal, por ex., sobre a distinção entre autor e cúmplice:[10] o que quer que signifiquem as palavras justiça do caso concreto ou eqüidade, a longo prazo não se pode alcançá-las sem igualdade e sem segurança jurídica. Se a jurisprudência se recusa a vincular-se a regras estritas, perdem-se não apenas a segurança jurídica e a igualdade, mas também a eqüidade, restando apenas o arbítrio judicial.

Outro fenômeno típico para a atual jurisprudência alemã é o casuísmo superficial e o medo da chamada "dor do limite", que podem ser demonstrados através do desenvolvimento da jurisprudência sobre a isenção de pena na desistência/arrependimento da tentativa nos casos de abandono da ação de matar. Segundo o § 24 do StGB, pode o autor merecer a isenção de pena se ele desistir da tentativa de provocar um resultado punível, mas não, obviamente, se deixar de realizar uma segunda tentativa de provocar o resultado, depois que a primeira já fracassou. Com isso se coloca a pergunta quanto às condições em que se pode considerar acabada uma tentativa, de modo a que dela não se possa mais desistir.

No início dos anos 80, determinava o BGH quando a tentativa estava acabada a partir do plano do autor.[11] A tentativa estava seguramente acabada quando o autor já tivesse empregado sem sucesso os meios previstos em seu plano, ou também quando ele já tivesse alcançado o objetivo previsto em seu plano, inesperadamente sem provocar o resultado. Esta chamada teoria do plano do fato

10. A co-autoria é assim definida pelo BGH: "Há co-autoria quando um concorrente quer, com sua contribuição, não apenas promover uma ação alheia, mas quando esta contribuição deve ser parte de uma atividade conjunta. O concorrente deve querer a sua contribuição como parte da atividade do outro e a do outro como complementação de sua própria parte do fato. Se um concorrente quer ou não ter essa estreita relação com o fato deve ser ajuizado numa perspectiva valoradora, levando em conta a totalidade das circunstâncias compreendidas na representação do autor", em BGH NStZ 1988, 406; similar: BGHSt 37, 289 (291); BGH NJW 1999, 2449; 2003, 446; NStZ 1982, 243; 1985, 165; 1991, 91; 2003, 90 (91); 253 (254); MDR 1974, 547; StV 1983, 501; wistra 1982, 28 e ss.; StraFO 1998, 166 e ss.; cf. já também BGHSt 8, 393 (396); 14, 123 (128); cf. a respeito também auch *Puppe* AT/2 38/9ff.

11. BGHSt 10, 129 (131); 14, 75 (79); 21, 319 (322); 22, 176 (177).

(Tatplantheorie) foi abandonada pelo BGH por ser considerada injusta, uma vez que ela favorece o autor que dispõe de muitos meios de praticar o fato e prejudica aquele que, por qualquer razão que seja, encontra-se limitado em seus meios.[12] Com isso colocou-se para o BGH a pergunta quanto a se o autor pode desistir de uma tentativa também nos casos em que alcança o objetivo que o motivou a agir, sem causar o resultado típico que empregou como meio ou cujo risco de provocação foi assumido como efeito colateral, de maneira que o fato tenha permanecido na fase de tentativa.[13]

O BGH, numa decisão do Órgão Especial (Grosser Senat) respondeu afirmativamente a esta pergunta, afirmando que corresponderia aos interesses de proteção da vítima que também um tal autor fosse motivado a não prosseguir em suas agressões, não tomando, por exemplo, a decisão de eliminar a testemunha.[14] Segundo o Órgão Especial tal não conduz a uma intolerável extensão da desistência, porque subsistia ainda assim um último limite para que a tentativa se considere acabada. Este limite deveria situar-se no caso em que, já em razão dos ferimentos provocados à vítima, calculava o autor que ela possivelmente morreria. Tal será o caso também quando o autor conhecer os fatos que, segundo a experiência de vida, gerem um tal perigo. Segundo o BGH, apenas depois de "rigoroso exame" poder-se-ia admitir que o autor tivesse a representação de que o re-

12. BGHSt 33, 295 (296). = NStZ 1986, 14 com comentário de *Puppe*.

13. Enquanto algumas decisões defendem uma desistência no caso de alcance da finalidade alegando que, de outro modo, quem age (apenas) com dolo eventual de causar o resultado é prejudicado em relação a quem age com o propósito de provocar o resultado (BGHSt 31, 170 (176); 33, 295 (297); BGH NStZ 1986, 286; contra, Puppe NStZ 1990, 433), negavam outras inicialmente a desistência no caso de alcance da finalidade sob o fundamento de que falta qualquer esforço de desfazer que merecesse uma recompensa (BGH NJW 1990, 522) ou que o prosseguimento na ação pressuporia uma nova decisão de praticar o fato, compondo uma segunda tentativa (BGH NStZ 1993, 439). Assim decidiu de início também a 1ª Turma (1. Senat) do BGH (StV 1986, 15). Logo depois mudou ele porém de opinião, porque em tais casos a admissão de uma desistência serve à proteção da vítima (BGH NStZ 1989, 317 com comentário crítico de *Puppe*). Em BGH JZ 1993, 358 decidiu-se levar essa questão de direito ao Plenário para que ela ficasse definitivamente esclarecida.

14. BGHSt 39, 221 (232).

sultado ainda não fora alcançado.[15] Mas já nesta decisão permitira o Órgão Especial uma chamada correção posterior desta representação no caso em que o autor, depois que ele de início concluíra ter ferido letalmente a vítima, revisa, em razão de ulteriores acontecimentos, este juízo, por ex. porque a vítima, ainda que severamente ferida, consegue fugir ou falar articuladamente.[16]

O próximo exemplo decorre da posterior jurisprudência do BGH: o autor cravou uma faca no peito de um taxista, para subtrair-lhe o táxi e o dinheiro. A vítima conseguiu ainda fugir do táxi. O autor partiu com o táxi e abandonou a vítima a seu destino. Esta foi salva da morte apenas por causa da decidida intervenção de terceiros. Numa aplicação conseqüente do "rigoroso exame" a que o BGH submeteu a representação do autor da tentativa inacabada, vislumbrou o BGH aqui ainda uma possibilidade de desistência para o autor, apesar de ele saber ter desferido uma punhalada geradora de perigo de vida na região do coração da vítima e ter alcançado seu verdadeiro o objetivo, roubar o táxi e o dinheiro da vítima.

Esta possibilidade deveria subsistir ainda que o autor, logo depois que a vítima tivesse tentado fugir, mudasse a apreciação anterior, crendo agora que esta punhalada não seria suficiente para matar a vítima.[17] O BGH sequer leva em conta que seja uma crassa violação de dever do autor o fato de ele sequer certificar-se da inexistência do perigo de morte antes de abandonar a vítima. Segundo uma outra decisão, a desistência não fica impedida se o autor chegar posteriormente à representação de que a vítima morreria das lesões, desde que tal não seja procedente.[18] Nas decisões mais recentes, por sua vez, declara-se que basta que o autor conheça fatos dos quais decorra, segundo a experiência geral de vida, um perigo de vida para a vítima.[19]

15. BGHSt 39, 221 (231).
16. BGHSt 39, 221 (228) com referência a BGHSt 36, 224 (225).
17. BGH NStZ 1997, 593, a respeito também *Puppe* AT/2 36/37.
18. BGH JR 2000, 70 (71), com comentário de *Puppe*.
19. BGH NStZ 2005, 151 (152); 363 (364) = JR 2005, com comentário de *Puppe*.

Agora os senhores sabem porque em quase todo fascículo da NStZ se publica uma decisão sobre o problema de se o autor desistiu ou não de uma tentativa de homicídio de maneira a ficar isento da pena, em casos em que ele deixa de realizar uma ação de homicídio que ainda lhe era possível. O lema do BGH, quanto mais possibilidades de desistência para o autor, tanto melhor para a vítima,[20] se dominar com exclusividade a jurisprudência sobre esta tema, não é apta a antepor qualquer limite à desistência, enquanto a vítima não tiver morrido. De qualquer modo, podem os juízes a todo momento negar a desistência, desde que conheça o autor circunstâncias das quais ele teria de concluir pelo perigo para a vida do ofendido, ou admiti-la, com a fundamentação de que o autor não chegou a esta conclusão ou depois a revisou erroneamente.

O nosso tribunal supremo recusa-se com plena consciência a definir os limites claros do privilégio da desistência. É porém tarefa do direito definir limites claros, ainda que eles no caso concreto sejam dolorosos. Um direito que tenha medo disso, que se adapta de modo maleável a toda decisão de caso concreto espontânea e sentimental, não é mais direito algum. É tarefa da ciência do direito mostrar as possibilidades de tais limites, desenvolver as suas conseqüências e propô-las à jurisprudência. A jurisprudência – pelo menos entre nós – de há muito está decidida a caminhar sem a ajuda da ciência do direito. O resultado disso, como demonstrado a partir dos exemplos da jurisprudência sobre o dolo de homicídio e a desistência da tentativa de homicídio, é insegurança jurídica e arbítrio. Justamente no âmbito dos delitos de homicídio, nos quais se trata das mais severas intervenções nas esferas dos acusados, está manifesto que não conseguiu o BGH garantir segurança jurídica e igualdade, não por não o ter podido, mas por não o ter querido.

20. Cf. BGHSt 39, 221 (232).

65823

# Dolo eventual e culpa consciente*

Ingeborg Puppe
Prof. Dr. Universidade de Bonn, Alemanha.

**Resumo:** A autora critica a opinião dominante, segundo a qual o dolo pressuporia uma vontade em sentido psicológico, alegando que essa opinião não se leva a sério e recorre a uma série de critérios indefinidos para determinar quando existe essa vontade em sentido psicológico. Ela propõe como alternativa uma teoria que defina o dolo com base numa vontade em sentido normativo, a ser determinada com base num único critério definido, a saber, a qualidade do perigo conscientemente criado pelo autor.

**Palavras-chave:** Dolo – Dolo eventual – Culpa consciente – Tipo subjetivo – Teoria da probabilidade.

Senhoras e senhores,

Todos que aqui se encontram sabem o que é o dolo. Mas eu lhes prometo que, dentro de quarenta e cinco minutos, quando saírem deste recinto, não o saberão mais. A atividade intelectual que provoca um tal resultado chama-se filosofar criticamente.

A pergunta quanto ao que é o dolo poderia ser respondida por todos: age com dolo aquele que, por meio de sua ação, quer provocar a lesão ao direito. É isso que se encontra em quase todo manual de Direito Penal ou comentário na Ale-

* Tradução: Luís Greco.

manha. Dolo é conhecimento e vontade do fato.[1] O conhecimento pode-se até deixar de lado, porque aquilo que eu não conheço, tampouco posso ter vontade de ou querer praticar. Se eu quero algo, então pratico-o, ou seja, empenho minhas força ativas, meu conhecimento, minha habilidade, de maneira que aquilo de que eu quero – o resultado – ocorra.

Esta vontade, este querer não pressupõem, de modo algum, que eu tenha sentimentos agradáveis ao imaginar o resultado. O Brutus do drama de Shakespeare não tinha sentimentos agradáveis ao imaginar o homicídio de seu paternal amigo César. Ainda assim, ao perfurar o peito de César com uma adaga, sem dúvida queria Brutus este homicídio. Algo que se considere bem desagradável pode ser querido, como um mal necessário. Por agora, é importante que notemos isso. Quer-se um mal, porque dele se espera uma boa conseqüência, porque ele é utilizado como meio, para alcançar um bom fim. Brutus considerou a morte de César o único meio de reestabelecer a liberdade dos cidadãos romanos, e por isso ele a quis.

Mas nem o nosso ordenamento jurídico, nem qualquer outro, jamais entendeu literalmente a idéia de que dolo é vontade. O reproche de haver provocado um acidente ou um dano dolosamente não se restringe aos casos em que o autor quis esse dano em sentido psicológico. Imaginem os senhores, por ex., que um terrorista deseja eliminar um inimigo político, por ex., Osama Bin Laden. Suponham que ele instale no avião particular de Osama Bin Laden uma máquina infernal, ou seja, uma carga explosiva, que deve explodir em determinado momento, mais exatamente, num momento em que, segundo os cálculos do autor, o avião esteja voando. Se os cálculos do autor estiverem corretos, e a bomba funcionar, Osama Bin Laden vai seguramente morrer, mas também seu piloto e os demais passageiros da aeronave. Quis o autor a morte dessas outras pessoas?

1. *Jescheck/Weigend* AT 29 II 2; *Baumann/Weber/Mitsch* AT 20/7e ss.; SK-*Rudolphi* § 16 nm. 1; *Roxin* AT/1 12/4; Schönke/Schröder-*Cramer* § 15 nm. 9; *Lackner/Kühl* § 15 nm. 3; *Tröndle/Fischer* § 15 nm. 2; *Maurach/Zipf* AT/1 22/1; *Wessels/Beulke* AT nm. 203; neste sentido já RGSt 51, 305 (311); 70; 257 (258); BGHSt 19, 295 (298); 36, 1 (11).

No sentido acima descrito, certamente não. Ele não instalou a bomba no avião para que o piloto e os demais passageiros morressem, mas para que Osama Bin Laden morresse. Ele aceitou (*in kauf genommen*) a morte dos demais, mas em absoluto, da mesma forma que Brutus, quis a morte de César. Ele não buscou a morte dessas outras pessoas, ele não as quis no sentido natural da palavra querer. Ainda assim, ninguém o deixaria escapar do reproche por um homicídio doloso, especialmente se Osama Bin Laden nem se encontrasse no avião que explodiu em pleno vôo. E por quê? O autor tinha um determinado objetivo, matar Osama Bin Laden, e de determinada maneira. Estava-lhe claro que, se ele alcançasse esse objetivo por meio do método por ele aplicado, também o piloto e os demais passageiros do avião morreriam. Ainda assim, ele decidiu-se por eliminar Osama Bin Laden desta maneira.

Esta forma de dolo chamamos de dolo direto de 2.º grau, ou certeza (*Wissentlichkeit*). Ambas as denominações são ruins. Afinal, o autor não quer o resultado diretamente, mas no máximo indiretamente, ao querer algo diverso, que está necessariamente ligado ao resultado. Tampouco a expressão certeza é correta, pois a razão pela qual um tal autor merece o mesmo reproche por dolo que aquele que agiu com propósito não está no fato de estar o primeiro mais seguro da ocorrência do resultado. Ao contrário do que infelizmente ainda se diz em várias exposições para estudantes, não é verdade que, no dolo direto de 2.º grau, o menos na vontade é compensado por um mais no conhecimento.[2] Tanto aquele que age com propósito/dolo direto de 1.º grau, como aquele que age com dolo direto de 2.º grau, podem estar em igual medida inseguros quanto a se sua ação provocará ou não o resultado. A única coisa que aquele que age com dolo direto de 2.º grau sabe, é que o resultado ocorrerá se ele alcançar um de seus objetivos, não necessariamente o objetivo final, mas também um intermediário. O terrorista que

2. Expressamente *Baumann/Weber/Mitsch* AT 20/46; cf. ademais *Jescheck/Weigend* 29 III 2; *Roxin* AT/1 12/4; MüKo-*Joecks* § 16 nm. 34; *Scheffler* Jura 1995, 349 (353).

quer matar Osama Bin Laden pode bem ter dúvidas quanto a se seu explosivo vai funcionar. Ele pode temer que a carga seja descoberta e retirada antes de explodir.

Nada disso modifica o fato de que ele causa a morte dos acompanhantes de Osama Bin Laden com dolo direto de 2.º grau, porque ele sabe que este resultado vai necessariamente ocorrer, se ocorrer algo diverso que ele quer, a saber, a explosão da bomba quando a aeronave estiver voando. O resultado está, portanto, vinculado de determinada maneira à obtenção de sua finalidade. Tal vale também para Brutus, que almejou a morte de César não como fim, mas como meio para o fim que o motivou. A diferença está em que quem age com dolo direto de 1.º grau ou propósito utiliza ou quer utilizar o resultado para finalidades ulteriores, enquanto quem age com dolo direto de 2.º grau não o utiliza num tal sentido. Mas estas finalidades ulteriores são externas à realização do tipo. Elas podem, como motivos, ter importância para a culpabilidade, para o injusto são, porém, irrelevantes. Esta é a razão pela qual se iguala o *dolus* direto de segundo grau à certeza, e o dolo direto de 1.º grau, ao propósito.[3]

Mas é justamente aqui que começam os problemas. Age o autor dolosamente também em relação aos efeitos colaterais do alcance de seu objetivo, se estes não estiverem seguramente vinculados ao alcance do objetivo? Permaneçamos com o exemplo do dolo de homicídio, que também na jurisprudência é tido como o mais problemático. Enquanto mal se publica uma decisão sobre o dolo de lesão patrimonial ou sobre o dolo referido a um delito de dano a coisa, dificilmente há um número da *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, a mais importante de nossas revistas mensais para práticos, sem uma decisão sobre o dolo de homicídio.

Em 20.07.1944, Stauffenberg, o líder alemão da resistência, instalou uma bomba na sala de reuniões da Wolfschanze, o quartel general de Hitler, para matá-lo. Se a carga explosiva fosse forte o suficiente, o que infelizmente não foi, teriam morrido também outros participantes da reunião; mas isso não era certo. Este caso

3. *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung (1992), 66; *Merkel*, Früheuthanasie (2000), 174 e ss.

implica em alguma diferença no que se refere à responsabilidade de Stauffenberg pela morte destas outras pessoas? Penso que não. Mas a fundamentação é controvertida entre os juristas e tem conseqüências decisivas para outros casos. A jurisprudência e a chamada opinião dominante, entre nós e também aqui no Brasil, diria que Stauffenberg viu a morte dos companheiros de Hitler como uma espécie de preço a ser pago para eliminar este. Stauffenberg, enquanto pessoa racional e conscienciosa, teve de refletir a respeito deste fato e não pode ter simplesmente reprimido o pensamento de que os companheiros de Hitler poderiam morrer, segundo o lema do "tudo vai terminar bem". Mas se, contrariamente a toda razão, tivesse ele assim pensado, a opinião dominante na Alemanha responsabilizá-lo-ia a título de culpa pela morte dos companheiros de Hitler.

A opinião contrária pergunta não se o autor de fato assumiu aprovadoramente o risco do efeito colateral do alcance de seu objetivo, como faz a doutrina dominante. O que interessa é, isso sim, se o autor teria, racionalmente, de assumir aprovadoramente este risco, se, apesar de conhecê-lo, ainda assim tentar alcançar o seu objetivo. Para a teoria normativa da vontade, que defendo, interessa apenas que o autor tenha conhecimento de um perigo intenso de que a vítima morra caso ele aja, ou caso ele alcance seu objetivo,[4] perigo esse cuja intensidade deve ser tal que uma pessoa racional praticaria a ação apenas na hipótese de que ela estivesse de acordo com a morte da vítima.[5] Se o autor tem conhecimento de um tal perigo, não poderá depois eximir-se, alegando que não estava de modo algum de acordo com a morte da vítima, mas que ignorou esta possibilidade, ou que esperava que apenas desta vez tudo acabasse bem. Uma tal conclusão justifica-se de um ponto de vista ético-jurídico. O autor que ignora um perigo intenso por ele reconhecido, que através de um irracional "tudo vai acabar bem" recusa-se a extrair do peri-

4. *Herzberg* JuS 1986, 249 (255, 261); NK-*Puppe* § 15 nm. 70; *idem,* AT/1 16/37 e ss.; *idem,* ZStW 103 (1991), 1 (14).

5. *Puppe,* A distinção entre dolo e culpa, trad. Luís Greco, 2004, nm. 68; *idem,* ZStW 103 (1991), 1 (14).

go qualquer relevância para o seu atuar, exterioriza mais indiferença e desprezo ao direito e à vítima do que aquele que pelo menos interiormente toma posição a respeito do perigo que conhece. Tal indiferença e desprezo não merecem ser recompensados com a isenção do reproche por dolo.[6] Apenas quando o perigo é reduzido pode o direito mostrar-se compreensivo com o autor que diga para si mesmo um "tudo vai acabar bem".[7]

Em sentido contrário, para a jurisprudência e para a opinião dominante, o que importa é justamente se o autor assumiu o risco da morte da vítima,[8] ou se ele esperou, ainda que sem qualquer fundamento racional, que a vítima sobreviveria. E isso mesmo nos casos em que o perigo de vida que ele impôs à vítima seja bastante intenso. Apenas quando a morte da vítima está vinculada com segurança ao caso de que o autor alcance seu objetivo, se lhe recusa a possibilidade de alegar que esperava chegar a seu objetivo sem que a vítima morresse. Por outro lado, a opinião dominante e a jurisprudência podem admitir o dolo também nos casos em que o perigo conhecido pelo autor é relativamente reduzido, desde que o autor não confie na não-ocorrência do resultado, mas o aceite ou nele consinta.

A respeito, mencione-se um exemplo da jurisprudência alemã, a famosa decisão da aids.[9] O acusado, um jovem homossexual, ficou sabendo que era HIV-positivo através de seu médico. Ele foi enfaticamente instado a nunca mais praticar relações sexuais sem preservativo. Ainda assim, ele o fazia, na forma do chamado *coitus interruptus*. Pouco antes de ejacular, vestia ele um preservativo. Segundo a medicina da época e também de hoje, a probabilidade de que do sexo

6. *Puppe* ZStW 103 (1991), 1 (13); *Herzberg* JuS 1986, 249 (261).

7. Vide *Puppe*, Distinção, nm. 68; *Herzberg* JuS 1986, 249 (261).

8. RGSt 33, 4 (5 ss.); BGHSt 7, 363 (368 e s.); 21, 283, (285); 36, 1 (9 e s.); BGH NStZ 1982, 506; 1983, 407; 1984, 19; 1986, 549 (550); 1987, 424; 1988, 175; 1991, 126; 1992, 384; 1994, 584; *Roxin* AT/1 12/23,27; *Frisch* GS-Meyer, 533 (545); *idem*,, Vorsatz und Risiko (1983), 255 e ss.; *Baumann/Weber/Mitsch* AT 20/53; SK-*Rudolphi* § 16 nm. 43; *Jescheck/Weigend* AT § 29 III 3a; *Wessels/Beulke* AT nm. 224.

9. BGHSt 36, 1 = NStZ 1989, 114 = NJW 1989, 781.

desprotegido com um aidético decorra uma infecção é de 1 a 0,1 por cento. O autor sabia disso por ler alguns cadernos informativos. Nos casos, porém, em que a infecção se dá, leva ela seguramente, depois de mais ou menos tempo, à morte, desde que o infectado não morra de outra causa. No presente caso, não se comprovou a infecção do parceiro sexual do acusado. É ademais praticamente impossível comprovar que uma existente infecção com o vírus da aids decorre de um determinado ato sexual. Por isso, apenas se podia considerar uma pena por tentativa de lesões corporais dolosas. O *Bundesgerichtshof* confirmou a condenação do acusado por tentativa de lesões corporais, com o fundamento de que não interessa a intensidade do perigo conscientemente criado.[10] Ao mesmo tempo, confirmou a corte a absolvição do acusado pela tentativa de homicídio, com o fundamento de que o acusado não assumira o risco da morte, não a aceitara, porque ele esperava que, antes da eclosão da doença em seu parceiro, se descobrisse uma cura contra a aids, esperança que o doente cultivava inclusive em relação a si próprio.[11] O caso já tem vinte anos. Até hoje não se encontrou cura para a aids.

Na literatura alemã, esta decisão foi bastante elogiada[12] e bastante criticada.[13] Ela foi elogiada, porque o *Bundesgerichtshof* teria conseguido desta maneira alcançar um desejável resultado jurídico-político, a saber, uma punição moderada daqueles infectados pelo vírus da aids que não se atêm às regras do *safer sex*. Ela foi criticada por causa de suas bases teóricas. O conceito de dolo é aqui instrumentalizado duas vezes, para alcançar os resultados desejados. Primeiramente, atribui-se ao autor um dolo de lesões corporais, cujo fundamento real é unicamente o fato de que ele foi enfaticamente instado a praticar *safer sex*, e de que ele sabia que o risco de infecção no *unsafe sex* era de 1 a 0,1 por cento, reduzido ainda mais pelo *coitus interruptus*. Na

10. BGHSt 36, 1 (11, 15).

11. BGHSt 36, 1; 11, 15.

12. *Hassemer* JuS 1989, 761; *Helgerth* NStZ 1989, 117 (118).

13. *Bruns* MDR 1989, 199 (200); *Herzberg* JZ 1989, 470 e ss.; *Schünemann* JR 1989, 89 e ss.; *Puppe* AT/1 16/11 e ss.; *Prittwitz* StV 1989, 123; *Schlehofer* NJW 1989, 2017; *Dölling* JR 1990, 474.

verdade, ele não desejou o risco, nem o aceitou com indiferença. A atribuição de dolo serve apenas à finalidade político-criminal de combater o *unsafe sex*, que nada tem a ver com o dolo ou com os fundamentos ético-jurídicos deste.

O conceito de dolo foi instrumentalizado uma segunda vez, quando o *Bundesgerichtshof* atribuiu ao agente uma séria confiança de que a vítima não morreria de infecção, apesar de antes, ao admitir o dolo de lesões corporais, haver considerado muito vaga a confiança em que a infecção não se desse.

Se se admitiu um dolo de lesões corporais, o conseqüente seria afirmar também o dolo de homicídio, em casos como este, em que a morte, segundo a situação atual da medicina e dos conhecimentos do autor, está ligada à lesão corporal de modo quase que necessário.[14]

Pode-se considerar este procedimento do *Bundesgerichtshof* certo ou errado, mas algo se mostra com toda clareza: na verdade, a jurisprudência e a opinião dominante, ao menos entre nós na Alemanha, faz a admissão do dolo na forma do dolo eventual depender não de investigações de um dado fático na *psiquè* do autor, dado esse que ela chama de "assumir o risco", "aprovar em sentido jurídico", "consentir no resultado" ou "aceitá-lo". Este "aceitar" ou "assumir" é, isso sim, adscrito ao autor pelo tribunal num ato decisionista. Também a opinião dominante parte de um conceito normativo, e não descritivo-psicológico, de dolo.

A diferença entre as teorias cognitivas do dolo e as chamadas teorias voluntaristas está apenas em como elas definem os pressupostos de uma tal adscrição do dolo, isto é, de uma vontade em sentido normativo.

A teoria volitiva do dolo procede a esta adscrição fixando-se em critérios e parâmetros determinados. Ela permite, assim, que interesses político-criminais adentrem irrestritamente nesta adscrição. Em várias das novas decisões de nossos tribunais superiores diz-se, de modo quase que estereotipado: para saber se o autor de fato assumiu aprovadoramente o resultado há que "valorar levando em

14. *Puppe* AT/1 16/13.

conta todas as circunstâncias do caso concreto".[15] A teoria cognitiva do dolo, por sua vez, fixa o seu próprio conteúdo, afirmando que o único parâmetro para a adscrição de uma vontade é o de uma decisão racional. O autor é tratado como alguém que quis o resultado; se uma pessoa racional em seu lugar não quisesse o resultado, teria se abstido de praticar a ação, "pois cada qual é considerado alguém que age segundo a reta razão".[16]

Desde há muito objeta-se à teoria cognitiva do dolo que ela seria incapaz de demarcar a fronteira entre a culpa consciente e o dolo. Afinal, entre um perigo intenso e um perigo reduzido de que a ação tenha por conseqüência um resultado lesivo, há uma zona cinzenta.

A versão inicial da teoria cognitiva do dolo, a chamada teoria da probabilidade, tentou realizar a distinção perguntando se o autor considerava mais provável que o resultado ocorresse ou que não.[17] Esta distinção, diz-se hoje, não é válida. Isto é, ela não é passível de realização prática. Sequer objetivamente se mostra possível determinar a probabilidade estatística de ocorrência de determinado dano criada pelo comportamento do autor. Se um ladrão golpeia a cabeça de sua vítima com um pesado alicate, para poder roubar-lhe as coisas com calma, enquanto ela estiver inconsciente, qual a probabilidade estatística de que a vítima morra em decorrência de tal golpe? Com muito mais razão faltará ao autor, quando se decide a agir, qualquer idéia de um determinado grau de probabilidade do perigo. E é racional que ele não formule um tal juízo de probabilidade. Necessitamos, assim, não de um conceito quantitati-

15. BGHSt 36, 1 (10); NStZ 2000, 583 (584); 2003, 431, (432); StV 2001, 572; NJW 1999, 2533 (2534 e s.); cf. NStZ-RR 1998, 101.

16. *Von Böhmer*, Observationes selectae ad B. Carpzovii practicam, Francofurti 1759, Pars I, obs. II, qu. 1, Nr. 62 (p. 2), tradução para o alemão em *Puppe* ZStW 103 (1991), 1, (27 Fn. 66).

17. *Lacmann* GA 58 (1911), 109 (121); *Grossmann* Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit – ein neurer Beitrag zu einer alten Frage – in: Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft, 1924, 33; *Sauer* Grundlagen des Strafrechts, 1921, 608; *M.L. Müller* Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912, 45 e s.

vo, e sim de conceito qualitativo do perigo intenso, cuja representação fundamente o dolo do autor.

Estará presente um tal perigo doloso ao menos nos casos em que o autor pratica uma ação que é amplamente reconhecida como um método para provocar o resultado – ainda que autor não tivesse, no caso concreto, o propósito de provocá-lo. Quem golpeia 23 vezes com um martelo o crânio de outro, para que este pare de lhe censurar o fato de que o primeiro o enganara,[18] aplica um método de matar, e assim também o faz quem desfere um golpe de caratê contra as têmporas e a nuca de uma criança de quinze meses, para que ela finalmente pare de chorar.[19] Quem estrangula a ex-esposa até que ela caia inconsciente, e ainda assim continua a apertar-lhe o pescoço, aplica um método de matar.[20] Em todos estes casos o BGH negou o dolo de matar, afirmando que não se poderia provar que o autor de fato aceitou aprovadoramente a morte de suas vítimas. Quem joga gasolina numa pessoa que dorme e depois lhe atira um fósforo aceso,[21] aplica um método de matar da mesma maneira que aquele que acende repetidamente um isqueiro numa pessoa que foi banhada em gasolina.[22]

O único que pode ser duvidoso nestes casos é se o autor estava consciente do perigo. Esta consciência permanece sempre imprescindível para o dolo. Se o autor sequer pensou na possibilidade de que a vítima pudesse morrer em decorrência de seu comportamento, não pode ele ser condenado por homicídio doloso, ainda que o perigo seja evidente.[23] No caso das marteladas na cabeça, considerou o BGH que esta exigência não estava provada, uma vez que o autor se en-

18. BGH StV 1987, 92 e s.

19. BGH NStZ 1988, 175.

20. BGH NStZ 2004, 329 e s.

21. Cf. a descrição do caso pela juíza de 1ª instância, *Santis M. de F. Mello*, RBCC 21 (1998), p. 163 e ss.

22. BGH NStZ 2000, 583 e s.

23. De opinião diversa *Jakobs* ZStW 114 (2002), 584 (589 e ss.).

contrava num estado de altíssima tensão, agindo, como declarou o BGH, "em razão de uma sobrecarga nervosa", de modo que subsistiam dúvidas quanto à sua imputabilidade.[24] A questão da imputabilidade, isto é, a questão quanto a se o autor era capaz de reconhecer o caráter ilícito do fato e de agir segundo esse reconhecimento, deve ser claramente diferenciada da questão quanto a se o autor conhecia o perigo ao qual ele expôs a sua vítima.[25] Raramente o estado de emoção ou paixão* perturba de tal maneira a consciência do autor que ele não saiba mais – não necessariamente por meio de palavras, mas ainda que por meio de imagens – que vinte e cinco marteladas na cabeça de alguém podem matá-lo. Como expressava Welzel: "O homem enxerga vermelho, mas ele enxerga".** Os senhores conseguem imaginar qual a aparência de uma cabeça depois de receber vinte e cinco marteladas?

Existe a possibilidade de que o lutador de caratê, no momento em que desferiu o golpe, de fato não estivesse consciente de que este poderia ser letal para uma criança de quinze meses de idade, apesar de tal lhe ter sido insistentemente ensinado nas aulas de caratê e de já ter ele talvez quebrado tábuas e telhas com as mãos. O Tribunal atestou, afinal, que o acusado era um pai carinhoso e que demonstrava, em princípio, gostar da vítima. Ainda assim, não se deve chegar tão rapidamente à conclusão de que não se pode comprovar que o autor tinha a consciência do perigo. O homem pensa não apenas através de palavras e enunciados teóricos, mas também de imagens expressivas. Uma tal imagem expressiva é a cabeça de uma criança e a poderosa mão de um homem treinado a quebrar tábuas e telhas. Se o autor segura a vítima imóvel e inconsciente em suas mãos e ainda continua a apertar-lhe o pescoço, ele tem a imagem da morte da vítima claramente diante de seus olhos.

24. BGH StV 1987, 92 (93).

25. *Trück* NStZ 2005, 233 (236 e s., 240); *Puppe* ZStW 103 (1991), 1 (16).

* (N.T.) Coerente com a tradução anteriormente empregada, traduzi o termo alemão Affekt por emoção ou paixão, vez que Affekt se refere a estados de perturbação psíquica, sem distinguir se permanentes ou passageiros (cf. Puppe, Distinção..., p. 89, nota do tradutor 35).

** (N.T.) No original: "Der Mann sieht zwar rot, aber er sieht".

No caso do índio pataxó, que provocou tamanha comoção aqui no Brasil, não se pode acreditar que os jovens que jogaram um litro de gasolina sobre um índio sem-teto que dormia, para depois incendiá-lo, quisessem "apenas assustá-lo". Homens jovens sabem o que é gasolina, e sabem o que ocorre quando se encharca a roupa de uma pessoa com gasolina e depois se acende. Num caso que ocorreu entretanto na Alemanha, ignorava a acusada estes fatos. Um amigo que a visitava lhe exigiu que o amarrasse nu à cama, esvaziasse um cantil de gasolina sobre seu corpo e depois acendesse um isqueiro. Isto o excitava sexualmente. A acusada observou com alívio que, de início, não sucedera nada. Depois de algumas faíscas surgiu, naturalmente, um estampido e uma enorme bola de fogo. O homem morreu de imediato em decorrência do choque térmico, enquanto a acusada teve vinte por cento da superfície de sua pele queimada. O BGH condenou esta acusada por homicídio doloso, por ter ela entregue ao acaso se o resultado ocorreria ou não.[26] Aos olhos do tribunal, o alívio que a acusada sentira em razão de não ter ocorrido nada após os primeiros acendimentos significava apenas que ela sabia do perigo de vida.[27] Os senhores acreditam nisso? A mulher quase pusera fogo em si própria, e isto evidentemente porque ela ignorava de que modo a gasolina exatamente funciona. O que é explosivo não é a gasolina, e sim a mistura entre gasolina e ar, que surge quando ela evapora sobre o corpo quente e se mescla com o ar. Os senhores podem imaginar a aparência do braço da mulher depois desta perigosa brincadeira? Estava praticamente claro que ela sofreria graves lesões. Daí decorre que não sabia ela da extensão do perigo que criara para seu namorado e também para si própria.

A questão quanto a se o autor de fato representou-se o perigo do resultado e quanto à intensidade deste perigo deve ser examinada com todo cuidado. Se fica, porém, comprovado o conhecimento de um perigo de vida inten-

26. BGH NStZ 2000, 583 (584).

27. BGH NStZ 2000, 583 (584).

so, manifesto e evidente, de um perigo, enfim, que uma pessoa racional não correria, a não ser que aceitasse o resultado como conseqüência de sua ação, não permite a teoria intelectiva do dolo que o autor se defenda do reproche por dolo alegando que ele, ainda assim, não aceitara o resultado, não o aprovara, mas confiara em sua não ocorrência. O autor não é juridicamente competente para decidir sobre a relevância de um perigo por ele conhecido para o seu comportamento, nem para decidir sobre o injusto que a criação deste perigo representa.[28] Acertadamente formula *Herzberg*: "Não interessa se o autor levou a sério um perigo por ele reconhecido, mas sim se ele reconheceu um perigo que deveria ser levado a sério".[29]

Em sentido diverso, a opinião dominante: ela concede ao autor justamente esta competência de ignorar um perigo intenso e de negar-lhe qualquer relevância para o seu agir, ou de aceitar um perigo reduzido e com isso conferir-lhe relevância para o seu agir. Mas, como vimos, tal só ocorre na aparência. Porque para atestar-se que o autor "assumiu aprovadoramente" o resultado, "aceitou-o", "consentiu com a sua ocorrência", é necessário, como se diz em numerosos julgados de nossos tribunais superiores, "proceder a uma valoração que leve em conta todas as circunstâncias relevantes do caso concreto".[30]

Com isso sucumbe a jurisprudência e também a doutrina que a segue não raro à tentação de valorar não o fato, mas sim o autor. Não é mais a intensidade do perigo de vida a que o autor conscientemente expôs a vítima o decisivo, e sim a sua atitude geral para com, por exemplo, a violência contra crianças e para com a vítima concreta, o seu comportamento após o fato, lamentar ele ou não a morte da vítima por ele provocada, ter ele tentado sem sucesso reanimar

28. *Puppe*, Distinção, nm. 55.

29. JuS 1986, 249 (262).

30. BGHSt 36, 1 (19); BGH NStZ 2000, 583 (584); 2003, 431 (432); NJW 1999, 2533 (2534 e s.); cf. NStZ-RR 1998, 101.

a vítima. Assim procedeu o BGH no já mencionado caso em que o autor matou a vítima de quinze meses com um golpe de caratê contra as têmporas e a nuca, porque não agüentava mais escutá-la chorar.

Se, de conformidade com as diretrizes do BGH, decidirmos se autor agiu ou não dolosamente com base numa valoração global de todas as circunstâncias do fato, então decidiremos de modo diverso, a depender de quais circunstâncias consideramos decisivas. Se consideramos decisivo o fato de que o autor em princípio gostava da vítima, de que ele repudiava a violência contra crianças, de que, como declarou o BGH, "ele ofereceu à criança uma banana entre os dois atos de violência", de que ele realizou tentativas ineptas de reanimar a vítima, negaremos o dolo, como fez também o BGH.[31] Se voltarmos nossas atenções para o fato de que o acusado com sua grande e forte mão, golpeou a cabeça da criança de maneira a atingir-lhe simultaneamente as têmporas e a nuca, de que, na qualidade de treinado lutador de caratê, ele sabia do efeito mortal de seus golpes, de que ele já anteriormente havia perdido o controle sobre a criança, de que ele já tinha batido duas vezes a cabeça desta contra a mesa, acabaremos, com boas razões, a admitir o dolo.[32]

Como dissemos, critica-se a teoria cognitiva do dolo, alegando que ela é incapaz de traçar com clareza os limites entre o dolo e a culpa consciente,[33] mas à opinião dominante, de modo curioso, não se formula idêntica objeção. A teoria cognitiva do dolo aponta com toda a clareza às turvas fronteiras entre o dolo e a culpa, ao falar de um perigo mais ou menos intenso de ocorrência do resultado. Já a teoria dominante não o faz, uma vez que fala numa diferença qualitativa entre assumir ou não assumir, aceitar ou não aceitar, anuir ou não anuir com

31. BGH NStZ 1988, 175; *Roxin* FS-Rudolphi, 243 (249).

32. *Roxin* AT/1 12/74.

33. Schönke/Schröder-*Cramer/Sternberg-Lieben* § 15 nm. 76; *Jescheck/Weigend* AT 29 III 3d) aa); *Stratenwerth/Kuhlen* AT 8/114; *Wessels/Beulke* AT nm. 218; *Roxin* AT/1 12/46; *idem*, FS-Rudolphi, 243 (253).

a ocorrência do resultado. Mas não está claro o que esse assumir ou esse anuir devem exatamente significar, enquanto eles forem considerados um dado psíquico do autor no momento do fato. Se o autor é de todo indiferente ao destino de sua vítima, então inexiste aquilo que ele possa assumir, em que ele possa anuir ou que ela possa aceitar, ao decidir-se a praticar o fato. E não creiam os senhores que inexistem tais autores indiferentes. Quem encharca alguém com gasolina e depois o incendeia para divertir-se pregando-lhe um "susto" é indiferente à morte da vítima, enquanto ele não a almejar. E é claro que nenhum juiz iria absolver justamente este autor indiferente do reproche por dolo, sob o fundamento de que ele não assumiu ou aceitou o resultado. A fórmula do "assumir o risco" não tem qualquer sentido psicológico empírico. Como vimos, ela sequer é entendida em sentido psicológico empírico. Os juízes não perguntam mais ao autor se ele assumiu o risco do resultado, se a ele anuiu ou o aceitou. O que o autor responderia, bem assistido por seu advogado, eles já sabem. Na verdade, o que eles fazem é adscrever ao autor, como dizem, valorando todas as circunstâncias relevantes do caso concreto, o juízo de que ele teria assumido o risco do resultado. Quais são essas circunstâncias do caso concreto, os chamados indicadores do dolo, e qual o seu peso em relação a outros contra-indicadores, fica completamente em aberto.

Com isso some por completo a aparência de que a teoria voluntarista do dolo oferece uma distinção qualitativa unívoca entre dolo e culpa consciente. Se a teoria cognitiva do dolo está exposta à objeção de não ser capaz de oferecer uma clara separação na fronteira entre dolo e culpa, na teoria voluntarista do dolo esta insegurança jurídica estende-se a todo o campo de aplicação do conceito de dolo eventual. O resultado desta valoração global de todas as circunstâncias do caso concreto, o juízo que adscreve ou que nega a adscrição do dolo, torna-se simplesmente imprevisível. Ainda que seja possível ao menos provar que o autor conhecia a possibilidade do resultado, poderá sem-

pre o tribunal afirmar o dolo, alegando que o autor entregou ao acaso a ocorrência ou não-ocorrência do resultado, ou também negar o dolo, declarando que o autor até reconhecera o perigo, mas esperava a não ocorrência do resultado. Tal já deve ter ficado suficientemente comprovado por nossos exemplos da jurisprudência alemã.

O preço que a teoria cognitiva do dolo paga pelo ganho em segurança jurídica é reconhecer apenas um único critério de distinção entre dolo e culpa, a intensidade e evidência do perigo que tem o autor diante de seus olhos ao agir. Tal é considerado uma desvantagem pelos defensores de teorias voluntaristas do dolo.[34] A jurisprudência alemão sobre o dolo eventual é por eles elogiada em razão de sua justiça.[35] Por mais que eu me esforce, não consigo partilhar desta opinião. Eu vejo apenas arbítrio e insegurança jurídica. Neste meio tempo, foram os promotores que, na Alemanha, começaram a fazer frente contra esta jurisprudência.[36] Nos últimos anos não se publica praticamente um número da revista mensal Neue Zeitschrift für Strafrecht em que não se leia um julgado sobre o dolo de homicídio. Os tribunais inferiores estão sinceramente empenhados em seguir as diretrizes do BGH. Mas toda vez lhes atesta este que eles erraram. Recentemente, começa a delinear-se uma virada na jurisprudência dos tribunais superiores. Reconhece-se em decisões mais recentes que há comportamentos que geram perigo de vida nos quais a pergunta quanto a se o autor assumiu ou não aprovadoramente o risco do resultado sequer se coloca, de modo que se torna dispensável a tal valoração global do caso levando em conta todas as circunstâncias relevantes.[37] Um destes comportamentos, parece-me, é o que se praticou no caso brasileiro do pataxó.

34. *Roxin* FS Rudolphi, 243 (253); cf. também *Kühl* AT 5/68a.

35. *Hassemer* GS-Arm. Kaufmann, 289 (306); *Köhler* FS-Hirsch, 65 (78 e s.); *Roxin* FS-Rudolphi, 243 (249); *Schünemann* FS-Hirsch, 363 (373); ao que parece também *Verrel* NStZ 2004, 309 (311); *Prittwitz* StV 1989, 123 (123 e s.).

36. Cf. apenas o artigo de *Trück* NStZ 2005, 233 (235); MüKo-*Schneider* § 212 nm. 8.

37. BGH NStZ 2005, 90; NStZ 2002, 541.

## Síntese

O dolo não é um dado que se encontra previamente dado pela natureza, por exemplo uma vontade no sentido da linguagem cotidiana, mas primeiramente a forma mais grave de culpabilidade. A proposição "dolo é vontade" é correta não em sentido descritivo-psicológico, mas sim em sentido normativo-atributivo. O dolo compreende toda conseqüência possível ou real do resultado, que não pode ser imputada à culpa do autor, como conseqüência de sua leviandade ao agir, mas sim ao dolo, como conseqüência de sua vontade. E isto é um juízo moral, que se formula na linguagem cotidiana com as seguintes palavras: "foi isso que você quis". A razão de se imputar a um autor um resultado como conseqüência de sua vontade, de seu querer, não está no fato de que o autor realmente o tenha querido, mas sim de que o autor tenha querido um estado de coisas que está vinculado de um modo específico a este resultado.

A discussão na doutrina e jurisprudência alemãs tem por objeto apenas a determinação exata deste vínculo entre aquilo que o autor quis, no sentido natural da palavra, e aquilo que deve ser imputado normativamente à sua vontade. Existe, em princípio, acordo a respeito de que o fundamento fático deste vínculo é a representação pelo autor de um perigo de que o resultado ocorra, caso ele pratique a ação ou alcance o objetivo que ele se propõe, isto é, verdadeiramente querido. Se, por qualquer razão que seja, o autor sequer pensa na possibilidade de que ele pudesse dar causa ao resultado, inexiste, segundo a opinião geral, dolo em relação a este resultado.

Todos estão de acordo, ademais, que o dolo, como juízo de imputação, deve ser determinado não de modo descritivo e sim normativo. Também as teorias voluntaristas do dolo fazem um uso normativo do conceito de vontade, uma vez que exortam o juiz a decidir valorando todas circunstâncias relevantes do caso concreto, se o autor assumiu o risco do resultado, aceitou a produção deste, assentiu na sua possibilidade.

Mas um juízo de valor ou uma adscrição também só terão um sentido claro se se referirem a determinados fatos, que são o objeto do juízo e a base da adscrição. Segundo a atual discussão alemã, há desacordo unicamente no que se refere a quais devem ser estes fatos.

A chamada teoria voluntarista do dolo permite que seja usado como base fática da adscrição do resultado à vontade do autor tudo o que houver contra ou a favor deste: seu comportamento em relação à vítima antes e depois do fato, sua atitude para com ela, seu caráter em geral. A representação da intensidade do perigo pelo autor é apenas mais um dentre estes vários fatores de imputação, podendo-se afirmar a imputação do resultado à vontade ainda que este perigo seja reduzido, ou negá-la, ainda que esse perigo seja intenso. A imputação do resultado à vontade é fundamentada no juízo valorativo que, levando em conta todas estas circunstâncias a respeito do autor, declara que este assumiu o risco do resultado, assentiu nele, aceitou-o. Mas este juízo não deve, de modo algum, ser entendido como uma descrição de um verdadeiro fenômeno psíquico na cabeça do agente ao momento do fato.

A teoria cognitiva do dolo, por sua vez, admite apenas um único critério para que se adscreva o resultado à vontade, que é a representação do autor, de que ele cria, por meio de sua ação, um perigo tamanhamente intenso e manifesto para a vítima, que uma pessoa razoável em seu lugar não agiria desta maneira, sem assumir o risco do resultado, aceitá-lo, nele assentir. Não se adscreve ao autor normativamente um fenômeno psíquico, mas seu agir e pensar são avaliados segundo um parâmetro geral de uma razoabilidade ao agir.

A teoria cognitivista do dolo é superior à teoria voluntarista por várias razões: primeiramente admite ela com clareza que faz um uso normativo, e não psicológico, do conceito de vontade. Em segundo lugar, confere ela ao juízo adscritivo um sentido claro. Por assumir o risco, aprovar, aceitar, assentir, deve entender-se no contexto deste juízo exatamente o que estas palavras expressam,

e não, como faz a jurisprudência alemã, uma aprovação em sentido jurídico. Em terceiro lugar, a teoria cognitiva do dolo vincula o juiz a critérios claros e garante com isso mais segurança jurídica e igualdade que a teoria voluntarista do dolo. Ela previne o perigo de que o juiz valore não o fato, mas o autor, e o perigo de que interesses políticos de todo estranhos ao dolo determinem o juízo sobre dolo ou culpa. Quarto e por último: a teoria cognitiva do dolo tem, face à teoria voluntarista, a vantagem de que os seus pressupostos do dolo são, ao menos em princípio, comprováveis em juízo.

# Gato por lebre: a ideologia correcional no Estatuto da Criança e do Adolescente

Karyna Batista Sposato
Mestre em Direito Penal pela USP, doutoranda em Direito Penal pela Universidade Pablo de Olavide, advogada e Diretora Executiva do ILANUD.

*"Você já comeu gato por lebre? Perguntaram-me devido a meu ar um pouco distraído. Respondi: como gato por lebre a toda a hora. Por tolice, por distração, por ignorância. E até ás vezes por delicadeza: me oferecem gato e agradeço a falsa lebre, e quando a lebre mia, finjo que não ouvi. Por que sei que a mentira foi para me agradar. Mas não perdôo muito quando o motivo é de má-fé. Mas a variedade do assunto está exigindo uma enciclopédia. Por exemplo quando o gato se imagina lebre. Já que se trata de gato profundamente insatisfeito com a sua condição, então lido com a lebre dele: é direito de gato querer ser lebre. Mas na verdade quando aceito gato por lebre o problema mesmo é de quem me ofereceu, pois meu erro foi apenas o de ser crédula"* – CLARICE LISPECTOR.

**Sumário:** 1. A título de introdução – 2. Dar nome aos bois: ainda o correcionalismo – 3. O neomenorismo em direção a um Direito Penal juvenil máximo – 4. Para concluir – 5. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O artigo aborda o desafio ainda presente no campo do Direito Penal juvenil brasileiro de superação dos sistemas tutelares fundados nas idéias de

inferioridade do adolescente e portanto, de sua irresponsabilidade penal. Tem como foco a delimitação da natureza e finalidade da medida sócio-educativa, enfatizando sua natureza penal, e semelhança com as penas, de uma perspectiva estrutural qualitativa. A reflexão busca evidenciar que tais medidas sócio-educativas representam em verdade o sistema de controle social formalizado sobre a adolescência, ainda influenciado pelas ideologias correcionais.

A desmistificação de que também no âmbito das medidas sócio-educativas estão presentes as finalidades preventivo-especiais que desde Von Liszt eram enumeradas como correção do delinqüente suscetível de correção e que dela necessita, intimidação do delinqüente que não necessita de correção e inocuização do delinqüente não suscetível de correção, porém com distintos nomes no campo da Infância e Juventude: prevenção e vigilância, educação e adequação para o trabalho, recuperação e reabilitação, e repressão e contenção, é apenas o ponto de partida para a discussão de que modelo queremos adotar no trato da delinqüência juvenil.

**Palavras-chave:** Direito Penal Juvenil – Correcionalismo – Prevenção especial – Finalidades da pena – Medidas sócio-educativas.

## 1. A título de introdução

A questão da aplicação e execução de medidas sócio-educativas a adolescentes autores de ato infracional segue sendo um eterno gato por lebre.

Envolvida em um discurso fraudulento de assistência e educação, a medida sócio-educativa e seus resultados operam um exercício do poder punitivo sobre os jovens mais agudo e desmedido que qualquer outro.

Neste âmbito, o desafio ainda presente é a superação dos sistemas tutelares fundados nas idéias de inferioridade do adolescente e portanto, de sua irresponsabilidade penal. Sob a égide de um sistema tutelar de proteção se realiza ainda hoje o exercício arbitrário do poder punitivo sobre a categoria *adolescentes em conflito com a lei.*

Se de um lado, a experiência brasileira denota em termos legislativos o abandono do Menorismo com a ratificação da Convenção Internacional e a adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, de outro, as práticas institucionais padecem com a persistência de uma lógica tutelar e correcional em seus procedimentos. Fala-se aqui não só dos programas de execução das medidas sancionatórias ou *sócio-educativas,* mas também de igual modo do funcionamento do Sistema de Justiça (Judiciário, Ministério Público e Defensorias).

A imposição de medidas sócio-educativas como antídoto à situação de vulnerabilidade[1] do adolescente reflete a resistência em superar o paradigma das legislações de menores – O paradigma das legislações de menores é a chamada Doutrina da Situação Irregular, fundada numa ideologia tutelar, terapêutica e higienista. A situação irregular legitimou durante mais de 6 décadas uma intervenção,[2] não raro violenta, do Estado, ao estado perigoso sem delito, verificável dentre os menores de idade.

Pode-se relacioná-la à tradição correcionalista espanhola, sustentada especialmente por Pedro Garcia Dorado Montero, cuja característica central é compreender o delinqüente como um ser débil, cuja vontade defeituosa se manifesta no delito e através dele. Nesta perspectiva, a função penal aparece como um dever

1. Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) na pesquisa *Mapeamento da Situação das Unidades de Execução de Medida Sócio-educativa de Privação de Liberdade ao Adolescente em Conflito com a Lei,* demonstraram que quanto aos quesitos escolaridade, ocupação e rendimento, a maior parte dos adolescentes privados de liberdade no Brasil não freqüentava a escola quando praticou o delito (51%) e não trabalhava (49%), sendo que entre os que trabalhavam cerca de 40% exerciam ocupações no mercado informal. Em relação ao grau de instrução, observou-se que 89% dos adolescentes internados não concluíram o ensino fundamental, apesar de encontrarem-se em uma faixa etária (16 a 18 anos) equivalente à do ensino médio. Outro aspecto é o alto índice de analfabetos entre os adolescentes. No tocante aos rendimentos familiares, a pesquisa revelou que os adolescentes internados são oriundos de famílias pobres, uma vez que 66% vivem em famílias cujo rendimento mensal varia de menos de um até dois salários-mínimos vigentes em setembro/outubro de 2002. Uma estimativa conduz a uma renda familiar *per capita* da ordem de R$ 50 a R$ 100 por mês, ou seja, 1 ou 2 dólares por dia.

2. A Doutrina da Situação Irregular sustentou-se durante a vigência dos dois Códigos de Menores, o conhecido Código Mello Matos, de 1927, que a inaugura e depois sob a égide do Código de Menores de 1979 que a atualiza, sendo somente revogada com a entrada em vigor do ECA em 1990.

da sociedade e um direito do infrator da lei, mesmo que lhe pareça um mal. O critério fundamental de punibilidade não é a intenção do sujeito, e sim o perigo que representa para a sociedade. Concebendo o delinqüente como um ser débil e menor, a ele somente devem ser aplicadas medidas de proteção e tutela e não as penas. Propõe deste modo, um *novo Direito Penal* que exerceria uma função tutelar dirigida a modificar e corrigir. Sugere, portanto, uma autêntica pedagogia correcional, e um direito penal voltado não ao castigo, mas à correção efetiva do delinqüente. Neste diapasão, resta à justiça, a incumbência de saneamento social, e, por conseguinte, a opção desmedida pela intervenção sobre um indivíduo que se demonstre perigoso, mesmo que não haja algum delito. O tratamento individualizado substitui a pena, e o critério definidor deste se dá não pela gravidade do delito, senão pelas necessidades e exigências pedagógicas concretas de cada delinqüente. O juiz se converte em um autêntico médico penal que exerce a cura das almas, e para tanto não estará condicionado às exigências legais do contraditório para desempenhar seu papel discricionário. A prevenção e o tratamento prevalecem, ao menos teoricamente sobre a retribuição e o castigo. É exatamente o que se realizou na justiça da infância e juventude por intermédio dos Códigos de Menores e seus juízes.

E não seria exagerado observar que na atualidade, após 15 anos de entrada em vigor da Lei 8.069/90, permanece vivo um Direito Penal do autor[3] nos procedimentos da Justiça da Infância e Juventude em matéria infracional.

3. Vale retomar as lições de Zaffaroni sobre o Direito Penal do Autor como o conjunto das teorias que concebem a explicação da pena em características dos autores dos delitos. Este direito penal imagina que o delito é um *estado do autor*, sempre inferior às demais pessoas consideradas normais. Este estado de inferioridade tem para alguns natureza moral e para outros natureza mecânica, ou seja, para os primeiros o homem que incorre na prática de delitos coloca-se em estado de pecado penal, em conseqüência, a reprovação e a pena devem adequar-se ao grau de perversão pecaminosa de sua conduta. Para os segundos, o delito sinaliza uma falha, indicando um *estado de perigo ou periculosidade*, e as agências jurídicas constituem aparatos mecanicamente determinados a corrigir ou neutralizar as peças que falham. Em ambas concepções, o criminalizado é um ser inferior. (ZAFFARONI, Eugenio, Raul. *Derecho Penal: parte general*/ Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002)

O exercício de observação sobre os procedimentos judiciais da infância e juventude nos permite ainda identificar em muitos momentos a tendência de inocuização ou neutralização do infrator. Por inocuização podemos compreender os efeitos altamente segregacionistas da resposta penal que deixa de se dirigir à ressocialização ou integração social para atuar como um instrumento de "apartação" e distanciamento dos indesejados.[4]

Um adolescente infrator representa no imaginário coletivo o *portador do mal*, o *portador da violência*. Norbert Lechner discute as reações à violência e à delinqüência, apontando sua dimensão como reflexo dos medos ocultos ou interiores de uma sociedade. Ele pondera que provavelmente nenhuma representação do imaginário coletivo seja tão funcional como a interpretação da delinqüência juvenil, que resulta emblemática – por sua irracionalidade e imprevisibilidade.[5] O impacto social dos fatos delituosos cometidos por adolescentes e sua forte repercussão pública, que em muitas ocasiões excede os marcos de proporcionalidade em relação à preocupação com a criminalidade adulta, à corrupção, o comércio ilícito de drogas e outras expressões de violência que afetam nossa sociedade, pode encontrar uma explicação na falta de discussão das reais causas da violência, e também, porque não dizer, na busca de um "bode expiatório".[6]

4. Francisco Muñoz Conde esclarece que a inocuização ou incapacitação se destina aos delinqüentes considerados incorrigíveis, ou também para aqueles que cometeram delitos graves. Em regra, a inocuização substitui qualquer finalidade ressocializadora e tem como função assegurar o afastamento do condenado do convívio social. (MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. *Introducción a la Criminologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001).

5. LECHNER, Norbert. *Los Pátios Interiores de la Democracia: Subjetividad y Política*. México/DF: Fondo de Cultura Econômica, 2. ed., 1995.

6. Winfried Hassemer trabalha com a chamada Teoria do Bode Expiatório para demonstrar que no que tange à idéia de reprovação presente nas sanções e disseminada no senso comum, a sociedade afetada pelo mal o projeta sobre a pessoa individual, e acaba por desejar que a mesma seja afastada ou expulsa. A identificação de um Bode Expiatório resulta, portanto, de um mecanismo psicosociológico diante do crime e da violência. (SPOSATO, Karyna Batista. Culpa e Castigo: Modernas Teorias da Culpabilidade e Limites ao Poder de Punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 56, setembro-outubro de 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.)

Embora grotesca, esta é a realidade que se constata não só nos juizados especializados, fóruns da infância e juventude, mas com extrema intensidade nas unidades de internação do chamado *Sistema Febem*[7] brasileiro.

As medidas sócio-educativas, aplicadas em regra sem a observância do devido processo legal e do contraditório, constituem uma ferramenta de reforço da exclusão a que muitos ou a esmagadora maioria dos adolescentes estão expostos. A ironia é que no momento de sua imposição as medidas sócio-educativas se sustentam num discurso compensatório, já que os adolescentes envolvidos com a prática de infrações penais, sempre revelam em alguma fase de suas vidas direitos negligenciados, desde famílias problemáticas, violência doméstica, baixa escolaridade, defasagem escolar, precária inserção no mercado de trabalho, abandono e vivência institucional em abrigos ou vivência de rua. Deste modo, a medida acaba se definindo em razão de uma condição do adolescente e afastando-se da análise do ato infracional praticado, no que concerne à sua legalidade, à autoria, e, sobretudo à proporcionalidade da resposta sancionatória.

Paradoxalmente, a execução da medida reforça a mesma negligência já conhecida por parte dos jovens, quando não aperfeiçoa a segregação, por intermédio de práticas de violência, humilhação e constrangimentos.[8]

Ou seja, a condição social do adolescente é ainda o principal fundamento utilizado para a imposição de uma medida sócio-educativa. Esta distorção revela, portanto, que muitas vezes o caso exigiria uma medida de proteção, legalmente prevista no art. 101 do ECA. A matéria originariamente de ordem social se

7. A expressão *Sistema Febem* ainda que imprópria para alguns estados brasileiros tem o condão de ilustrar a herança da FUNABEM, a lógica dos grandes complexos de privação de liberdade ainda adotados no país e que eufemisticamente ou por decorrência da legislação, hoje se denomina Sistema Sócio-educativo de privação de liberdade.

8. São inúmeros relatórios de organizações de direitos humanos que atestam o alto grau de violência no interior das unidades de internação. Apenas a título ilustrativo podemos citar o relatório da Anistia Internacional "Aqui ninguém dorme sossegado" de 1999, os relatórios anuais do Centro de Justiça Global, os relatórios da *Human Rights Watch* "Verdadeiras Masmorras" sobre o Rio de Janeiro, e outras unidades no norte do país.

converte num passe de mágica em penal. O que era uma questão de política pública, passa a ser questão de polícia.

Estamos, diante do que Francisco Muñoz Conde caracteriza como uma redução do Estado Social e um aumento do Estado Policial, penal e penitenciário.[9] No caso dos adolescentes, infelizmente resistimos em reconhecer que as chamadas medidas sócio-educativas são em verdade sanções jurídico-penais, é dizer, são penas.

Conseqüentemente, a delimitação da natureza e finalidade da medida sócio-educativa situa-se como chave de toda a discussão. A medida sócio-educativa tem natureza penal, uma vez que representa o exercício do poder coercitivo do Estado e implica necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade. De uma perspectiva estrutural qualitativa não difere das penas. Isto porque cumpre o mesmo papel de controle social formalizado que a pena, possuindo mesmas finalidades e conteúdo.

A medida socioeducativa assim como a pena está condicionada ao princípio da legalidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente utilizou como técnica a *tipificação delegada,* ou seja, a aplicação dos tipos penais de adultos para definir as infrações do sistema de justiça juvenil. Deste modo, reforça-se o entendimento da medida sócio-educativa como espécie de sanção penal, uma vez que representa a resposta do Estado diante do cometimento de um ato infracional,[10] praticado por adolescentes, e revela a mesma seleção da condutas antijurídicas que se exerce para a imposição de uma pena.

Já neste estágio de reflexão podemos conceber que as medidas sócio-educativas e sua execução não se dissociam, portanto, da política criminal. E reves-

9. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. As Reformas da Parte Especial do Direito Penal Espanhol em 2003: da Tolerância Zero ao Direito penal do Inimigo. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas* –RECJ. 02.01.2005 – www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

10. Na letra do Estatuto da Criança e do Adolescente, precisamente no art. 103, descreve-se o ato infracional como toda conduta equivalente a crime ou contravenção penal.

tem-se de uma feição extremamente importante, pois constituem o sistema formalizado de controle penal sobre a adolescência.

A natureza penal das medidas impõe uma incidência restrita e limitada aos casos de estrita necessidade. Vale dizer que a imposição de uma medida sócio-educativa não pode fundamentar-se em condições pessoais dos adolescentes, tal como a falta de respaldo familiar, a baixa escolarização, a presença de algum sofrimento psíquico, entre outras circunstâncias que não traduzem a prática de um ilícito penal, e que denotam, sobretudo, a ausência de uma política de atenção à adolescência e juventude em suas necessidades.

Ou seja, se a legalidade é pressuposto necessário para a aplicação de uma pena segundo a fórmula clássica *Nulla poena el nullum crimen sine lege*, também o é para a imposição de uma medida sócio-educativa. Casos como o de um adolescente internado por tráfico de drogas que não portava droga alguma, ou por receptação sem estar na posse da coisa roubada são aberrações jurídicas que se repetem nas varas da infância e juventude pelo país.

O catálogo de fatos puníveis aos adolescentes nunca poderá ser mais amplo que dos adultos, mas sim se recomenda que seja mais restrito. As razões para postular esta descriminalização primária para adolescentes decorrem de sua situação particular frente ao Estado e suas normas. Esta é a posição decorrente da *Teoria do Sujeito Responsável* formulada por Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée que concebe a discussão de responsabilidade com relação a uma pessoa determinada em um marco social concreto. Segundo os autores, o problema da responsabilidade não diz respeito unicamente ao indivíduo ao qual se atribui um ato, e sim ao Estado no que concerne à sua capacidade ou legitimação política para exigir responsabilidade. Em outras palavras, a capacidade que possui o Estado de exigir a observância de suas proibições ou mandatos não é a mesma com relação a todas as pessoas. A dimensão ou intensidade desta capacidade de exigir varia de acordo com cada pessoa e a relação com suas circunstâncias pessoais e, de sua relação com o

Estado. Consequentemente, o Estado somente pode exigir responsabilidade pelo comportamento antinormativo se disponibilizou todos os elementos necessários para que a resposta fosse conforme a norma. Esclarecem ainda os autores, que todas as garantias próprias do direito penal de adultos devem ser asseguradas ao adolescente, e de acordo com o princípio do interesse superior da criança ou adolescente e o dever de proteção do Estado, tais garantias devem ser ainda superiores de forma a impedir qualquer prejuízo ao seu desenvolvimento e formação.[11] Mas esta talvez seja uma discussão demasiado sofisticada ao nosso sistema que sequer se reconhece penal.

É importante frisar que o reconhecimento do caráter penal e sancionatório da medida sócio-educativa não retira a tarefa e o desafio pedagógico que se colocam para a Justiça da Infância e Juventude e para os programas de atendimento sócio-educativo. Este aspecto relaciona-se em primeiro lugar com a identificação das finalidades a que se destinam as sanções e sua interface com as demais políticas, e em segundo com a concepção do adolescente, enquanto sujeito de direitos.

Começando pelo segundo ponto destacado, a identificação do adolescente como sujeito de direitos não se constitui em mero enunciado teórico desprovido de conseqüências práticas.

Nas lições de Mary Beloff,[12] a partir da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, os adolescentes são responsáveis pelos delitos que cometem de maneira específica. A responsabilidade é justamente o ponto de partida da abordagem que considera o jovem como sujeito de direito. É decorrência do direito a ser como é, e também do direito a ser responsável pelo que faz. Sendo assim, no marco da Convenção, ser sujeito de

11. BUSTOS RAMIREZ, Juan. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal* Madrid: Editorial Trotta, 2004.

12. BELOFF, Mary. Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos. *Revista Justicia y Derechos del Niño* – número 2, Buenos Aires: UNICEF, 2001.

direitos significa que crianças e adolescentes são titulares dos mesmos direitos de que gozam todas as pessoas e mais direitos específicos que decorrem da condição de pessoa que está crescendo, em desenvolvimento. Nem meia pessoa, nem pessoa incompleta, menos ainda incapaz, simplesmente se trata de uma pessoa que está em fase de intenso desenvolvimento. As pessoas são pessoas completas em cada momento de seu crescimento.

Esta concepção permite distinguir o conceito de inimputabilidade da idéia de ausência de responsabilidade. Tomando o conceito de inimputabilidade do Código Penal e sua interpretação, permanece em termos doutrinários o critério biopsicológico que pode ser traduzido em desenvolvimento biológico (maturidade / imaturidade) e desenvolvimento psicológico (saúde mental). Para os menores de 18 anos, o art. 27 do Código Penal brasileiro declara a inimputabilidade, fundado exclusivamente na causa etária. Como leciona Alberto Silva Franco, o déficit de idade, por si só, faz da pessoa um inimputável.[13]

O que não significa que a inimputabilidade dos menores de 18 anos exclua sua responsabilidade por ilícitos penais, e autorize uma indiferença penal diante do cometimento de um ato típico e antijurídico. É preciso reconhecer uma culpabilidade específica aos adolescentes.

Portanto, a discussão não se encerra em incorporar as garantias de direito penal de adultos aos adolescentes. Não se pretende que os Estados Nacionais reconheçam crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e então os tratem como adultos, e sim que os tratem como pessoas em desenvolvimento. O desafio, portanto, é maior, não basta aplicar o direito penal tradicional aos adolescentes, é preciso que o direito penal juvenil seja mais benigno que o direito penal.

13. FRANCO, Alberto Silva & STOCO, Rui. (coords.) *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* Vol.1, Tomo 1, 6. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Emerge desta forma a necessidade de construção e consolidação de um verdadeiro devido processo em matéria penal de adolescentes, ainda incipiente já que as regras da presunção da inocência, o direito a apresentar e contestar provas, o direito a defesa técnica e a julgamento por um órgão jurisdicional competente, independente e imparcial, sem demora, o direito de não ser obrigado a prestar testemunho ou declarar-se culpado, o direito a revisão e impugnação da sentença, o respeito à sua integridade e intimidade durante o procedimento de apuração de responsabilidade, o direito a medidas alternativas à internação durante o processo, e o princípio da proporcionalidade, dentre outros, parecem ficção científica e excentricidade dos instrumentos internacionais.

A não afetação de direitos não atingidos pela sentença, também é artigo de luxo em se tratando do sistema de justiça juvenil. Embora pareça evidente que a privação da liberdade não é sinônimo da privação ou restrição de todos os direitos dos adolescentes, são sistemáticas as violações de direitos humanos em todos estados da Federação, e o Estado de São Paulo lidera o *ranking* de contra exemplo: restrição a visitas familiares, isolamento de 24 horas, regimento interno baseado em castigo e premiação são alguns episódios da história recente da Febem.

## 2. Dar nome aos bois: ainda o correcionalismo

De modo geral, e em contraste com a legislação, o caso brasileiro em matéria de direito penal juvenil vem se constituindo em um contra-exemplo. O conceito vago da medida sócio-educativa abarca a idéia de intervenção psicosocial destinada a modificar o sujeito – e não reconhece como limite a vontade própria do afetado.

O não reconhecimento do conteúdo penal das sanções permite que se sancione não os fatos ou atos praticados, mas a subjetividade dos adolescentes e sua condição de existência. O sistema deste modo se destina a corrigir ou amputar as características inadequadas ou desviadas.

O que nos remonta ao que Luigi Ferrajoli definiu como ideologia correcional. Historicamente, estas doutrinas e legislações penais de tipo genuinamente correcional se desenvolvem na segunda metade do século XIX, paralelamente à difusão de concepções organicistas do corpo social: o são e o enfermo, acerca das quais são chamados a exercitar-se o olho clínico e os experimentos terapêuticos do poder. É quando o projeto ilustrado e puramente humanitário de castigar menos se converte no projeto disciplinar e tecnológico de castigar melhor.[14]

Podemos identificar as doutrinas correcionais com o propósito disciplinar, articulado também com as finalidades da prevenção especial, a positiva – reeducação do réu, e a negativa de sua eliminação ou neutralização. Ambas não são excludentes e sim ocorrem acumulativamente na definição de fim da pena que será diversificada conforme a personalidade, corrigível ou incorrigível do sujeito.

As distintas doutrinas correcionais, moralistas de emenda, da defesa social e da diferenciação da pena se apóiam na prevenção especial e não por acaso se voltam mais para o sujeito que para o ato praticado.

Apresentam, contudo, elementos remotos da história das penas, desde a pena medicinal da tradição católica e da idealista de Platão, ilustrada nas máximas de Santo Tomás de Aquino de que *os homens que delinqüem podem ser não só castigados mas limitados pelo Estado a fim de tornarem-se bons,* como também recuperam com intensidade a visão pedagógica da pena (direito romano e direito canônico), a privação de liberdade pessoal como pena orientada à reeducação. E a idéia de redenção, concepção bíblica do sofrimento como preço ou meio sacrificial para a expiação dos pecados e a reconciliação com Deus. Não por acaso a confissão adquire uma feição penitencial e liberatória, o réu pecador pode ainda encontrar na pena a função benéfica de arrependimento.[15]

14. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoria del Garantismo Penal.* 4 edicción, Madrid: Editorial Trotta, 2000.

15. Já é de conhecimento público que nos procedimentos de apuração da autoria de atos infracionais, privilegia-se a confissão do adolescente como estratégia para a imposição de uma medida

O que importa, além dos aspectos ilustrativos é identificar a visão da sanção jurídico-penal como medicina da alma – mais um bem que um mal para quem a sofre. Identificar no funcionamento da Justiça da Infância e Juventude, uma forma atualizada de pedagogismo penal.

Nesta perspectiva não há como afastar a concepção repressiva da função pedagógica. O adolescente é julgado e submetido a uma medida para a proteção da sociedade e para *ser protegido de si mesmo.*

O que perturba é também verificar que o ato infracional vem sendo interpretado como patologia e a medida sócio-educativa, conseqüentemente, como tratamento. De fato, se trata de uma *terapia política* através da "cura ou da amputação", pois não é novidade que o direito penal, com seu terrorífico arsenal de instrumentos de controle social, recai sobre os mais débeis.[16] E não porque cometam mais delitos, o que cada vez mais se demonstra em pesquisas e investigações, e sim porque a prática do sistema penal está orientada a castigar os pobres e deixar impunes outros setores, mesmo que causem danos mais graves.

## 3. O neomenorismo em direção a um Direito Penal juvenil máximo

Como se depreende das análises até aqui explicitadas, o funcionamento do Sistema de Justiça da Infância e Juventude, entendido como os procedimentos de investigação, julgamento, e execução de sanções a adolescentes revela uma concepção do poder punitivo como bem metajurídico. O Estado pedagogo, tutor (tutelar) ou terapeuta não encontra limites à sua intervenção, caracterizando aquilo que podemos chamar de Neomenorismo, ou ainda a legitimação de um direito penal juvenil máximo.

em meio aberto. E em fase de execução da medida de internação, é extremamente comum que argumente-se como precoce a desinternação em face do não arrependimento do adolescente.

16. BINDER, ALBERTO M. *De las Republicas Aéreas al Estado de derecho.* 1ª edição, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

As bases de sustentação deste modelo de controle social maximizado repousam justamente no não-reconhecimento de um direito penal juvenil. A medida sócio-educativa que assume a forma de tratamento deve se realizar a qualquer preço, não importa se com o auxílio do sacerdote ou do psiquiatra. Embora pareça contraditório, não é. O ocultamento do caráter penal das medidas sócio-educativas favorece sua imposição e execução sem as tradicionais limitações que incidiriam sobre o controle social formalizado, ou seja, sem os limites do direito penal do ato ou de culpabilidade.

Falar em Neomenorismo não é um recurso de retórica, é apontar que a imputabilidade por razão de idade tal qual vem sendo interpretada ainda hoje é o que permite a intervenção sobre o adolescente sem as mínimas garantias de contrapeso e contraditório.

Qualquer das posições mais predominantes sobre a adolescência, seja aquela que vê o adolescente infrator como culpável e perigoso e por isso torna-se lícito e necessário castigá-lo e reprimi-lo, seja a que o concebe como vítima de abandono social, e portanto objeto de proteção e correção resultam em mecanismos de reação estatal irracionais e arbitrários.

A falta de racionalidade das sanções e a inexistência de garantias deixam transparecer a contradição por todos nós já conhecida de que repressão e educação são incompatíveis. A única coisa que se pode esperar do cárcere é que seja o menos repressivo possível e portanto o menos deseducador possível. E se adotamos a vertente da *Teoria Social Emancipadora* descrita por Muñoz Conde, há ainda o desafio de que a pena, mais precisamente a privação de liberdade incida sobre os problemas que tenham favorecido a prática do delito e não sobre a personalidade do sujeito.[17]

Se nos aprofundamos na busca de soluções voltadas a diminuir as circunstâncias que podem haver contribuído para a prática de infrações por ado-

17. MUÑOZ CONDE, Francisco. HASSEMER, Winfried. *Introducción a la Criminologia.* Op. cit, p 346-347.

lescentes e mesmo por sua seleção pelo sistema de justiça, nos vemos frente a frente com o antagonista do Neomenorismo, é dizer com soluções alternativas e informais que evitem a estigmatização do jovem como delinqüente. Estamos falando dos mecanismos de desviação antes de chegar a solução jurídico-penal (*Diversion)* que compreendem desde a não-intervenção policial nos casos de bagatela até os programas de educação intensiva.

No sentido inverso, a preferência pela solução jurídico-penal produz além da estigmatização, aquilo que Jakobs admite como efeito secundário de cunho preventivo geral da pena. A pena pode impressionar de tal modo ao que sofre sua imposição como a terceiros, para que se abstenham de realizar fatos delitivos futuros. Tais efeitos são produzidos não pelo reconhecimento da norma, e sim por medo.[18] Neste aspecto parece haver imensa coincidência entre as propostas de redução da idade penal como instrumento de controle da delinqüência juvenil e as formulações do autor alemão, ambas fundadas no modelo da intimidação.[19]

Curiosamente, o próprio Jakobs define o Direito Penal Juvenil como o *reino da prevenção especial,* enfatizando que a eficácia do caráter preventivo geral deve ser acompanhada da prevenção especial, uma vez que a infração da norma pode ser entendida como sintoma de futuros delitos do próprio autor. Para ele, a situação de adolescentes inimputáveis encaixa-se perfeitamente neste esquema de um autor que ocupa uma posição especial, daí que o tratamento preventivo, traduzido pela adoção de medidas não punitivas (que no caso ideal não devem sequer ser experimentadas como um mal) é uma conseqüência preventiva conveniente.[20]

18. JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal – Parte General* – Libro I, Capitulo I, "La Punición Estatal".

19. Ver SPOSATO, Karyna Batista. *Pedagogia do Medo: adolescentes em conflito com a lei e as propostas de redução da idade penal.* In: CADERNOS ADENAUER – n. 06, ANO II, "As Caras da Juventude", São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

20. JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal – Parte General* – Libro I, Capitulo I, "La Punición Estatal".

Esta intensificação da função preventiva especial dirigida ao adolescente não foge do que já assinalava Liszt: correção do delinqüente suscetível de correção e que dela necessita, intimidação do delinqüente que não necessita de correção e inocuização do delinqüente não suscetível de correção. Tais funções no campo da Infância e Juventude são conhecidas por outros nomes, ainda que com mesmas finalidades: prevenção e vigilância, educação e adequação para o trabalho, recuperação e reabilitação, e repressão e contenção.

## 4. Para concluir

Apesar de afrontarem os princípios da liberdade, igualdade e democracia, as ideologias correcionais da prevenção especial marcam ainda a cultura penal como também muitos ordenamentos penais modernos de tipo liberal-democrático.

Dentre outros exemplos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no contexto brasileiro, constitui um reduto mórbido da ideologia correcional, presente em alguns dispositivos da lei e sobretudo na sua interpretação.

Se a forma como o sistema jurídico de controle social reage à criminalidade e em particular à criminalidade juvenil é um indicador do grau de desenvolvimento do sistema jurídico, andamos mal.

Hassemer discute que no bojo de um Moderno Direito Penal já não há a preocupação com uma resposta adequada ao passado e sim com a prevenção do futuro. Tanto a teoria como a práxis jurídico-penal transformam os modelos normativos em modelos empíricos, onde a função simbólica adquire maior relevância.[21]

Uma das características marcantes desta tendência simbólica reside nos *déficits* de realização. Não só as leis não funcionam como deveriam, como também sua aplicação produz conseqüências injustas e arbitrárias. Tais déficits resultam da

21. HASSEMER, Winfried. Crisis y Características del Moderno Derecho Penal. *Actualidad Penal*, n. 43/22, 1993.

utilização enérgica e desproporcionada dos instrumentos jurídico-penais, quando são em verdade inidôneos para resolvê-los e o que é pior, têm o condão de agravá-los ainda mais. Não parece necessário dizer que este padrão se vê refletido na crise de interpretação e implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Reconhecer a natureza penal das sanções sócio-educativas impostas aos adolescentes não implica evidentemente que a delinqüência juvenil possa se resolver exclusivamente a partir da teoria do direito penal. É apenas o ponto de partida para a construção de uma perspectiva jurídica, social e política ampla de enfrentamento da questão.

Enquanto negarmos a cela, a algema, o castigo, a sanção disciplinar, a contenção química, e seguirmos construindo celas, utilizando algemas, salas de observação e comissões de acompanhamento disciplinar, dentre outros instrumentos de repressão, estaremos acometidos de uma cegueira esquizofrênica. É preciso e urgente indagar: Até quando as garantias processuais penais não valerão aos adolescentes? Até quando a aplicação do ECA será correcional? Até quando comeremos gato por lebre?

## 5. Referências bibliográficas

BELOFF, Mary. Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos. *Revista Justicia y Derechos del Niño* – número 2, Buenos Aires: UNICEF, 2001.

BINDER, Alberto M. *De las Republicas Aéreas al Estado de derecho.* 1. edição, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal* Madrid: Editorial Trotta, 2004.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. Adolescentes y Sistema Penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Nino. *Revista Justicia y Derechos del Niño* – número 2, Buenos Aires: UNICEF, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoria del Garantismo Penal.* 4. edicción, Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui. (coords.) *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* Vol.1, Tomo 1, 6. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Crisis y Características del Moderno Derecho Penal.* IN: Actualidad Penal, n. 43/22, 1993.

JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal – Parte General* – Libro I, Capitulo I.

LECHNER, Norbert. *Los Pátios Interiores de la Democracia: Subjetividad y Política.* México/DF: Fondo de Cultura Econômica, 2. Edição, 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As Reformas da Parte Especial do Direito Penal Espanhol em 2003: da Tolerância Zero ao Direito penal do Inimigo. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas* – RECJ. 02.01.2005 – www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

_____; HASSEMER, Winfried. *Introducción a la Criminologia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

ROXIN, Claus. *CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN EM DERECHO PENAL.* Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p. 64.

SCHÜNEMANN, Bernd. "*La culpabilidad: estado de la cuestión*". En: SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-maria "ed." *Sobre el estado de la teoría del delito – Seminario en la Universidad Pompeu Fabra.* Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.

SPOSATO, Karyna Batista. Culpa e Castigo: Modernas Teorias da Culpabilidade e Limites ao Poder de Punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 56, setembro-outubro de 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Pedagogia do Medo: adolescentes em conflito com a lei e as propostas de redução da idade penal. *Cadernos adenauer* 06, ANO II, "As Caras da Juventude", São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y Castigar.* Madrid: Editorial Trotta. 1998.

WEBER, MAX. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.* Vol. 2. Brasília: Editora UnB, 1999

WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho Penal – estudios sobre el sistema de derecho penal – causalidad y acción.* Buenos Aires: Editorial B de F. Buenos Aires, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio, Raul. *Derecho Penal: parte general/*Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. 2. Edição. Buenos Aires: Ediar, 2002.

# A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa

Luís Greco

Mestre em Direito pela Universidade Ludwig Maximilians, de Munique; doutorando na mesma instituição; wissenschaftlicher Mitarbeitet junto à cátedra do Prof. Dr. Dr. h. c. Bernd Schünemann.

**Sumário:** 1. A íntima, mas difícil relação entre direito penal e administrativo na Lei de Crimes Ambientais – 2. Algumas precisões conceituais – 3. O problema jusfilosófico-constitucional: acessoriedade administrativa e princípio da legalidade – 4. Ato autorizativo ilícito – 5. Ato proibitivo ilícito – 6. Comportamento passível de ato autorizativo, mas não autorizado – 7. Tolerância pela administração – 8. Normas construídas sem remissão ao direito administrativo118 – 9. Síntese.

**Resumo:** O autor examina os vários problemas de caráter político, jusfilosófico-constitucional e dogmático decorrentes da existência de remissões ao direito administrativo nas normas penais ambientais, expondo criticamente as diversas posições do intenso debate doutrinário internacional.

**Palavras-chave:** Direito Penal Ambiental – Crime ambiental – Delito ecológico – Acessoriedade administrativa.

# 1. A íntima, mas difícil relação entre direito penal e administrativo na Lei de Crimes Ambientais

Está claro que, em razão da importância do meio ambiente não só como conjunto de pressupostos da vida humana, como também da vida no planeta como um todo,[1] impõe-se ao estado o dever de preservá-lo e protegê-lo. E está claro, também, que na estratégia global de tutela ao meio ambiente que o estado tem de desenvolver, o primado é do direito administrativo, com sua rede de decretos e portarias, licenças, permissões e autorizações, cabendo ao direito penal apenas um papel flanqueador, acessório, subsidiário.[2] Diga-se de passagem que a questão preliminar, referente a se a proteção do meio ambiente sequer deva ser tarefa do direito penal, não será objeto do presente estudo.[3] Os bens jurídicos ambien-

1. Com isso, abro uma brecha na abordagem exclusivamente antropocêntrica do conceito de meio ambiente (defendido pela doutrina dominante: cf. *Rogall*, Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts, in: Festschrift die Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln, Köln etc., 1988, p. 505 e ss. [p. 513]; *Bloy*, Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutes, in: ZStW 100 [1988], p. 485 e ss. [p. 496]; Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik – Zukunftsperspektiven, in: JuS 1997, p. 577 e ss. [p. 579-580]; *Kuhlen*, Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, in: ZStW 105 [1993], p. 697 e ss. [p. 705]; de opinião diversa, entendendo que o bem jurídico ao menos de alguns crimes ambientais é o meio ambiente tal como entendido digno de proteção pelos órgãos administrativos, *Papier*, Zur Disharmonie zwischen verwaltungs – und strafrechtlichen Bewertungsmaßstäben im Gewässerstrafrecht, in: NuR 8 [1986], p. 1 e ss. [p. 2]; relativizando, a meu ver indevidamente, a importância da discussão, *Rengier*, Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltsstrafrecht, in: NJW 1990, p. 2506 e ss. [p. 2.514]), levando adiante a concepção formulada no meu estudo Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato, in: RBCC 49 (2004), p. 89 e ss. (p. 110 e ss.), no sentido de que a proteção penal de animais se faz em nome do valor intrínseco dos mesmos, e não de qualquer utilidade para o homem.

2. Sobre o primado do direito administrativo na proteção do meio ambiente, cf. *Rudolphi*, Primat des Strafrechts im Umweltschutz?, in: NStZ 1984, p. 196 e ss., p. 248 e ss.; sobre o caráter subsidiário do direito penal em geral, cf. *Paulo Queiroz*, Do caráter subsidiário do direito penal, Belo Horizonte, 1998, passim.

3. Respondendo a esta pergunta em sentido positivo, por ex., *Schünemann*, Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltsstrafrechts, in: Schmoller (ed.), Festschrift für Triffterer, Wien, 1996, p. 437 e ss.; *Heine*, Zur Rolle des strafrechtlichen Umweltschutzes, in: ZStW 101 (1989), p. 722 e ss. (p. 753 e ss.); *Schall*, Möglichkeiten und Grenzen eines verbesserten Umweltschutzes durch das Strafrecht, in: wistra 1992, p. 1 e ss. (p. 2 e ss.); *Milaré*, A nova tutela penal do ambiente, in: Revista de Direito Ambiental 16 (1999), p. 90 e ss.; *Ana Paula Cruz*, A importância da tutela penal

tais – pureza das águas e do ar, vitalidade das florestas, flora e fauna, e mesmo o patrimônio paisagístico ou cultural – já eram objeto da tutela do direito administrativo, antes do advento da lei penal. Esta situação faz com que o Direito Penal Ambiental contenha vasto número de dispositivos que parecem proibir não qualquer lesão ao bem ambiental protegido, mas somente aquela praticada também em *contrariedade ao direito administrativo*.

Como *exemplos* poderíamos mencionar, na Lei 9.605/98, entre outros, o art. 29, referido à caça ("Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, *sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida*"); o art. 30 ("exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, *sem a autorização da autoridade ambiental competente*"); o art. 34, referido à pesca: ("Pescar em período no qual a pesca *seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente*"); a proteção a florestas fornecida pelo art. 39 ("Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, *sem permissão da autoridade competente*"); a proteção do patrimônio cultural ou paisagístico consagrada no art. art. 63 ("Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, *sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida*").

É verdade que nem todos os tipos da Lei 9.605/98 são assim construídos: por exemplo, o art. 32, que prevê o crime de maus-tratos a animais e condutas similares ("praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos"); o art. 33 ("pro-

do meio ambiente, in: *Revista de Direito Ambiental* 31 (2003), p. 58 e ss.; em sentido negativo, *Müller-Tuckfeld*, Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt a. M., 1995, p. 461 e ss.; *Dani Rudnicki/Salo de Carvalho*, Perspectiva minimalista da tutela do meio ambiente, in: Tubenchlak (ed.), Doutrina 1, Rio de Janeiro, 1996, p. 320 e ss.; *Paulo Mendes*, Vale a pena o direito penal do ambiente?, Lisboa, 2000, p. 177 e ss.; *Mello Jorge Silveira*, *Direito penal supra-individual*, São Paulo, 2003, p. 134 e ss.

vocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras"); o art. 54 ("causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora"); o art. 61 ("disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas"). Nestes dispositivos colocam-se problemas um tanto diversos dos dos crimes que fazem direta referência ao direito administrativo, de maneira que deles só trataremos incidentalmente, ao final do presente estudo.[4]

A existência de normas que fazem referência direta ao direito administrativo – o que, diga-se de passagem, não é uma exclusividade do direito penal ambiental, mas também ocorre sobremaneira no direito penal econômico[5] – coloca uma *série de problemas*, tanto de natureza política geral, quanto de caráter especificamente jurídico. Aqueles serão apenas mencionados no curso da presente introdução; já estes constituirão o objeto do trabalho que o leitor tem em mãos.

Os *problemas políticos em geral* decorrentes desta dependência do direito penal ambiental em relação ao direito administrativo são, principalmente, dois. O primeiro deles é a inevitável *tensão que surge entre um direito penal, preponderantemente movido pela lógica da legalidade, e um direito administrativo em que existem muito mais espaços de oportunidade e discricionariedade.*[6] Imagine-se uma empresa

4. Cf. abaixo VIII.

5. Vide, por ex., os delitos do art. 7.º, I e IV e do art. 16 da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86).

6. Assim também *Horn*, Umweltschutz-Strafrecht: eine After-Disziplin?, in: UPR 1983, p. 362 e ss. (p. 363): "Quando a norma penal diz: 'você não deve poluir águas' e a disposição do órgão administrativo reza: 'você pode poluir águas ainda no máximo por um ano (até construir a estação de tratamento)', surge uma contradição que necessita de uma solução"; *Samson*, Konflikte zwischen öffentlichen und strafrechtlichem Umweltschutz, JZ 1988, p. 800 e ss. (p. 802 e ss.); *Heine*, Verwaltungsakzessorietät des Umweltsstrafrechts, in: NJW 1990, p. 2425 e ss. (p. 2427, p. 2433); *Breuer*, Verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Umweltschutz, em: JZ 1994, p. 1077 e ss. (p. 1085).

madeireira com algumas centenas de empregados, cuja permissão para cortar árvores em floresta de preservação permanente (art. 29, Lei 9.605/98) esteja a ponto de expirar, que entra com requerimento de renovação junto à autoridade competente. O prazo expira, a autoridade não reage a tempo, mas acaba, seguindo a orientação pró-verde do governo, por negar a permissão três meses depois. A empresa interpõe recurso à autoridade superior, nesse meio tempo há uma mudança no governo, agora pró-desenvolvimento, com o que a permissão acaba sendo concedida depois de outros três meses. Durante todo este interregno de seis meses, a empresa prosseguiu em suas atividades sem a permissão.[7] Pode-se, num tal caso, punir o empresário pelo crime do art. 29 em razão das atividades de corte de árvores dos referidos seis meses? As considerações que interferem na decisão administrativa de conceder ou negar uma permissão têm natureza muito mais flexível e ampla do que as que interferem no juízo penal a respeito da ilicitude de um fato. A partir do momento em que o rígido juízo de ilicitude penal depende da flexível decisão sobre a ilicitude administrativa, surgem conflitos de nem sempre fácil resolução.

O segundo problema é de caráter mais amplo. Internacionalmente, é quase lugar comum reclamar da *ineficiência do direito penal ambiental* na proteção do meio ambiente, crítica de que em Portugal foi porta-voz Paulo de Sousa Mendes e que no Brasil encontrou eco em especial no estudo de Renato Silveira.[8] Diz-se, em geral, que a maioria das lesões ao ambiente continua a ocorrer de modo plenamente legal, que poucos são os casos em que há qualquer condenação, e que quando tal ocorre, trata-se em geral de crimes de bagatela ou que gerem grande comoção pública, mas de significado global mínimo face às dimensões da destruição conforme à lei. Pois bem: a dependência da proibição

7. Exemplo inspirado no de *Samson*, Konflikte..., p. 802.

8. *Mello Jorge Silveira*, Direito penal..., p. 134 e ss.; *Paulo Mendes*, Vale a pena..., p. 177-178; na Alemanha vide por ex. *Geulen*, Grundlegende Neuregelung des Umweltstrafrechts, in: ZRP 1988, p. 323 e ss. (p. 323), além dos trabalhos críticos mencionados à nota 3.

penal do direito administrativa é, por muitos autores, considerada a causa número um deste estado de coisas, pois ela significa, na prática, que se entrega a tutela penal do meio ambiente à disposição das autoridades administrativas, diante de cuja negligência o direito penal muitos vezes se verá forçado a capitular.[9] Basta, por ex., uma administração tolerante na concessão de permissões para corte de árvores em floresta de preservação permanente e o direito penal já se verá impedido de entrar em cena.[10]

Foram estes os dois problemas políticos de caráter mais geral. Como dito, não serão eles o núcleo do presente trabalho, que se dedicará principalmente a *problemas de natureza jurídico-dogmática*, que se colocam em número bem maior e apresentam não menor dificuldade ou relevância.

O primeiro e mais evidente diz respeito ao *princípio da legalidade*: será que leis penais que entregam à administração, ao poder executivo, a competência para definir que condutas estão definitivamente proibidas, não violam o princípio da legalidade, a separação de poderes (abaixo 3)?

9. *Dölling*, Umweltstraftat und Verwaltungsrecht, em: JZ 1985, p. 461 e ss. (p. 469); *Geulen*, Grundlegende Neuregelung..., p. 323; *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., p. 508; *Bloy*, Straftaten..., p. 503; Umweltstrafrecht..., p. 585; *Schall*, Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit, in: NJW 1990, p. 1263 e ss. (pp. 1265-1266: o ponto nevrálgico seria a acessoriedade ao ato administrativo concreto, conceito que veremos a seguir; cf. também *Schall*, Möglichkeiten..., p. 5, onde o autor propõe a eliminação desta forma de acessoriedade administrativa *de lege ferenda*); bastante crítico também *Reale Jr.*, A lei de crimes ambientais, Revista Forense 345 (1999), p. 121 e ss. (p. 121 e 126); *Müller-Tuckfeld*, Traktat..., p. 468.

Contra, defendendo a acessoriedade administrativa, *Hüper*, Spannungsverhältnis Umweltstrafrecht – Umweltverwaltungsrecht?, in: Ostendorf (ed.), Festschrift für die Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, Köln etc., 1992, p. 371 e ss. (p. 373); *Tiedemann/Kindhäuser*, Umweltstrafrecht..., p. 344; *Breuer*, Verwaltungsrechtlicher..., p. 1083; *Kindhäuser*, Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstraftrechts, in: Letzgus el ali (eds.), Festschrift für Helmrich, München, 1994, p. 969 e ss. (p. 980).

10. Além dos autores anteriormente citados, cf. também *Horn*, Umweltschutz-Strafrecht..., p. 363; *Kühl*, Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht, em: Küper (ed.); Festschrift für Lackner, Berlin etc., 1987, p. 815 e ss. (p. 857). Uma saída para este problema seria a punição da própria autoridade negligente, mas esta nem sempre parece possível. Mais detalhes a respeito na continuidade do texto e abaixo, X.

O segundo problema diz respeito aos efeitos da concessão de um *ato autorizativo (licença, permissão, autorização) que se encontre porém viciado de alguma ilegalidade*. Aquele que age acobertado por uma licença nula comete a ação descrita num tipo que arrole entre os seus requisitos a falta do ato autorizativo (abaixo, 4)?

O terceiro problema se refere não mais a atos benéficos eivados de ilegalidade, e sim a atos proibitivos que padeçam do mesmo problema. O particular que viola proibição administrativa nula realiza a ação descrita num que considere punível a violação de uma proibição administrativa qualquer (abaixo 5)?

O quarto problema é o inverso dos dois que acabamos de mencionar. O que será do particular que não dispõe do ato autorizativo, mas que pratica um comportamento em tamanho acordo com as exigências da administração, de modo a *fazer jus ao ato, apesar de não o deter*? Deve este particular ser ainda assim punido pela conduta inócua para o bem ambiental, mas contrária aos interesses da administração (abaixo, 6)?

O quinto problema se coloca nos casos em que a autoridade competente não chega a emitir um ato autorizativo formal, mas se limita, informalmente, a tolerar o comportamento do particular, tal como se tivesse ele sido objeto desta. Esta *tolerância informal de um comportamento* pode ter alguma eficácia no que se refere ao injusto dos delitos estruturados de modo dependente do direito administrativo (abaixo, 7)?

Teremos de perguntar – como sexto problema – se e, em caso afirmativo, de que maneira o direito administrativo pode ter relevância face a *tipos penais que não fazem qualquer referência expressa ao direito administrativo*. Será que de fato o tipo do crime de poluição (art. 54, Lei 9.605/98, acima mencionado) dispensa de fato todo e qualquer recurso a atos da administração para que se determine o conteúdo do proibido?

Por motivos de espaço, deixaremos de tratar de duas questões correlatas de suma importância, a saber, da *distinção entre erro de tipo e erro de proibição* face a remissões e a *responsabilidade do funcionário público* por violação de seus deveres

para com o meio ambiente. O presente artigo visa menos solucionar estes problemas do que apontar para a sua existência e para a necessidade de debatê-los com mais cuidado. A nossa doutrina – talvez por ter se dedicado primariamente à ingrata, mas mais urgente tarefa de interpretar de modo minimamente racional uma lei tosca, irrefletida e autoritária[11] – pouco pôde dedicar-se a estes problemas. É no intuito de abrir este novo campo de reflexão que escrevo as presentes linhas.

## 2. Algumas precisões conceituais

Antes de adentrarmos a análise dos problemas apontados, é aconselhável proceder a certas precisões conceituais. A dependência do Direito Penal em relação ao Direito Administrativo é comumente chamada de *acessoriedade administrativa*. Essa dependência pode, entretanto, configurar-se de diferentes maneiras. Importam-nos sobretudo as três que vamos agora distinguir, o que não significa que não se possa falar em outras, relevantes para problemas diversos daqueles que nos dispusemos a tratar.[12]

A primeira forma de dependência do direito penal face ao administrativo é a chamada *acessoriedade conceitual*, que se dá quando a lei penal toma emprestado conceitos do direito administrativo, empregando-os no sentido que lhes atribui este.[13] Por exemplo, os arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98 falam em "florestas de preservação permanente", termo esse que é definido por um diploma adminis-

11. Cf. aqui a justa avaliação de *Reale Jr.*, A lei de crimes ambientais..., p. 127: "lei penal ditatorial".

12. Por ex., as esboçadas por *Rengier*, im Strafrecht, in: ZStW 101 (1989), p. 874 e ss. (p. 890); por *Heine*, Zur Rolle..., p. 728 e ss.; Verwaltungsakzessorietät..., p. 2426 e ss.; e *Tiedemann/Kindhäuser*, Umweltstrafrecht..., p. 342; *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar, 11. edição, Berlin etc., 1994, Vor § 32 nm. 162; *Rogall*, Die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts – Alte Streitfragen, neues Recht, in: GA 1995, p. 299 e ss. (p. 304 e ss.). Cf. ademais *Bloy*, Umweltstrafrecht..., p. 584 nota 87; *Rogall*, Verwaltungsakzessorietät..., p. 303.

13. *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., p. 522; Verwaltungsakzessorietät..., p. 302; *Schall*, Umweltschutz..., p. 1265; *Otto*, Grundsätzliche Problemstellung des Umweltsstrafrechts, in: Jura 1996, p. 308 e ss. (p. 309).

trativo, o Código Florestal (Lei 4.771/65), em seus arts. 2.º e 3.º.[14] A doutrina considera pouco problemática esta forma de acessoriedade e em geral apenas releva que nem sempre que a lei penal utilize as mesmas palavras que constem de norma administrativa lhes estará conferindo idêntico sentido, o que dependerá, isso sim, das finalidades da própria norma penal.[15] Observe-se, porém, que algumas vezes uma acessoriedade conceitual esconde um outro tipo de acessoriedade dentre as que veremos a seguir, herdando, em tais casos, os mesmos problemas que se apresentam nessas sedes.[16]

A doutrina aponta para duas outras formas de acessoriedade administrativa. Imaginemos que a norma penal faça remissão não a um conceito, mas a um ato administrativo de alcance concreto (como uma licença, permissão, autorização). Tais hipóteses são chamadas pela doutrina alemã de *acessoriedade ao ato administrativo (Verwaltungsaksakzessorietät)*.[17] A elas contrapõem-se os casos da denominada *acessoriedade ao direito administrativo* (*Verwaltungsrechtsakzessorietät*), que se caracterizam pelo fato de que a remissão é feita a uma norma administrativa, isto é, a uma lei ou ato normativo (decreto, resolução, portaria) dotado de alcance geral, cuja violação é pressuposto do ilícito penal.[18] Esta terminologia

14. Sobre este conceito, cf. *Regis Prado*, Direito Penal do Ambiente, São Paulo, 2005, p. 304 e ss.; *Bugalho*, Tutela penal das florestas e demais formas de vegetação consideradas de preservação permanente, in: Revista de Direito Ambiental 25 (2002), p. 152 e ss. (p. 156 e ss.).

15. Cf. as referências da nota anterior e *Rogall*, Verwaltungsakzessorietät..., p. 305.

16. Tal é o caso já na definição de floresta de preservação permanente, cujo alcance em parte é determinado por atos da autoridade competente (Código Florestal, art. 3.º).

17. *Kühl*, Probleme..., p. 834; *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., p. 522; Verwaltungsakzessorietät..., p. 303; *Heine*, Zur Rolle..., p. 731; *Otto*, Grundsätzliche Problemstellung..., p. 311; *Ossenbühl*, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, in: DVBl. 1990, p. 963 e ss. (p. 972); *Bloy*, Umweltstrafrecht..., p. 585; *Paeffgen*, Verwaltungsakt-Akzessorietät im Umweltstrafrecht, in: Dencker et ali (eds.), Festschrift für Stree und Wessels, Heidelberg, 1993, p. 587 e ss. (p. 587); *Breuer*, Konflikte zwischen Verwaltung und Strafverfolgung, in: DöV 1987, p. 169 e ss. (p. 177); Verwaltungsrechtlicher..., p. 1083; *Rühl*, Grundfragen der Verwaltungsakzessorietät, in: JuS 1999, p. 521 e ss. (p. 521);

18. *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., p. 522; Verwaltungsakzessorietät..., p. 302; *Heine*, Zur Rolle..., p. 731; *Otto*, Grundsätzliche Problemstellung..., p. 310; *Ossenbühl*, Verwaltungsrecht...,

alemã, que contrapõe acessoriedade ao ato administrativo, de um lado, à acessoriedade ao direito administrativo, de outro, é pouco apropriada face ao direito brasileiro, que, a contrário do alemão, compreende no conceito de ato administrativo não só o ato individual, mas também o de alcance geral.[19] Por isso, para evitar confusões desnecessárias, sugiro que falemos, no Brasil, em *acessoriedade ao ato administrativo individual*, contraposta à *acessoriedade ao ato administrativo geral*. Será esta a terminologia a que me aterei no presente trabalho. Exemplo de acessoriedade ao ato administrativo geral seria o art. 38 da Lei 9.605/98, que criminaliza a conduta de "utilizar" floresta de preservação permanente "com infringência das normas de proteção". Exemplo de acessoriedade ao ato administrativo individual nos é dado pelo art. 39 da Lei 9.605/98: "Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, *sem permissão da autoridade competente*".

Antes de prosseguirmos, dois esclarecimentos. O primeiro é de natureza terminológica. A nossa doutrina do Direito Administrativo distingue, tradicionalmente, três espécies de atos administrativos individuais benéficos ao particular, a saber, a *licença, a autorização e a permissão*. Por licença entende-se um ato administrativo vinculado e definitivo, que faculta ao particular o exercício de uma atividade antes vedada;[20] a autorização seria o ato administrativo discricionário e precário pelo qual se faculta ao particular o exercício de certa atividade de seu interesse;[21] e a permissão, o ato administrativo discricionário e precário pelo qual se faculta ao particular o exercício de atividade de interesse público.[22] Há boas razões, contudo, para que neste trabalho se empregue apenas o conceito genérico de *ato autorizativo*, e

p. 972; *Bloy*, Umweltstrafrecht..., p. 584; *Breuer*, Verwaltungsrechtlicher..., p. 1083; Konflikte..., p. 177; *Rühl*, Grundfragen..., p.522;

19. Cf. o § 35 da Verwaltungsverfahrensgesetz (Lei do Procedimento Administrativo), que define o conceito de ato administrativo; a respeito *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3a edição, Köln etc., 2003, nm. 308 e ss.

20. *Lopes Meirelles*, Direito administrativo brasileiro, 14. edição, São Paulo, 1989, p. 163.

21. *Lopes Meirelles*, Direito administrativo..., p. 164.

22. *Lopes Meirelles*, Direito administrativo..., p. 164.

não se atente aos detalhes da diferenciação entre licença, permissão e autorização. Primeiramente, nem sempre a lei se atém ao rigor técnico, usando por vezes sem maiores preocupações um termo, onde pareceria mais adequada sua substituição por outro. Além disso, e é esta a consideração decisiva, o tratamento de um problema qualquer e a determinação de quais são os direitos do particular face à administração não pode ficar a depender da denominação que se resolva dar ao ato que o beneficia, mas sim de considerações materiais de ordem bem diversa, que são perdidas de vista tão logo se reduza o problema a uma questão de denominação.

O segundo esclarecimento terá caráter mais geral. Ele alude à *problemática de recorrer ao direito penal alemão para tratar de um tema que se situa num ponto de cruzamento entre direito penal e direito administrativo*. Enquanto o nosso direito penal é fortemente influenciado pelo direito alemão, não se pode dizer o mesmo do direito administrativo. Além disso, a parte geral do direito administrativo alemão está extensamente regulada em leis processuais administrativas,[23] de modo que vários dos conceitos básicos do direito administrativo alemão encontram-se legalmente definidos. Vimos acima o exemplo do conceito de ato administrativo, que não corresponde àquilo que nós, no Brasil, entendemos por esse termo. É muito comum que não haja correspondência exata entre o termo alemão e àquilo que mais diretamente se insinuaria como a tradução direta. Nestes casos, adotarei o seguinte procedimento: traduzirei o termo alemão não literalmente, e sim com a nomenclatura que ele receberia se a nossa doutrina dominante do direito administrativo fosse designar um fenômeno jurídico de tais características. Por exemplo, mais adiante falaremos de *Nichtigkeit* do ato administrativo. A tradução que se sugere de modo imediato é nulidade. Mas segundo a maior parte da doutrina do direito administrativo brasileiro, no direito administrativo ato nulo é todo ato que apresenta uma ilegalidade,[24] e isso os alemães não chamam de ato

23. A principal delas é a já citada VwVfG (cf. nota 19).

24. Cf. por todos *Lopes Meirelles*, Direito administrativo..., p. 180 e ss.

dotado de uma *Nichtigkeit*, e sim de simples *Rechtswidrigkeit*.[25] O conceito de *Nichtigkeit* é definido legalmente no § 44 I da VwVfG, nos seguintes termos: "*Nichtig* é o ato administrativo que padeça de um defeito grave, sendo isso evidente à luz de uma consideração razoável de todas as circunstâncias do caso". Por isso, a tradução mais adequada de *Nichtigkeit* será nulidade manifesta. Noutros casos, o direito administrativo alemão criou figuras que dificilmente poderíamos descrever de modo preciso valendo-nos apenas da terminologia que conhecemos. Em tais situações, tomei a liberdade de introduzir novos termos na discussão. Um exemplo será a figura alemã da *Duldung*, que se refere aos casos em que a administração não atua para impedir um ato ilícito do particular de que tem conhecimento, mas o tolera.[26] Traduzirei este termo por tolerância, apesar de desconhecer a existência no nosso direito administrativo de conceito que designe tal atitude da administração.

## 3. O problema jusfilosófico-constitucional: acessoriedade administrativa e princípio da legalidade

A questão mais urgente colocada por remissões de normas penais a normas ou atos administrativos individuais diz respeito ao princípio da legalidade. Este tem por conteúdo a exigência de que apenas a lei defina que comportamentos são puníveis.[27] Não estaria o legislador, por meio de tais remissões, relegando à administração a competência para definir que comportamentos são puníveis, com isso furtando-se a seus deveres e violando o princípio da legalidade?

A esta pergunta confere a doutrina majoritária uma resposta diferenciada, se bem que não o suficiente. Costuma-se dizer que a acessoriedade conceitual e a acessoriedade ao ato administrativo geral não colocam problemas em relação ao

25. *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht..., nm. 606/607.

26. Sobre esta figura, cf. abaixo VII.

27. Sobre este princípio mais aprofundadamente *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, Berlin/New York, 1978, passim; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. I, 3.. edição, München, 1997, § 5 nm. 2 e ss.

princípio da legalidade; estes se apresentariam tão somente nas hipóteses de *acessoriedade ao ato administrativo individual*, porque aqui se estaria conferindo a um funcionário qualquer o poder de declarar punível determinada conduta.[28] A rigor, parece-me que também a acessoriedade ao ato administrativo geral pode ser problemática, sempre que a norma administrativa a que a norma penal remete não seja lei – mais especificamente, em nosso sistema, em que o direito penal é de exclusiva competência da União: lei federal. Afinal, também nestas hipóteses não é o parlamento quem tem a palavra final sobre a punibilidade de uma conduta. Se nos casos de acessoriedade ao ato administrativo individual o problema é ainda mais agudo, pior ainda para estes casos, o que de maneira alguma significa uma reabilitação dos casos de *acessoriedade ao ato administrativo geral não-legal e de remissões a leis não federais*.[29] E também a *acessoriedade conceitual* pode ser problemática, se a fixação do conteúdo do conceito é feita por ato administrativo infra-legal ou por atos administrativos concretos: um exemplo é o conceito de floresta de preservação permanente, acima mencionado, que integra os crimes dos arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98. Este conceito decorre do Código Florestal, lei federal, que só o define, contudo, parcialmente, delegando ao executivo a função de fixar o restante de seu conteúdo (art. 3.º da Lei 4.771/65). Enfim: apenas nas hipóteses em que a dependência do direito penal diz respeito a direito administrativo legislado (federal) inexistem problemas no que se refere à compatibilidade com o princípio *nullum crimen*.[30]

28. *Schall*, Umweltschutz..., p. 1.266; Möglichkeiten..., p. 4; *Schünemann*, Zur Dogmatik..., p. 443-444, que considera a acessoriedade ao ato administrativo individual inconstitucional.

29. Fundamentalmente no sentido do texto *Otto*, Grundsätzliche Problemstellung..., p. 310; *Kühl*, Probleme..., p. 827 e ss.; *Bergmann*, Zur Strafbewehrung verwaltungsrechtlicher Pflichten im Umweltstrafrecht, dargestellt an § 325 StGB, Frankfurt a. M., 1993, p. 26.

30. Mais especificadamente, sob o aspecto da separação de poderes. É claro que qualquer remissão, mesmo que a outra lei, já reduz a clareza da tipificação e já gera problemas relativos a outro aspecto do princípio, a saber, ao mandato de determinação (nullum crimen, nulla poena sine lege *certa* – sobre esta dimensão do princípio da legalidade, cf. *Roxin*, Strafrecht vol. I..., § 5 nm. 11, nm. 67 e ss.).

Como resolver esta aparente incompatibilidade? A nossa doutrina, no geral, sequer observou o problema. Entre as raras exceções mencionem-se David Rudnick, Salo de Carvalho, Rogério Greco, Paulo Queiroz, e, em Portugal, Paulo Mendes, que se posicionam radicalmente no sentido da inconstitucionalidade de leis penais em branco,[31] e Pablo Alflen, que dedicou sua tese de mestrado ao tema.[32] A *opinião dominante*, arrimada em especial em decisões de prestigiosos tribunais constitucionais, como o alemão, o espanhol, americano e o italiano[33] considera admissíveis remissões a sedes não-legais, desde que o *núcleo fundamental* da proibição seja fixado pelo legislador.[34] Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão: "Os pressupostos da punibilidade e a espécie de pena devem ser previsíveis para o cidadão já com base na lei, e não apenas com base no decreto dela decorrente".[35] O legislador teria o dever de ser tão mais preciso, quanto mais severa a pena cominada. Especialmente para evitar um casuísmo

31. *Rudnick/Carvalho*, Perspectiva minimalista..., p. 325; *Rogério Greco*, Curso de direito penal, Parte Geral, 5. edição, Niterói, 2005, p. 24-25; *Queiroz*, Direito Penal, Parte Geral, 2. edição, São Paulo, 2005, p. 31 (estes dois autores mencionam também trabalho de André Copetti, a que não tive acesso); *Paulo Mendes*, Vale a pena..., p. 156. Dúvidas também em *Nelson Bugalho*, Tutela penal..., p. 163.

32. *Pablo Alflen da Silva*, Leis penais em branco e o direito penal do risco, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, especialmente p. 131 e ss., p. 192-193.

33. Cf. as referências em *Heine*, Verwaltungsakzessorietät..., p. 2.429, nota 41.

34. *Otto*, Grundsätzliche Problemstellung..., p. 310; *Breuer*, Konflikte..., p. 180; *Leme Machado*, Da poluição e de outros crimes ambientais na lei 9.605/98, em: Revista de Direito Ambiental 14 (1999), p. 9 e ss. (p. 10); Regis Prado, *Direito Penal do Ambiente*..., p. 97; similar, *Alflen*, Leis penais..., p. 192-193. Outros, como *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., p. 523, resolvem o problema através da mera afirmação de que não há alternativa à acessoriedade administrativa em suas diversas formas. Já *Lohberger*, Blankettstrafrecht und Grundgesetz, Diss. München, 1968, p. 113 e ss. que dedicou ao tema pioneira monografia, propõe solução diferenciada segundo a espécie de norma em branco. José Roberto *Marques*, Tutela penal em face da poluição do ar, in: Revista de Direito Ambiental 18 (2000), p. 80 e ss. (p. 120 e ss.) e *Sirvinkas*, Meio ambiente: ainda sobre normas penais em branco e bem jurídico tutelado nos crimes ambientais, in: Revista Jurídica 261 (1999), p. 60 e ss., defendem incondicionalmente a utilização de normas em branco, sem contudo se referirem à jurisprudência das cortes européias.

35. BVerfGE 75 (1988), p. 329 e ss. (p. 342); cf. também BVerfGE 78 (1991), p. 374 e ss. (p. 381 e ss.).

excessivamente inflexível pode o legislador delegar ao executivo a tarefa de especificar detalhes da proibição.[36]

Esta solução apresenta dois defeitos.[37] O primeiro deles é a sua *evidente indeterminação.*[38] Que significam, aqui, os "pressupostos da punibilidade", que devem ser reconhecíveis já a partir da própria lei? É óbvio que o Tribunal não está exigindo que tudo de que dependa a punição seja legalmente fixado, doutro modo acabaria considerando *in totum* ilegítimas as remissões do legislador a atos de outros poderes. O Tribunal não menciona qualquer critério para distinguir quais pressupostos de punibilidade necessitam de fixação legislativa, quais não – com o que, na verdade, deixa de resolver o problema.

O segundo defeito é de natureza substancial: ele diz respeito a que o Tribunal Constitucional alemão, com suas considerações quantitativas (tanto mais precisão quanto maior a pena) e de utilidade (evitar casuísmo e inflexibilidade na lei), a rigor transformou o problema numa *questão de ponderação.* Tal implica, contudo, num desconhecimento da natureza do princípio da legalidade, que não é apenas um "mandato de optimização",[39] algo ponderável, que se justifica por conseqüências positivas e só na medida em que seja capaz de produzi-las, e sim, em seu núcleo, uma *barreira deontológica*, uma proibição absoluta que o estado simplesmente não tem o direito de desrespeitar, pouco importando que resultados positivos daí derivem.[40] Pode até ser verdadeiro que o legislador deva esforçar-se por ser tanto mais preciso quanto mais severa a pena que comina ao comportamento proibido, mas essas considerações quantitativas se referem apenas

36. BVerfGE 75 (1988), p. 342-343.

37. Crítica radical à postura do tribunal alemão em *Paulo Mendes,* Vale a pena..., p. 155.

38. Assim também *Kühl,* Probleme..., p. 833.

39. Sobre este conceito, cf. *Alexy,* Theorie de Grundrechte, Frankfurt a. M., 1986, p. 75 e ss.

40. Sobre o conceito de barreira deontológica, cf. minha ainda inacabada tese de doutorado sobre Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie (O vivo e o morto na teoria da pena de Feuerbach), B.

àquilo que poderíamos chamar de a periferia do princípio. Ainda que se comine pena levíssima, só o fato de se estar cominando uma pena, só o fato de se tratar da punição estatal, já impõe que se atenda ao núcleo do princípio da legalidade, núcleo esse que não pode ser fixado através de considerações quantitativas ou de ponderação. Este núcleo decorre, a rigor, de considerações apriorísticas, isto é, livres de qualquer dado da experiência, portanto fundadas na própria razão prática,[41] nas quais, contudo, não poderemos adentrar nos limites deste trabalho.

Do exposto já se torna evidente qual o caminho correto a ser seguido, e o porquê de não o podermos fazer no presente estudo. A real solução do problema da legitimidade das leis penais que fazem remissão a fontes não-legais depende de uma precisão apriorística do conteúdo do princípio da legalidade, o que por sua vez dependeria de um desenvolvimento de toda uma epistemologia do direito penal do estado de direito, que aqui não podemos desenvolver. Como plano B, recorremos nesta sede a uma *argumentação analógica*: partiremos de casos em que, indubitavelmente, estão satisfeitas as exigências do princípio da legalidade, e veremos em que medida os casos problemáticos dele se afastam ou a eles se assemelham. Tal argumentação, sublinhe-se, é de valor sobretudo pragmático. A sua validade definitiva dependeria da fundamentação apriorística que acabo de mencionar. Mas na qualidade de juristas confrontados com problemas reais e urgentes, temos o direito e o dever de tentar resolvê-los ainda que não disponhamos dos fundamentos últimos dos argumentos que propusermos.

Como dito, procederemos analogicamente, partindo de tipos que não apresentam qualquer problema referido ao princípio da legalidade. Mencionemos apenas o *homicídio*. A descrição legislativa é lacônica e precisa: "matar alguém". Ainda assim, sabemos hoje que por trás destas duas simples palavras esconde-se uma série de complicações. Nem estou me referindo à determinação dos objetos da ação, isto é, do "alguém", do momento em que alguém se torna uma pessoa e

41. Cf. o trabalho mencionado na nota anterior.

do momento em que se deixa de sê-lo.[42] Refiro-me já à descrição da própria conduta proibida. Hoje é lugar comum que o direito penal não proíbe causações, mas tão-somente ações que criem riscos para bens jurídicos protegidos;[43] e que nem toda ação arriscada é proibida, mas tão-somente aquelas que criem riscos intoleráveis.[44] A determinação quanto a se o risco criado por uma ação é ou não tolerável, é ou não um *risco permitido*, se faz levando em conta uma série de critérios, e a doutrina arrola entre o primeiro deles as normas de cuidado de caráter jurídico, lá onde elas existirem.[45] Ocorre que estas normas nem sempre têm hierarquia de lei – muitas vezes, tratam-se elas de meros atos normativos administrativos, ou mesmo de atos administrativos concretos. Por exemplo, a existência de uma placa fixando limites de velocidade numa determinada rua ou de uma placa que concede a quem vem de determinada pista a preferência no cruzamento são atos administrativos que geram, em princípio, um risco permitido em favor daquele que os respeitar. Segundo a moderna teoria do tipo, reconstruída com base na chamada imputação objetiva, *só viola a norma penal, só pratica uma conduta proibida, só cria um risco juridicamente desaprovado aquele que se comporta em desacordo com os padrões de prudência vigentes em seu círculo social.*[46] Isso significa que o direito administrativo pode ser relevante para a fixação do risco juridicamente desaprovado na medida em que ele sirva de parâmetro de conduta para as pessoas prudentes. Como é prudente dirigir respeitando aos limites de velocidade e às placas de preferência, estes atos administrativos relevam na determinação dos limites entre o proibido e o permitido, entre o típico e o atípico.

42. Sobre estes problemas, *Roxin*, A proteção da vida humana através do direito penal, trad. Luís Greco, em: Estudos de direito penal, Rio de Janeiro, 2005, p. 165 e ss.

43. Cf. *Luís Greco*, Um panorama da teoria da imputação objetiva, Rio de Janeiro, 2005, p. 21 e ss., com referências.

44. Cf. *Greco*, Um panorama..., p. 37 e ss., com referências.

45. Cf. *Greco*, Um panorama..., p. 47-48, com referências.

46. Sobre a figura do homem prudente, *Greco*, Um panorama..., p. 57 e ss.

A partir deste raciocínio, abre-se uma perspectiva para solucionar o problema da norma penal que faz referência expressa a norma de direito administrativo infralegal ou a ato administrativo concreto no corpo da proibição. Esta referência, a rigor, tem menos relevância para fixar o conteúdo do proibido do que tradicionalmente se supõe, uma vez que mesmo nos tipos em que ela não é feita de modo expresso, como no homicídio, acaba-se recorrendo ao direito administrativo para fixar o alcance exato da proibição. Qual a diferença, então, entre as normas que fazem referência expressa ao direito administrativo infralegal e aquelas que não o fazem? Porque tem de existir alguma diferença, senão seria até mesmo desnecessário que o legislador mencionasse expressamente a contrariedade ao direito administrativo infralegal entre os pressupostos do delito. Se a remissão fosse meramente declaratória, se ela nada acrescentasse ao conteúdo da proibição penal, por que seria ela sequer feita?[47]

A diferença está em que, nos delitos tradicionais, a contrariedade ao direito administrativo infralegal é um dos critérios de determinação do risco permitido – mas apenas um entre outros, como leis administrativas (ex.: o Código de Trânsito, em seus arts. 26 e ss.), normas técnicas de segurança, a *lex artis*, o chamado princípio da confiança e, por fim, a própria idéia de homem prudente, a que acima já nos referimos.[48] Já quando a norma penal em seu próprio enunciado exige a contrariedade à norma administrativa infralegal ou a ato administrativo concreto, declara ela que este critério será o decisivo, tornando-se vedado recorrer apenas aos outros critérios para fixar o alcance da proibição. Enquanto no caso das normas tradicionais, sem referência expressa ao direito administrativo, acaba sendo o juiz quem ao final determina se o risco criado é ou não permitido, tarefa na qual pode ou não recorrer

47. Esta é a principal diferença entre a posição que agora se delineia e a de *Frisch*, que se expõe e critica abaixo, 4: também Frisch leva em conta o disposto fora do direito penal no momento de determinar o risco juridicamente desaprovado, mas desconhece que se há normas que fazem remissão expressa ao direito administrativo, estas remissões têm de fazer alguma diferença face às normas que não contêm remissão alguma.

48. Sobre estes critérios, com referências, Greco, *Um panorama...*, p. 47 e ss.

ao direito administrativo, nas normas penais que remetem a uma violação do direito administrativo, esta determinação é feita em momento anterior, pelo órgão administrativo, sendo a violação àquilo que determinou este órgão indispensável para que esteja praticada a conduta prevista no tipo. Poder-se-ia dizer, assim, que *algumas remissões a direito administrativo (legal ou infralegal) geram uma presunção* iuris et de iure *de que o cidadão por elas acolhida esteja acobertado por um risco permitido.*[49] Seria um tanto estranho declarar ilegítima uma norma que apresente uma remissão a direito administrativo infra-legal, se uma tal norma se mostra bem mais precisa do que uma possível norma penal sem a remissão.[50]

Esta análise comparativa já nos permite uma conclusão relativa aos limites em que é legítima esta remissão expressa ao direito administrativo: tal será o caso ao menos nas hipóteses em que ela nada mais faça do que concretizar o que é exatamente o risco permitido em determinado dispositivo. Se existem ou não outros casos de remissão legítima, terá de ficar em aberto nos limites deste trabalho.

No que se refere à tensão entre princípio da legalidade e acessoriedade administrativa, podemos em *síntese* afirmar que:

1) o problema se coloca não apenas nos casos de acessoriedade ao ato administrativo individual, mas em todas as hipóteses em que a norma penal contém remissão a direito administrativo não contido em lei federal;

49. Observe-se, de passagem, que com isso resolvemos a discussão a respeito de se a existência de um ato autorizativo exclui "já" o tipo ou "apenas" a antijuridicidade no primeiro sentido, vez que seu efeito é tornar o risco criado em um risco permitido. (Sobre essa discussão, da qual muitos querem inclusive derivar conseqüências para certos problemas concretos, cf. *Lenckner*, Behördliche Genehmigungen und der Gedanke des Rechtsmissbrauchs im Strafrecht, in: Gamm et ali [eds.], Festschrift für Pfeiffer, Köln etc., 1988, p. 27 e ss., 31 e ss.; *Wimmer*, Strafbarkeit..., p. 68; *Fortun*, Die behördliche Genehmigung im strafrechtlichen Deliktsaufbau, Berlin, 1998, p. 27 e ss.; *Rengier*, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung..., p. 874, pp. 878-879: o ato autorizativo excluirá a antijuridicidade, se o comportamento já apresentar caráter injusto independente da contrariedade ao ato autorizativo, e excluirá já o tipo, se o injusto do comportamento manifestar-se apenas com a contrariedade ao autorizativo).

Diga-se de passagem que a dificuldade em separar tipo de antijuridicidade pode ser mais um indício de que, a rigor, seja correta a teoria dos elementos negativos do tipo.

50. Tal é admitido mesmo pelos críticos das remissões, como *Paulo Mendes*, Vale a pena..., p. 150.

2) o critério da doutrina e jurisprudência dominantes, de que o legislador só pode fazer remissões após fixar o núcleo da proibição, devendo ser tanto mais preciso quanto maior a pena cominada, peca primeiramente por sua imprecisão, em segundo lugar por transformar uma tarefa de determinação do conteúdo de um princípio imponderável que é o princípio da legalidade num problema quantitativo de ponderação;

3) ainda assim, serão legítimas pelo menos aquelas remissões que se limitem a concretizar o que é o risco permitido face a determinado tipo penal, sendo necessário refletir melhor a respeito da existência ou não de outras hipóteses de remissões legítimas.

## 4. Ato autorizativo ilícito

Imaginemos o seguinte caso, pequena variante daquele com que se deparou a Promotoria de Justiça do Cidadão da comarca de Uberlândia, MG, na pessoa do Dr. Fábio Guedes de Paula Machado, a quem agradeço esta referência: um cidadão constrói edificações em área especialmente protegida, acolhido porém por uma autorização do Ibama. Ocorre que o Ibama não era, no caso, o órgão competente. Comete aqui o particular o delito do art. 63 da Lei 9.605/98 ("Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, *sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida*")?[51]

É verdade que já se poderia afirmar que o tipo, por sua redação, confere eficácia apenas a ato autorizativo da autoridade *competente*. Se o particular não estiver acolhido por ato da autoridade competente, pelo menos o tipo objetivo do

51. Sobre esse delito, vide Regis Prado, *Direito penal do ambiente*..., p. 499 e ss.

art. 63 já estaria preenchido, restando apenas problemas de erro a serem resolvidos. Creio, porém, que há duas considerações que desaconselham a que se faça a resolução do problema depender do uso do adjetivo "competente" no presente dispositivo. A primeira delas é que uma tal utilização é em grande parte casual, contingente, apresentando-se, é verdade, no presente delito, bem como na maioria das tipificações da Lei 9.605/98, mas não em todos os casos, como no do art. 44, que reza: "Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais". A resolução de problemas materiais não pode ficar a depender de tamanhas casualidades estilísticas relativas à redação de um dispositivo legal.[52] Em segundo lugar, apesar de o dispositivo do art. 63 apenas mencionar a competência, esta é apenas um dentre os vários requisitos de validade do ato administrativo. Seria um tanto estranho que o ato eivado de vício de competência recebesse tratamento diverso daquele com vício referido aos motivos, à forma, à fundamentação, ao objeto ou à finalidade. Em razão disso, parece mais correto abandonar o argumento formalista das palavras utilizadas pelo dispositivo em questão e perguntar se há razões de fundo para atribuir relevância ao ato administrativo autorizativo eivado de algum vício de legalidade.

Este problema, bem pouco discutido entre nós, está no centro do debate alemão sobre a acessoriedade administrativa. A *opinião dominante* propõe uma solução diferenciada. Primeiramente, diz-se que o *ato autorizativo manifestamente nulo* (*nichtig*), em razão do disposto na Lei do Procedimento Administrativo, não opera efeito algum.[53] Os atos manifestamente nulos são aqueles que não obri-

52. Mesmo os autores que, como *Dölling*, Umweltstraftat..., p. 469 e *Marx*, Die behördliche Genehmigung..., p. 136 e ss., p. 171 e ss., consideram impossível uma abordagem geral, propondo a formulação critérios para cada tipo em separado, consideram decisivas não peculiaridades da redação legal e sim aspectos materiais, entre os quais o bem jurídico protegido.

53. Dispõe o § 43 III da Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG): "O ato *nichtig* é ineficaz"; cf. ademais *Rudolphi*, Schutzgut und Rechtfertigungsprobleme der Gewässerverunreinigung i. S. des § 324 StGB, in: ZfW 1982, p. 197 e ss. (p. 203); *Papier*, Zur Disharmonie..., p. 3; *Lenckner*, Behördliche

gam a ninguém, por sua evidente ilegalidade. Um dos exemplos seria o do policial que resolve proceder pessoalmente à cobrança de dívida alheia, ao qual o devedor não tem obrigação alguma de pagar. Poderíamos imaginar uma variante de nosso caso, em que o cidadão que constrói em área especialmente protegida o faz após o "ok" do delegado de polícia da região. Num tal caso, está mais do que claro que este "ok" é irrelevante e que o tipo objetivo está preenchido.

Já os *atos autorizativos eivados de outros vícios de legalidade* (*rechtswidrig*), a que a nossa doutrina do direito chama por vezes de atos nulos,[54] por vezes de nulos e anuláveis,[55] são considerados *penalmente eficazes* no sentido de excluir o injusto do comportamento.[56-57] Os argumentos são quatro, às vezes expostos sozinhos,

Genehmigungen..., p. 33; *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., p. 524; Verwaltungsakzessorietät..., pp. 309-310; *Schall*, Umweltschutz..., p. 1266; *Kuhlen*, Zum Umweltstraftrecht in der BRD..., p. 252 e ss.; *Breuer*, Konflikte..., p. 177; *Bergmann*, Zur Strafbewehrung..., p. 34; já *Paeffgen*, Verwaltungsakt-Akzessorietät..., p. 592, quer que o direito penal determine os critérios segundo os quais se considerará certo ato manifestamente nulo.

Sobre a tradução de *Nichtigkeit* e de *nichtig*, cf. as considerações feitas acima, em 2.

54. Cf. a nota de rodapé 24.

55. Por ex., *Celso Antonio Bandeira de Mello*, Curso de Direito Administrativo, 19. edição, São Paulo, 2005, p. 451: nulos seriam os atos ilegais não-convalidáveis, anuláveis os convalidáveis.

56. *Laufhütte/Möhrenschlager*, Umweltstrafrecht in neuer Gestalt, in: ZStW 92 (1980), p. 912 e ss. (p. 920); *Rudolphi*, Schutzgut..., p. 202 e 203; Primat... (p. 197); *Ossenbühl*, Umweltstrafrecht..., p. 166; *Papier*, Zur Disharmonie..., p. 3; *Dahs/Pape*, Die behördliche Duldung als Rechtfertigungsgrund, em: NStZ 1988, p. 393 e ss. (p. 393); *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., p. 526; Verwaltungsakzessorietät..., p. 307, p. 314 e ss.; *Lenckner*, Behördliche Genehmigungen..., p. 34; *Dölling*, Umweltstraftat..., p. 464; *Kuhlen*, Umweltstrafrecht..., p. 707; Zum Umweltstraftrecht in der BRD..., p. 237, p. 245; *Ossenbühl*, Umweltstrafrecht..., p. 166; *M. Schröder*, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 50 (1991), p. 196 e ss. (p. 221); *Breuer*, Verwaltungsrechtlicher..., p. 1084; Konflikte..., p. 177; *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar..., Vor § 32 nm. 165; *Rühl*, Grundfragen..., p. 526; *Lackner/Kühl*, StGB, 24. edição, München, 2001, § 324 nm. 10.

57. A posição de *Horn*, Umweltschutz-Strafrecht..., p. 366; *Lenckner*, Behördliche Genehmigungen..., p. 43; *Winkelbauer*, Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, in: NStZ 1988, p. 201 e ss. (p. 205), no sentido de considerar o ato autorizativo uma causa extintiva de punibilidade, e com isso explicar porque o direito penal considera proibido um comportamento lesivo de bens jurídicos e ainda assim não o pune, está próxima o suficiente da opinião dominante a ponto de poder considerar-se uma variante. Seu grande defeito, a meu ver, é resolver o problema no âmbito da punibilidade, isto é, de uma categoria que não precisa ser objeto do dolo ou da culpa do autor, o que

às vezes combinados. Primeiramente, diz-se que os atos administrativos, mesmo quando nulos ou anuláveis, são já plenamente eficazes e auto-executáveis, dependendo a sua desconstituição de ato posterior ou da administração ou do judiciário.[58] Além disso, se o direito penal quisesse proibir algo que o direito administrativo expressamente permite, ficaria violado o princípio da unidade do ordenamento jurídico, porque teríamos um ramo do direito a permitir e outro a proibir uma mesma conduta.[59] O terceiro argumento alude à segurança jurídica e à tutela da confiança do particular: este tem o direito de confiar em que a administração atua conforme a lei e não pode ser penalizado por erros do administrador.[60] Por fim, declaram em geral os administrativistas que haveria uma competência exclusiva da administração para determinar até que ponto se tutelará o meio ambiente, não estando facultado ao juiz questioná-la.[61] A aplicarem-se estas considerações ao caso de Uberlândia, chegaríamos à conclusão a que também chegou o Dr. Fábio Guedes: o particular não age tipicamente; o ato autorizativo, ainda que viciado, é eficaz e exclui o tipo em questão.

gera atritos com o princípio da culpabilidade. Afinal de contas, tal solução implica que qualquer erro sobre a existência de um ato autorizativo será irrelevante. Além do mais, o ponto de vista criticado acaba por fundamentar uma proibição onde ela não tinha de existir, e na prática joga sobre as costas do particular o risco de que só permaneça impune se a administração de fato cumprir o seu dever de praticar o ato autorizativo (assim também *Bergmann*, Zur Strafbewehrung..., pp. 145 e 147).

58. *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., p. 526. A este argumento acrescenta-se por vezes a alusão à chamada "Tatbestandswirkung" do ato administrativo (por ex., *M. Schröder*, Verwaltungsrecht..., p. 221; sobre este conceito, detalhada e criticamente, *Rühl*, Grundfragen..., pp. 522-523), fenômeno jurídico que não apresenta equivalente direto na nossa doutrina do direito administrativo e que por isso considerei mais prudente omitir.

59. *Rudolphi*, Schutzgut..., p. 202; Primat..., p. 197; *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., p. 526; *Ossenbühl*, Verwaltungsrecht..., p. 973; *Breuer*, Verwaltungsrechtlicher..., p. 1.084; Konflikte..., p. 177, 178, 180;

60. *Papier*, Zur Disharmonie..., p. 3; *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., p. 526; *Otto*, Grundsätzliche Problemstellung..., p. 313 (que considera relevante apenas o ponto de vista da tutela da confiança, concluindo pela possibilidade de punir o particular que dispõe de ato autorizativo se ele souber de perigos que a administração desconhece); *Ossenbühl*, Umweltstrafrecht..., p. 166; *M. Schröder*, Verwaltungsrecht..., p. 207; *Breuer*, Verwaltungsrechtlicher..., p. 1.084; Konflikte..., p. 180; *Rühl*, Grundfragen..., p. 527.

61. *Breuer*, Konflikte..., p. 177; *M. Schröder*, Verwaltungsrecht..., p. 207.

Modifiquemos mais uma vez o caso de Uberlândia: digamos agora que o vício de legalidade do ato autorizativo tenha sido provocado pela própria conduta do particular, que enganou o funcionário (por ex., contando-lhe fatos que o fariam supor competente), corrompendo-o, ou agindo com ele coludido, ou aproveitando-se de seu erro. Nestes chamados casos de *abuso de direito* propõe-se uma restrição à eficácia dos atos autorizativos viciados, com base no tradicional fundamento de que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza.[62] Não havia, de início, total acordo a respeito dos casos em que estaria configurado o abuso de direito: no geral, concordava-se em afirmá-lo face à fraude, à coação e à corrupção,[63] mas havia quem considerasse abusivo também o comportamento do cidadão que age coludido com a administração[64] ou que viole conscientemente elementares exigências de segurança.[65] Apesar de esta restrição ter sempre sido admitida pela doutrina majoritária, o legislador alemão houve por bem calar os críticos, que a recusavam alegando também a sua falta de amparo legal,[66] e acolhê-la legislativamente, no novo § 330d n. 5 do StGB. Este dispositivo equipara os casos de ausência do ato autorizativo àqueles em que este foi obtido por meio de ameaça, corrupção, colusão, ou fraude por meio de declarações falsas ou incompletas.[67]

62. *Rudolphi*, Schutzgut..., p. 203; Primat..., p. 197; *Otto*, Grundsätzliche Problemstellung..., p. 313; *Bloy*, Straftaten..., p. 501, nota 69, e p. 504; Umweltstrafrecht..., p. 585; *Breuer*, Konflikte..., p. 181; diferenciado *Lenckner*, Behördliche Genehmigungen..., p. 34 e ss. (escrevendo antes da nova lei a que referirei, no sentido de que o abuso de direito opera efeitos apenas nos casos em que o ato autorizativo opera como causa de justificação, porque nesta sede não vigeria a proibição de analogia).

63. *Rudolphi*, Schutzgut..., p. 202; Primat..., p. 197; *Papier*, Zur Disharmonie..., p. 4; *Bloy*, Straftaten...,, p. 504; já *Lenckner*, Behördliche Genehmigungen..., p. 37, aceita a fraude e a coação, mas não a corrupção como casos de abuso de direito.

64. Simpático *Bloy*, Straftaten..., p. 504 (posicionamento "pelo menos merecedor de discussão"); contra *Lenckner*, Behördliche Genehmigungen..., p. 38.

65. *Papier*, Zur Disharmonie..., p. 4.

66. Cf. as referências abaixo, nota 86.

67. Sobre este dispositivo ademais *Otto*, Das neue Umweltstrafrecht, in: Jura 1995, p. 134 e ss. (p. 139); *M. K. Ries*, Die Durchbrechung der Verwaltungsakzessorietät durch § 330d Nr. 5 StGB, Tübingen, 2003; *Paetzold*, Die Neuregelung rechtsmissbräuchlich erlangter

Com isso, as posições que ainda criticam a figura do abuso de direito recuaram à qualidade de propostas de *lege ferenda*.

Uma importante *posição minoritária* questiona este raciocínio com importantes considerações.[68] A rigor, apenas o ato autorizativo materialmente lícito poderia excluir o injusto penal.[69] Caberia ao Direito Penal fixar autonomamente os limites do penalmente proibido de modo a melhor atender a sua finalidade, que no caso é proteger bens ambientais, e não meras prerrogativas de controle pela administração.[70]

*Frisch* e *Schünemann* estão entre os que melhor fundamentam essa posição alternativa, que rapidamente exporemos. Para Frisch, a permissão ilícita não isenta, por si só, ninguém de responsabilidade penal: a opinião dominante seria incapaz de explicar convincentemente como o ato autorizativo ilegal tem o condão de legalizar um ato ilícito. Este efeito pareceria um verdadeiro "enigma".[71] Ocorre que a permissão, mesmo ilícita, tem função de orientação.[72] O particular pode e deve confiar nela.[73] Logo, na medida em que o

Genehmigungen durch § 330d Nr. 5 StGB, in: NStZ 1996, p. 170 e ss., que, como outros tantos, considera a tutela da confiança justificada do particular a ratio do dispositivo (p. 171 e ss.). A prova de que tal fundamento é errôneo está no fato de que o mero conhecimento do particular da ilicitude do ato autorizativo não o invalida segundo a lei, ainda que nesses casos o particular sequer confie no que quer que seja.

68. Curiosas as etiquetas que confere *Hundt*, Die Wirkungsweise der öffentlich-rechtlichen Genehmigung im Strafrecht, Berlin, 1994, p. 23, às duas opiniões que se confrontam: de um lado os "formalistas", de outro os "materialistas".

69. *Geulen*, Grundlegende Neuregelung..., p. 325; *Schall*, Umweltschutz, p. 1267, 1268; *Kühl*, Probleme..., p. 844, p. 848-849; *Schwarz*, Zum richtigen Verständnis der Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, in: GA 1993, p. 318 e ss. (p. 321 e ss.); *Faure/Oudijk*, Die strafgerichtliche Überprüfung von Verwaltungsakten im Umweltrecht, in: JZ 1994, p. 86 e ss. (p. 91). Entre nós, similar, *Leme Machado*, Da poluição..., p. 15.

70. *Geulen*, Grundlegende Neuregelung..., p. 325; *Kühl*, Probleme..., p. 842; *Samson*, Konflikte..., p. 803.

71. *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, Heidelberg, 1993..., p. 68, p. 71, p. 83.

72. *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät..., p. 60 e ss., p. 85 e ss.

73. *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät..., p. 63.

particular puder dizer-se acolhido pelo princípio da confiança, sua ação está acobertada por um risco permitido. A aplicação do princípio da confiança faz também que se apliquem todas as suas exceções: os casos de abuso de direito, que a opinião dominante tem de introduzir como modificação *ad hoc* de suas premissas, apresentam-se para Frisch como casos em que a confiança do particular não merece mais qualquer proteção.[74]

Já *Schünemann*, após uma defesa enfática da necessidade e da legitimidade do direito penal ambiental, afirma que a administração, não estando acima da lei, não tem o direito de dispor por meio de atos individuais de um bem que não lhe pertence e que lhe é legalmente confiado.[75] A acessoriedade ao ato administrativo individual, que vincularia o direito penal mesmo a atos autorizativos ilícitos, mas eficazes segundo o direito administrativo, não encontraria arrimo na constituição.[76] O direito penal tem de decidir a respeito da validade destes atos com base em critérios próprios,[77] e estes critérios impõem que apenas o ato materialmente conforme ao direito administrativo possa excluir o injusto penal.[78] Em casos de atos administrativos ilícitos, o único interesse digno de proteção é a confiança do particular, e tal interesse pode ser atendido através da teoria do crime culposo, sem que se recorra à acessoriedade ao ato administrativo individual.[79]

Seria um tanto apressado, num estudo apenas introdutório, avançar um posicionamento decidido em favor de quaisquer das teses apresentadas.[80] Limi-

74. *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät..., p. 64, p. 72 e ss., p. 73.

75. *Schünemann*, Zur Dogmatik..., p. 446.

76. *Schünemann*, Zur Dogmatik..., p. 444.

77. *Schünemann*, Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Gewässerstrafrecht, in: wistra 1986, p. 235 e ss. (p. 239).

78. *Schünemann*, Die Strafbarkeit..., p. 240.

79. *Schünemann*, Zur Dogmatik..., p. 447.

80. Sem falar nas várias teses não apresentadas, como as de *Heine*, Verwaltungsakzessorietät..., p. 2431 e ss., e *Rengier*, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung..., p. 885 e ss., que tentam resolver os diversos problemas de um ponto de partida diverso, que é uma determinação mais rigorosa

tar-me-ei a algumas considerações, partindo em especial do que já foi dito acima, ao examinarmos a problemática da acessoriedade administrativa face ao *princípio da legalidade*. Ali ponderamos que até nos dispositivos penais que não fazem menção expressa ao direito administrativo, acaba este ganhando relevância no que concerne à determinação do risco permitido/do risco juridicamente desaprovado. Dissemos, também, que a acessoriedade administrativa pode muitas vezes funcionar como uma restrição à punibilidade, como o indício decisivo do que é o risco permitido face à norma penal que contenha a remissão, retirando do juiz a competência para valorar se o risco criado pelo autor é ou não permitido, e passando-a para as mãos do administrador. Se assim não fosse, não haveria qualquer diferença entre tipos que contém remissão expressa e aqueles sem remissão qualquer, pois em ambos a contrariedade ao direito administrativo seria apenas um indício ao lado de outros de que o comportamento é penalmente proibido. Seria, assim possível considerar penalmente ilícito um comportamento acolhido por ato autorizativo. A pergunta que caberia fazer é por que, então, a remissão. Não seria mais fácil que o legislador houvesse omitido qualquer referência ao direito administrativo ao formular o dispositivo penal?

de qual o conteúdo do ato autorizativo. De acordo em parte *Otto*, Grundsätzliche Problemstellung..., p. 312-313; e *Winkelbauer*, Die behördliche Genehmigung..., pp. 205-206, para o qual lesões a bens jurídicos de indivíduos nunca podem ser conteúdo de qualquer ato autorizativo. Cf., para algumas conseqüências dessa abordagem diversa no que se refere aos casos de fraude, o que escrevo sobre Rengier na nota 86, logo abaixo. Concepções originais também em *Marx*, Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, Baden Baden, 1992, p. 136 e ss., 171 e ss., que constrói os requisitos de validade penal do ato autorizativo a partir do bem jurídico protegido pelo tipo penal; *Paeffgen*, Verwaltungsakt-Akzessorietät..., p. 600 e ss., que tenta construir critérios com base numa parcial aplicação analógica de certos dispositivos do direito administrativo; em *Heghmanns*, Grundzüge..., p. 131 e ss., 140, que, dito bastante simplificadamente, parte da teoria das normas de Armin Kaufmann para delimitar o conteúdo do injusto penal; de *Hundt*, Die Wirkungsweise..., p. 75 e ss., p. 129, p. 165-167, que considera penalmente vinculante apenas o ato administrativo lícito, mas que reconhece também ao ato autorizativo ilícito uma função de servir de norma de comportamento segundo a qual o particular tem o direito de se orientar, inclusive nos casos de abuso de direito; e a de *Gänssle*, Das behördliche Zulassen strafbaren Verhaltens, eine rechtfertigende Einwilligung?, Frankfurt a. M. etc., 2003, p. 115 e ss., p. 219, que propõe para alguns casos o reconhecimento de uma nova causa de justificação, o consentimento pelo órgão administrativo.

É justamente aqui que está a fraqueza do raciocínio de Frisch e da opinião minoritária: sua posição, que vê nas remissões ao direito administrativo nada mais do que concretizações do que são os padrões de prudência vigentes no caso concreto, parece ignorar que os tipos que fazem remissão expressa ao direito administrativo têm de apresentar alguma diferença face aos tipos que não contém essa remissão. O que Frisch não consegue explicar é por que o direito penal ambiental sequer tem de fazer referência ao direito administrativo ao descrever que condutas são proibidas.

Com isso podemos chegar a uma primeira conclusão: atos autorizativos ainda que (não manifestamente) ilícitos excluem já o tipo dos crimes ambientais que a eles se refiram na descrição da conduta típica, e isso pelo simples motivo de que qualquer outra opinião consideraria preenchido o tipo quando falta uma elementar que a lei expressamente prevê, a saber: a contrariedade ao ato autorizativo. *Se a lei descreve uma conduta que só é crime se praticada em desacordo com ato autorizativo, seria um contra-senso ignorar o comando legal e considerar crime já a conduta acolhida pelo ato, mas em desacordo com outras considerações.* É o *próprio princípio da legalidade*, portanto, o fundamento da eficácia também do ato autorizativo ilícito para o direito penal, tendo os quatro outros fundamentos apontados que acima mencionamos valor no máximo relativo.[81] O primeiro deles, que se referia a que a ato administrativo mesmo quando ilícito é eficaz e auto-executável nada diz a respeito de se e porquê essa eficácia e auto-executoriedade têm de ser respeitadas também pelo direito penal. É o princípio da legalidade que diz que sim. O segundo dos fundamentos da doutrina dominante, a referência ao princípio da unidade do ordenamento jurídico, é ainda menos convincente, porque este princípio apenas declara que o ordenamento jurídico não deve conter contradições, e não onde devem ser efetuadas as

81. Contra, *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät..., p. 112 e ss., e *Schwarz*, Zum richtigen Verständnis..., p. 327, com argumentos referidos ao sentido literal dos termos usados pela lei alemã – "ato autorizativo *necessário*" (erforderliche Genehmigung) – afirmando que o ato necessário é o conforme ao fim de proteção do tipo. Tal posicionamento ainda assim deixa inexplicado porque sequer se faz referência a um ato autorizativo ao descrever a conduta proibitiva.

correções necessárias para evitar tais contradições.[82] Por que é o direito penal que tem de se adaptar ao direito administrativo, e não o contrário?[83] Não se poderia, baseado no princípio da unidade do ordenamento jurídico, afirmar que o direito administrativo tampouco pode permitir o que é penalmente ilícito? O terceiro argumento, a tutela da confiança, tem a já apontada fraqueza de reduzir a remissão ao ato autorizativo a mera concretização do princípio da confiança. Ocorre que o princípio da confiança é limite material de todos os tipos, ainda daqueles que não lhe fazem qualquer referência expressa,[84] de modo que se a eficácia do ato autorizativo para o direito penal dependesse apenas da tutela da confiança, não seria necessário sequer mencioná-lo na descrição da conduta proibida. Por fim, o quarto argumento, que aludia à proteção da competência da administração, é de duvidoso acerto. Como diz *Schünemann*, a administração não pode pretender um espaço de competência acima da lei e do reexame pelo poder judiciário.[85]

E o problema do abuso de direito? Penso que o mesmo princípio da legalidade que nos obriga a reconhecer eficácia excludente do tipo também aos comportamentos acolhidos por ato autorizativo (não-manifestamente) ilícito nos impedirá de tratar diversamente os casos de abuso de direito. Como dizia a opinião minoritária antes da mudança legislativa alemã de 1994, *não há qualquer arrimo legal para fundamentar a ineficácia do ato autorizativo ilícito obtido mediante abuso de direito.*[86]

82. Também críticos face a argumentação com base no princípio da unidade do ordenamento *Wasmuth/Koch*, Rechtfertigende Wirkung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht, in: NJW 1990, p. 2434 e ss. (p. 2440); *Samson*, Konflikte..., p. 802; *Paeffgen*, Verwaltungsakt-Akzessorietät..., p. 591, nota 10; *M. Schröder*, Verwaltungsrecht..., p. 205-206, 214-215; *Schwarz*, Zum richtigen Verständnis..., p. 324; *Hundt*, Die Wirkungsweise..., p. 44 e ss. Vide também a próxima nota.

83. Apontando exatamente para esta dificuldade *Kuhlen*, Zum Umweltstraftrecht in der BRD..., p. 237; *Rühl*, Grundfragen..., p. 524.

84. Cf. *Greco*, Um panorama..., p. 53 e ss.

85. *Schünemann*, Zur Dogmatik..., p. 446; assim também *Rühl*, Grundfragen..., p. 528, para o qual uma tal argumentação seria mais adequada para a época de Bismarck.

86. Também apontavam para a falta de fundamento legal da figura do abuso de direito *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., pp. 526-527; *Tiedemann/Kindhäuser*, Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?, in: NStZ 1988, p. 338 e ss. (p. 344); *Kuhlen*, Zum Umweltstraftrecht in der BRD...,

Enquanto nosso legislador não intervier, o particular que obtiver o ato autorizativo não cometerá o crime ambiental, mas apenas, em certos casos, um crime contra a administração pública (por ex., se o funcionário público for corrompido, o de corrupção ativa, art. 333 CP), ou contra a fé pública (por ex., se o particular se valer de documentos falsos para efetuar a sua fraude, a falsificação de documento particular, ou a falsidade ideológica, arts. 298 e 299, CP). E, obviamente, poderá ele ser punido a título de participação no crime de funcionário público do art. 67 da Lei 9.605/98 ("Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público").

Isso não significa, porém, que o legislador deva intervir e, a exemplo do direito alemão, prever legalmente a figura do abuso de direito. Ainda hoje há vozes que, com bons argumentos, duvidam do acerto da solução alemã, às quais não poderemos nos referir em detalhe nos estreitos limites deste estudo.[87] De *lege lata*, a solução correta parece ser a recusa à figura do abuso de direito; o que deve valer de *lege ferenda* teria de ser objeto de estudo autônomo, que teria especialmente de levar em conta a existência do crime do art. 67 da Lei 9.605/98 em nosso direito positivo, peculiaridade face ao direito alemão.

p. 248; Hirsch, in: Leipziger Kommentar..., Vor § 32 nm. 165. Críticos por outras razões *Schall*, Umweltschutz..., p. 1267 (não haveria qualquer segurança quanto aos fundamentos e ao alcance da idéia); *Ossenbühl*, Verwaltungsrecht..., p. 973; Umweltstrafrecht..., p. 166, e *Kuhlen*, Zum Umweltstraftrecht in der BRD..., p. 247, falavam numa violação do princípio da unidade do ordenamento jurídico; *Rengier*, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung..., p. 885 e ss., com vários argumentos adicionais, como o impreciso alcance da idéia (p. 893) e a unidade do ordenamento jurídico (p. 894), mas com a válvula de escape de considerar os casos de coação. corrupção e colusão como de nulidade manifesta (pp. 897-898). Apenas no caso de fraude subsistiria a validade do ato autorizativo, e ainda assim somente se o ato não fizer referência expressa a um objeto qualquer diverso daquele que o autor realiza com o seu comportamento (p. 900 e ss.); ademais *Kuhlen*, Umweltstrafrecht..., p. 707; *Wimmer*, Strafbarkeit ds Handelns aufgrund einer erschlichenen behördlichen Genehmigung, in: JZ 1993, p. 67 e ss. (p. 69 e ss.).

87. Por ex., *Breuer*, Verwaltungsrechtlicher..., p. 1090; *M. Schröder*, Verwaltungsrecht..., pp. 223-224; *Ries*, Die Durchbrechung..., p. 121.

## 5. Ato proibitivo ilícito

Vimos qual o melhor tratamento a dispensar ao atos administrativos individuais benéficos ao particular eivados de nulidade; como resolver o mesmo problema face a atos administrativos que prejudicam o particular, como vedações, proibições ou interdições? Mais uma vez, trabalharemos com termos genéricos, falando em todos estes casos em que a Administração retira do particular a faculdade de praticar certa conduta em *atos proibitivos*.

Vejamos o tipo do art. 34, *caput*, da Lei 9.605/98: "Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em *lugares interditados por órgão competente*". Imagine-se que ato administrativo que interdita certo lugar padece de algum vício que o torna nulo. Ainda assim, A pescou na época em que tal ato era eficaz, antes de vir ele a ser desconstituído pela administração. Deve A ser punido pelo crime do art. 34 da Lei 9.605/98?

A *doutrina* ao que parece *dominante* prossegue em sua vinculação ao direito administrativo. Se a lei fala na violação de um ato proibitivo, e este ato era eficaz no momento da violação, então violação houve, e isso basta para justificar a punição.[88] Segundo esta opinião, nosso pescador A seria punido.

Uma *forte opinião minoritária* questiona essa conclusão com poderosos argumentos. Só a violação de ato proibitivo materialmente lícito poderia levar a uma sanção penal.[89] Punir aqui seria sancionar a mera desobediência, que não tem ainda conteúdo de injusto suficiente para constituir um ilícito penal.[90] Houve mesmo quem dissesse que afirmar o injusto penal em tais casos significaria uma

88. Por ex. *Breuer*, Verwaltungsrechtlicher..., p. 1.084-1.085; *Rogall*, Verwaltungsakzessorietät..., p. 309.

89. *Schmitz*, Verwaltungshandeln und Strafrecht, Heidelberg, 1992, p. 79; *Bergmann*, Zur Strafbewehrung..., p. 155 e ss., p. 178.

90. *Kühl*, Probleme..., p. 846, 852; *Samson*, Konflikte..., p. 804; *Hofmann*, Bodenschutz durch Strafrecht?, Baden Baden, 1996, p. 133; próximo também *Wüterich*, Die Bedeutung von Verwaltungsakten für die Strafbarkeit wegen Umweltvergehen, in: NStZ 1987, p. 106 e ss. (p. 108 e ss.): ilegalidade do ato administrativo como causa extintiva de punibilidade.

violação do próprio princípio da legalidade, pois não há base legal para proibir o comportamento do autor nem mesmo segundo a lei administrativa.[91-92]

Seria um tanto apressado de minha parte formular um juízo definitivo também sobre este problema. Contento-me aqui em afirmar, primeiramente, que nossa solução não precisa ser a mesma do problema anterior (reconhecer eficácia penal ao ato administrativo inválido), porque ali se tratava de ato administrativo que isentava de pena, enquanto agora ele a fundamenta; em segundo lugar, confesso a minha simpatia pela opinião minoritária; mas, em terceiro lugar, tenho dúvidas no que se refere à validade geral de seus argumentos, em especial no que se refere às situações que veremos no próximo tópico, a saber, a de normas penais que tutelam o próprio controle administrativo. O leitor que prosseguir logo entenderá a que me refiro. Como não sei se sequer é possível construir tais normas nelas inserindo a uma violação de ato proibitivo, terei de deixar em aberto o problema.

## 6. Comportamento passível de ato autorizativo, mas não autorizado

Imaginemos agora a seguinte hipótese: o particular satisfaz a todos os requisitos para a concessão do ato autorizativo necessário para excluir a tipicidade da conduta – mas este não é concedido. Exemplifique-se com B, que fabrica e comercializa motosserras seguindo todas as normas de segurança vigentes e inclusive mais algumas a que não atendem os seus concorrentes. Ocorre que B, ao contrário de seus concorrentes, não dispõe de ato autorizativo nem do registro para proceder em suas atividades. Bastará isso para que ele realize o tipo do art. 51

91. *Schall*, Umweltschutz..., p. 1.267.

92. Bastante próxima a opinião de *Otto*, Grundsätzliche Problemstellungen..., p. 312: o ato administrativo tem de ser respeitado, as proibições penais teriam o caráter de delitos de perigo abstrato. Ocorre que, quando o autor se certificar de que inexiste perigo algum, é de reconhecer-se uma causa de exclusão da punibilidade.

da Lei 9.605/98 ("comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, *sem licença ou registro da autoridade competente*")?

A *doutrina dominante* responde a esta pergunta com um sim.[93] A argumentação varia. Alguns dizem que as normas de direito penal ambiental tutelam não apenas o meio ambiente, mas também a prerrogativa de administração de determinar de que maneira ele pode ser explorado.[94] Diz-se também que, mesmo se não couber à administração qualquer discricionariedade, cabe-lhe, sim, a atribuição de avaliar se se trata ou não de ato discricionário.[95] Outros apontam para as razões preventivas em que se fundamenta a lei para conferir à administração a competência de decidir sobre a concessão ao particular de ato autorizativo para praticar determinada conduta.[96] Há quem diga também que ainda que o particular faça jus ao ato autorizativo, não pode ele sobrepor-se à administração porque isso significaria um perigo abstrato ao bem jurídico ambiental protegido, de modo que os delitos ambientais seriam em parte crimes de perigo abstrato.[97]

Uma forte *doutrina minoritária* diferencia entre atos não concedidos dentro do espaço de discricionariedade da administração e atos não concedidos em violação de competência vinculada.[98] Diz-se que apenas no primeiro grupo de

93. Neste sentido, além dos autores mencionados nas próximas notas, *Lackner/Kühl*, StGB..., § 324 nm. 10; *Hundt*, Die Wirkungsweise..., p. 116 e ss.

94. *M. Schröder*, Verwaltungsrecht..., p 222 e ss., p. 226.

95. *Dölling*, Umweltstraftat..., p. 468; *Kuhlen*, *Zum* Umweltstraftrecht in der Bundesrepublik Deutschland (2.Teil), in: WiVerw 1992, p. 215 e ss. (p. 257); *M. Schröder*, Verwaltungsrecht..., p. 226.

96. *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., p. 525; *Rengier*, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung..., p. 880 e ss., que pela por ele chamada função formal e material de controle do procedimento de concessão do ato autorizativo (p. 875 e ss.) considera este procedimento já um dentre os bens jurídicos protegidos; *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar..., Vor § 32 nm. 169; *Malitz*, Zur behördlichen Duldung im Strafrecht, Berlin, 1995, p. 107.

97. *Laufhütte/Möhrenschlager*, Umweltstrafrecht..., p. 921; *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., p. 525; *Tiedemann*, Die Neuordnung des Umweltstrafrechts, Berlin etc., 1980, pp. 38-39.

98. *Rudolphi*, Schutzgut..., p. 208-209; Primat..., p. 197-198; *Papier*, Zur Disharmonie..., p. 6; *Bloy*, Straftaten..., p. 507; Umweltstrafrecht..., p. 586; de acordo também, com proposta *de lege ferenda*, *Schwertfeger*, Die Reform des Umweltstrafrechts durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung

casos são válidos os argumentos da doutrina dominante. Já quando o ato autorizativo deixa de ser concedido apesar de a sua concessão consistir em ato vinculado, seria um mero formalismo considerar injusto penal algo que, materialmente, não é mais do que uma desobediência.[99] Nos casos em que a conduta do particular afeta apenas as prerrogativas de controle da administração, mas de modo algum o meio ambiente, não se poderia falar em ilícito penal. Alguns dentre os defensores desta posição constróem para estes casos uma causa extintiva de punibilidade, especialmente no intuito de evitar que o particular possa esquivar-se da punição por crime doloso alegando que supunha ter direito ao ato autorizativo.[100]

Soam-me bastante convincentes os argumentos da doutrina minoritária. Que nos casos de atos discricionários, só a administração possa decidir o que será objeto de ato autorizativo, parece evidente. Doutro modo, estaríamos de fato transformando os particulares e, em última análise, o juiz em administradores, alocando-lhes indevidamente a competência de formular avaliações de conveniência e oportunidade fundadas em amplas ponderações de interesses e difíceis prognoses empíricas. Mas ainda assim, não me parece que em todos os casos em que a concessão do ato autorizativo seja vinculada já se deva excluir o injusto penal. Tal pode valer para grande parte dos casos, é verdade. Mas creio que poucos concordariam em, diante do § 327 do StGB, ou do art.

der Umweltkriminalität (2. UKG), insbesondere unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten, Frankfurt a. M., 1998, p. 371. Outra diferenciação, para casos excepcionais, em *Rengier*, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung..., p. 904; outra em *Hofmann*, Bodenschutz..., p. 126.

99. *Schall*, Umweltschutz..., p. 1267; *Bloy*, Straftaten..., p. 506; *Samson*, Konflikte..., p. 804. Fundamentalmente idênticos *Kühl*, Probleme..., p. 846, 852 (que não recorre à distinção entre ato vinculado e ato discricionário, mas diz apenas que nenhum comportamento ilícito da administração pode gerar a responsabilidade penal do particular); *Ocker*, Das unerlaubte Betreiben von genehmigungsbedürftigen Anlagen oder sonstigen Anlagen i. S. des BimSchG, München, 1994, p. 170 e ss.; outra opinião em *Brauer*, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genhemigten Verhaltens, Berlin, 1988, p. 123 e ss., p. 141, para o qual em tais casos há, em geral, exclusão do desvalor do resultado, restando apenas uma tentativa inidônea.

100. *Horn*, Umweltschutz-Strafrecht..., p. 366; *Winkelbauer*, Die behördliche Genehmigung..., p. 203.

21 da Lei 6.453/77,[101] que tipificam a conduta de operar usina nuclear sem ato autorizativo, considerar excluído o tipo caso o particular opere a sua usina satisfazendo a todas as condições para que lhe seja concedido o ato autorizativo.[102] Em tais situações, parece-nos intuitivamente justificado que a administração tenha a palavra final, que o particular não esteja autorizado a julgar a respeito de poder ou não praticar a conduta em questão. E suspeito que o fundamento desta intuição está na própria natureza do bem jurídico tutelado pela norma penal: trata-se de bem tamanhamente sensível e relevante a ponto de justificar-se um monopólio administrativo sobre a decisão final a respeito da prática do fato. Nestes casos, poder-se-ia dizer que a competência decisória da administração é, sim, bem jurídico (intermediário) também tutelado pela norma penal.[103] O bem jurídico final, é verdade, é o meio ambiente livre de radioatividade bem como a vida e a integridade física de populações presentes e futuras. Face à importância deste bem jurídico final,[104] justifica-se que o tipo já tutele um bem intermediário, a faculdade de controle pela administração, como a única garantia de que o bem final seja protegido. Expressando a mesma idéia de uma perspectiva social-psicológica: poucos gostariam de viver numa sociedade em que qualquer um pudesse operar uma usina nuclear tão logo tal lhe parecesse seguro.

Creio, portanto, necessário distinguir, além do que faz a doutrina minoritária, as *proibições penais que tutelam apenas o bem jurídico ambiental* (a maioria delas,

101. Sobre este tipo ("Permitir o responsável pela instalação nuclear sua operação sem a necessária autorização") e sua estrutura acessória ao direito administrativo, vide *Martins Ribeiro*, Tutela penal nas atividades nucleares, São Paulo, 2004, p. 201 e ss.

102. Postulando um tratamento diferenciado para estes casos também *Winkelbauer*, Die behördliche Genehmigung..., p. 205; *Dölling*, Umweltstraftat..., p. 462; *Kindhäuser*, Rechtstheoretische Grundfragen..., p. 983. Outras considerações em *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät..., p. 27, nota 72.

103. De acordo quanto a que o controle administrativo é ao menos dentre os bens protegidos, *Kindhäuser*, Rechtstheoretische Grundfragen.., p. 983; *Dölling*, Zur Entwicklung des Umweltstrafrechts, in: Hirsch et ali (eds.), Festschrift für Kohlmann, Köln, 2003, p. 111 e ss. (p. 115); *Ransiek*, in: Nomos Kommentar zum StGB, 2. edição, vol. II, § 327 nm. 2.

104. Relevando o critério "importância do bem jurídico", *Dölling*, Umweltstraftat..., p. 463.

ex.: proibição de comercialização de motosserra, art. 51 da Lei 9.605/98) daquelas em que *o bem jurídico ambiental é tão relevante e vulnerável que se justifica a postulação do bem intermediário "prerrogativa de controle pela administração"* (casos excepcionais, ex.: art. 21 da Lei 6.453).[105] Só no primeiro grupo de proibições poder-se-á excluir o injusto caso o ato autorizativo tenha deixado de conceder-se em violação de competência vinculada. Porque na segunda hipótese, também a não-concessão, ainda que ilícita, tem de ser respeitada por ser essa a única maneira de salvaguardar o outro bem tutelado.

## 7. Tolerância pela administração

Imaginemos agora situação diversa: o particular pratica o fato que requer ato autorizativo sem dele dispor, mas a administração, em plena consciência disso, permanece inerte, apesar de poder intervir. Tal atitude – que a doutrina administrativista alemã chama de *tolerância* (*Duldung*)[106] – pode ter alguma relevância para o direito penal? Para visualizarmos a questão face a um problema concreto, variemos o nosso caso de Uberlândia. Imaginemos que o autor que construiu em local proibido sem o ato autorizativo, antes de dar início à suas obras, entrou com requerimento face à autoridade competente. Esta, porém, não se manifestou, nem de pronto, nem depois de tomar claro conhecimento do início das obras. Responderá o particular pelo delito do art. 63 da lei 9.605/98?

Tampouco diante dos casos de tolerância pela administração há unanimidade na doutrina. Uma dificuldade adicional aqui decorre de que a própria figura da tolerância é bastante nova no direito administrativo e de modo algum

105. Fundamentalmente idêntico *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät..., p. 43 e ss., inclusive na exclusão do injusto no caso de atos autorizativos vinculados; distinção bem similar, entre normas que protegem o bem jurídico penal e normas que protegem o respeito ao procedimento autorizativo em *Brauer*, Die strafrechtliche Behandlung..., p. 104-105.

106. Para o conceito exato, o que tampouco é incontroverso, cf. principalmente *Malitz*, Zur behördlichen Duldung..., p. 32 e ss., bem como as referências nas notas seguintes.

incontroversa. Nem todos os autores a aceitam, e entre os que a aceitam, qualificando-a como uma forma de atuação informal da administração,[107] há discrepâncias de opinião no que se refere à sua eficácia.[108] Não pode, assim, surpreender que o direito penal acabe por herdar essa insegurança e que haja quase tantas opiniões quanto autores que escreveram sobre o tema.[109]

De qualquer maneira, podemos distinguir três posições que encontraram um maior número de seguidores, e serão estas as que exporemos no corpo do texto. A *primeira*, que não parece mais ser majoritária, considera a tolerância, enquanto tal, nada mais do que um fato, *sem qualquer relevância* para o direito, tanto administrativo quanto penal.[110] Tolerar um comportamento não significa conceder ato autorizativo para que o particular o pratique. Logo, segundo esse ponto de vista, o cidadão do exemplo que imaginamos realizaria, sim, o tipo objetivo do crime tipificado no art. 63 da Lei 9.605/98.

Uma cada vez mais prestigiosa *segunda posição* distingue tolerância passiva (mero nada fazer) da *tolerância ativa* (não fazer consciente e decidido). Diz-se que, na tolerância ativa, acaba a administração por praticar um fato que, materialmente, equivale a um ato autorizativo, e que deve ser, em razão disso, tratado como tal.[111] A esta argumentação respondeu-se convincentemente que tampouco a

107. Assim a monografia de *Randelzhofer/Wilke*, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, Berlin, 1981.

108. Cf. *Battis*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. edição, Heidelberg, 2002, p. 147, com referências.

109. Vide a nota 113.

110. *Breuer*, Konflikte..., p. 177 (em Verwaltungsrechtlicher..., p. 1086, Breuer até admite a possibilidade de que uma tolerância equivalha ao ato autorizativo, mas afirma que tal quase nunca ocorrerá); *Otto*, Grundsätzliche Problemstellung..., p. 313-314

111. *Hirsch*, in: Leipziger Kommentar..., Vor § 32 nm. 170; *Altenhain*, Die Duldung des ungenehmigten Betreibens einer kerntechnischen Anlage, in: B. Heinrich et ali (eds.), Festschrift für Ulrich Weber, Bielefeld, 2004, p. 441 e ss. (pp. 450-451); de acordo, *Rogall*, Gegenwartsprobleme..., p. 525, que exige ademais que ao órgão administrativa esteja legalmente facultada tal modalidade de comportamento informal; *M. Schröder*, Verwaltungsrecht..., p. 226-227, desde que a tolerância ativa possa ser considerada um ato autorizativo, em especial por dispensar ela requisitos formais; próximo também *Rudolphi*, Schutzgut..., p. 209; Primat..., p. 198.

tolerância ativa é ato autorizativo, máxime quando este depende de algum requisito formal, como a forma escrita, para a sua validade.[112] Outra opinião interessante é a de *Papier* e outros, para os quais a tolerância, em si, não passa de um ato real, ao qual se pode conceder a eficácia jurídica de "quase-legalização" da atividade do particular se esta for tolerada por tanto tempo a ponto de que uma súbita mudança de rumo pela administração viole o *princípio da proporcionalidade.*[113] Parece-me, contudo, que aqui o princípio da proporcionalidade é utilizado como slogan vazio de conteúdo, uma vez que ter-se-á de perguntar: a mudança de rumo é desproporcional por quê?, e será a resposta a esta pergunta que nos dará os reais critérios aplicados na resolução do problema.[114]

Seria porém descuidado concluir que tem razão o primeiro posicionamento ao negar qualquer eficácia à tolerância. É verdade que a tolerância de início não é mais do que um fato, mas há casos em que esse fato pode vir a relevar, sim, para o direito. A administração se apresenta publicamente como vin-

112. Por ex., *Odersky*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Gewässerverunreinigungen, in: Jescheck/Vogler (eds.), Festschrift für Tröndle, Berlin etc., 1989, p. 291 e ss.

113. *Papier*, Zur Disharmonie..., p. 6; também recorrendo em parte a princípio da proporcionalidade *Kuhlen*, Zum Umweltstraftrecht in der BRD..., p. 272, e *Fluck*, Die Duldung des unerlaubten Betreibens genehmigungsbedürftiger Anlagen, in: NuR 1990, p. 197 e ss. (p. 199).

114. Outras opiniões que poderíamos aqui consignar são a de *Rengier*, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung..., p. 906, que considera relevante a tolerância que cumpra as funções de controle que ele atribui ao procedimento autorizativo; de acordo *Heine*, Verwaltungsakzessorietät..., p. 2.434; a de *Kuhlen*, Zum Umweltstraftrecht in der BRD..., p. 272, que além de recorrer ao princípio da proporcionalidade (vide nota anterior) considera penalmente relevante a tolerância que consubstancie um juízo valorativo da administração, no sentido de que a continuação por certo tempo das atividades toleradas ainda é de se preferir à sua interrupção imediata; a de *Samson*, Konflikte..., p. 804, para o qual se a tolerância ocorre dentro da legalidade, não lesiona o particular qualquer bem jurídico ambiental; a de *Malitz*, Zur behördlichen Duldung..., p. 137 e ss., para o qual quase todos os casos de tolerância são ilícitos e por isso sem relevância para o direito penal, podendo a tolerância excluir a antijuridicidade nos excepcionais casos em que for lícita; a de *Dahs/Pape*, Die behördliche Duldung..., p. 395-396, para os quais a tolerância opera de modo similar ao consentimento (!), excluindo o injusto, pouco importando se manifestada ou não; a de *Heghmanns*, Grundzüge..., p. 272, para o qual inexistem, a rigor, casos de tolerância, apresentando os fenômenos tratados sob esta rubrica em geral já o caráter de atos autorizativos; a de *Schmitz*, Verwaltungshandeln..., pp. 116-118, para quem toda tolerância legal conhecida pelo autor opera como causa de justificação.

culada ao princípio da legalidade, e os cidadãos podem confiar em que a administração atua segundo a lei. Em razão disso, tem o particular em certos casos o direito de supor que a atitude da administração de tolerar sua atuação seja uma atitude conforme à lei, que só poderia ser assumida se também ele, particular, estivesse agindo em conformidade com a lei. Que casos serão esses? Creio que não os de simples tolerância ativa, como quer a doutrina minoritária acima mencionada, mas sim os *casos de tolerância ativa em que a administração sinalize ao particular que não intervem por estar esse agindo já dentro da lei*; devendo-se, ademais, exigir que *inexistam indícios concretos no sentido de que haja outras razões* (como por ex. receio de desagradar um "coronel") orientando a decisão de não intervir. Noutras palavras: apenas nos casos em que a tolerância pela administração gerar no particular a *confiança justificada de que age licitamente* poder-se-á atribuir-lhe a mesma eficácia do ato autorizativo formal.[115]

Os fundamentos desta posição aqui esboçada reportam ao que dissemos acima, ao declararmos que os atos autorizativos têm função de concretizar o que é o risco permitido no caso concreto. Isso significa, dissemos, que a existência de um tal ato transforma o risco automaticamente em permitido, mas não que a sua inexistência faça do risco algo proibido. Ou seja, os demais parâmetros de concretização do risco permitido/proibido continuam a ser aplicáveis, eles apenas não prevalecem quando o ato autorizativo é concedido (e isso, vimos, por exigência do princípio da legalidade). Aqui nada mais estamos fazendo do que aplicar estes parâmetros adicionais, em especial o *princípio da confiança*, para dizer que quando a administração der ao particular razões suficientes para que ele confie em que seu comportamento nada tem de errado, então de fato seu

115. Bastante próximos à posição aqui defendida *Wasmuth/Koch*, Rechtfertigende..., p. 2438; *Odersky*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit..., p. 301; e também *Fluck*, Die Duldung..., p. 199, 201, que combina a aplicação do princípio da proporcionalidade com as considerações referidas à proteção da confiança. Críticos *Schmitz*, Verwaltungshandeln, p. 107 e ss.; *Malitz*, Zur behördlichen Duldung..., p. 135.

comportamento deve ser considerado lícito. Não se trata de mero erro de proibição inevitável,[116] porque o particular nada fez de errado, e sim agiu corretamente.[117] Se alguém cometeu algo errado, foi a administração.

Aplicando a idéia a nosso caso concreto, parece que o particular que constrói sem o ato autorizativo, apenas sabendo que a administração não o concedeu e que sabe de suas atividades, não tem razões suficientes para crer que pode agir dessa forma. Se, por ex., o particular reitera seus requerimentos de concessão do ato autorizativo, aguarda um tempo, e depois dá início às edificações bem aos olhos do poder público, que por sua atitude deixa claro que nada fará, neste caso poderíamos, sim, considerar a tolerância como igualmente eficaz ao real ato autorizativo, porque até o homem prudente teria aqui razões para crer que cumpre todos os requisitos legais.

## 8. Normas construídas sem remissão ao direito administrativo[118]

No direito ambiental, norma penal e administrativa se aproximam tanto que até em crimes sem remissão expressa ao direito administrativo este se mostra indispensável para delimitar o conteúdo da proibição. Vejamos o crime de poluição (art. 54: "Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora"). Aqui se discute se há crime já em caso de qualquer modificação negativa do meio ambiente geradora dos efeitos que a norma menciona, ou se as modificações negativas devem, ademais, ultrapassar os padrões ambientais fixados pela Administração. Os estudiosos de

116. Assim, ao que parece, *Tiedemann*, Die Neuordnung..., p. 42.

117. Acertadamente *Fluck*, Die Duldung..., p. 203.

118. Cf. sobre este problema também Luís Greco, Direito administrativo e crime ambiental, em: *Valor*, 05.10.2005, p. E2, estudo que serviu de base para a elaboração do presente tópico.

direito ambiental em sua maioria defendem que os padrões ambientais são irrelevantes, e que pode haver delito de poluição mesmo que eles sejam respeitados.[119] Tal conclusão decorre de um erro comum na argumentação dos estudiosos de direito ambiental, que consiste em ignorar os princípios de garantia e imputação do direito penal. Vimos que até em delitos tradicionais como o de lesões corporais (art. 129 Código Penal: "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem") é necessário recorrer a parâmetros que transcendem às meras palavras da lei para delimitar o alcance exato da proibição. É por isso, p. ex., que o médico que, numa cirurgia, corta a barriga do paciente obedecendo aos parâmetros da medicina não realiza uma conduta proibida de lesões corporais – ainda que, já ao momento da prática do fato, haja vozes que questionem a necessidade desta intervenção cirúrgica para combater o mal em questão. O princípio geral, aplicável tanto aos casos de lesões corporais quanto ao crime de poluição, é que *quem se comporta atendendo aos parâmetros gerais de prudência a ele dirigidos não pratica qualquer ação proibida*. E o empresário prudente vê nos padrões ambientais algo de valor análogo ao de procedimentos cirúrgicos consagrados para o médico. Noutras palavras: normas e atos administrativos relevam para o direito penal e restringem o âmbito do proibido na medida em que eles forem usados como parâmetro de orientação por pessoas consideradas prudentes. Isso significa que o particular pode confiar nos padrões ambientais fixados pela Administração, e se a eles se ativer, não cometerá o delito do art. 54 da Lei 9.605/98 ainda que saiba que sua conduta modifica negativamente o meio ambiente. Afinal, a decisão do administrador de fixar um padrão ambiental leva em conta não somente a necessidade de proteger o meio ambiente (contrariamente ao que parece supor a opinião mencionada), mas também interesses contrapostos, entre os quais se encontram não apenas interesses econômicos, como também o interesse geral de liber-

119. Leme Machado, *Da poluição...*, p. 12; Fedeli, Responsabilidade penal por contaminação de águas subterrâneas, em: *Revista de Direito Ambiental* 34 (2004), p. 59 e ss. (p. 67).

dade dos cidadãos. O particular não tem como avaliar se decisão tamanhamente complexa está certa ou errada, e por isso pode confiar em que ela esteja certa. Analogamente, pode o médico confiar no que consta de autorizados tratados de medicina ainda que saiba que está cortando a pele do paciente.

Com isso não se desprotege o meio ambiente em caso de erros da administração, mas se protege o cidadão de ter de pagar por um erro que não é seu. Nos casos de erro na fixação dos padrões, quem deve responder é o administrador, ou seja, quem errou, e não apenas por um crime específico de funcionário público, mas já e também pelo próprio crime de poluição – o que, curioso, é uma possibilidade raramente sequer mencionada pelos estudiosos do direito ambiental. A que título, se por autoria ou participação, é um problema que mereceria tratamento próprio, ao qual não nos poderemos dedicar nos limites do presente estudo.

## 9. Síntese

1. Distinguem-se três formas de acessoriedade administrativa, isto é, de dependência da proibição penal em relação ao direito administrativo: a acessoriedade conceitual, a acessoriedade ao ato administrativo individual e a acessoriedade ao ato administrativo geral.

2. O princípio da legalidade seguramente não está violado nas normas penais cujas remissões ao direito administrativo se limitem a concretizar o que é o risco juridicamente desaprovado, vez que tal recurso ao direito administrativo teria de se fazer até mesmo no caso de normas sem remissão expressa. Ocorre que se a remissão é feita pela lei penal, está o próprio princípio da legalidade a impor que apenas o ato que viole a disposição de direito administrativo será considerado penalmente proibido. Se há outros casos em que as remissões podem ser legítimas, tem de ficar em aberto, consignando-se apenas que a solução das cortes constitucionais é pouco satisfatória.

3. O ato autorizativo ilegal, mas eficaz vincula o Direito Penal, por motivos de legalidade.

4. É controvertido se o ato proibitivo ilegal, mas eficaz vincula ou não o direito penal.

5. Se o particular tem direito ao ato autorizativo, e este não lhe é concedido por violação de uma competência vinculada, não pode o particular ser punido, a não ser que se trate de um dos raros casos em que a norma penal tutele a prerrogativa de controle da administração.

6. Para fins penais, a tolerância pela administração de um comportamento não autorizado equivale à autorização, desde que uma tal atitude gere no particular a confiança justificada de que não se intervém porque seu comportamento é lícito.

7. Também nos casos em que a lei penal não faz remissão expressa ao direito administrativo, tem esse relevância na fixação do que constitui o risco juridicamente desaprovado.

# Jurisprudência e Direito Penal

René Ariel Dotti

Professor Titular de Direito Penal.
Vice-Presidente da Associação Internacional
de Direito Penal, membro de seu Comitê
Científico (Paris) e Presidente do Grupo
Brasileiro (AIDP – Brasil). Membro
da Sociedade Mexicana de Criminologia.

**Sumário:** 1. Conceito de jurisprudência – 2. Função – 3. O papel do juiz – 4. Proibição em matéria penal – 5. Súmula da jurisprudência predominante – 6. Admissão em matéria penal – 7. Conceito de Direito Penal – 8. O curso de Direito e a preparação do juiz – 9. A jurisprudência e a liberdade judicial – 10. Jurisprudência e positivismo jurídico – 11. Jurisprudência e segurança jurídica – 12. Bibliografia.

**Resumo:** O texto amplia e pontualiza a exposição oral sobre as relações entre Direito Penal e decisão judicial e a necessidade de estimular uma *jurisprudência crítica*. Embora a jurisprudência seja uma *fonte secundária* das normas penais é através da atuação dos órgãos individuais ou colegiados da jurisdição nos casos concretos que se estabelecem paradigmas legislativos para revisão, criação ou revogação das normas penais. Pode-se dizer que enquanto a doutrina é o *direito pensado* a jurisprudência é o *direito trabalhado*. Sob outro aspecto, deve-se realçar o papel institucional, político e social dos tribunais num Estado Democrático de Direito como fiadores da aplicação correta da Constituição e dos princípios gerais que ela adota.

**Palavras-chave:** Jurisprudência – Direito Penal – Jurisprudência e Direito Penal – Jurisprudência e segurança jurídica.

## 1. Conceito de jurisprudência

O vocábulo *jurisprudência* deriva do latim (*jurisprudentia*) e é composto pelas palavras *jus* (Direito, ciência do Direito) e *prudentia* (sabedoria). Consiste, literalmente, na sabedoria com que se interpreta e aplica o Direito.

Em sentido estrito, a jurisprudência constitui o conjunto das decisões dos juízes e dos tribunais em que se recolhe a orientação por eles seguida na interpretação e aplicação das leis nos casos concretos, nas hipóteses de ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade (CF/88, art. 102, I, *a*). Em sentido lato, significa a ciência do Direito e das leis.

Existem outras conotações para a expressão indicando a tendência de uniformização do pensamento a propósito de determinados assuntos jurídicos. Pode-se falar em: *a)* jurisprudência dos conceitos (criticando, numa perspectiva irônica, uma escola de interpretação); *b)* jurisprudência dos interesses (escola jurídica surgida na Alemanha, no começo do século passado, segundo a qual o legislador visa atender interesses de pessoas ou grupos sociais quando elabora a norma); *c)* jurisprudência dos valores (orientação hermenêutica que se sobrepõe aos textos legais e ao formalismo exegético para resgatar as tendências jusnaturalistas evocando a Filosofia dos Valores).

## 2. Função

A jurisprudência está dirigida, inicialmente, ao entendimento correto da lei, completando-a e aperfeiçoando-a, respeitando sempre os valores que lhe serviram de inspiração, bem como provendo a fiel e exata aplicação das normas assim obtidas, em obediência aos interesses do Direito e da Justiça. Como salienta Domingues de Andrade, a jurisprudência está, portanto, "ao serviço da lei, mas num sentido de obediência pensante, que atende menos à letra que mata do que ao espírito que vivifica; e para além da lei, mas através dela, ao serviço do ideal

jurídico – do nosso sentido do Direito quem em cada momento deve ser". (*Sentido e valor da jurisprudência*, p. 40).

A jurisprudência é considerada como fonte secundária das normas penais. Em tal sentido é a lição de José Frederico Marques que reconhece a existência de inúmeros exemplos da influência exercida pelos pronunciamentos jurisdicionais na evolução e aplicação das regras punitivas (*Tratado*, I/195).

## 3. O papel do juiz

O art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942) declara que na aplicação da lei, "O juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Tal princípio vale para todos os ramos jurídicos e em particular para a judicatura criminal em face da relevância dos interesses em confronto e porque o Direito Penal é a disciplina que dispõe das reações mais graves para combater a vasta gama de ilicitudes.

O magistrado deve subsumir a realidade do caso concreto ao modelo normativo, inserindo-o na respectiva hipótese abstrata e depois extrair a sua conclusão. A decisão assim obtida vale como lei individual para as partes. Já foi dito em antológica oração de sapiência, que em tal sentido o juiz será realmente "o intermediário entre a norma e a vida, o instrumento vivente que transforma o comando abstracto da lei no comando concreto da sentença. Será a viva voz do Direito, ou mesmo a própria encarnação da lei. Porque a lei, com efeito, só tem verdadeira existência prática como é entendida e aplicada pelo juiz" (Domingues de Andrade, ob. cit., p. 38).

## 4. Proibição em matéria penal

A jurisprudência não constitui fonte (mediata) de Direito Penal. Somente nos regimes políticos revolucionários, quando o princípio da legalidade dos crimes e das penas é desprezado, pode-se divisar a possibilidade dos tribunais

revolucionários ditarem precedentes que sejam utilizados como paradigmas de condutas puníveis.

As decisões em torno de fatos ou normas jurídicas, feitas pelos juízes e tribunais, não criam o Direito; apenas o interpretam. E quando o fazem de modo reiterado, instituem as súmulas.

## 5. Súmula da jurisprudência predominante

O vocábulo súmula (do latim, *summula* = resumo) tem geralmente o sentido de sumário ou índice de alguma coisa. Assim, a súmula de uma sentença ou de um acórdão é o resumo ou a ementa do julgado (cf. de Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, p. 784).

A partir de março de 1964, o STF passou a adotar a súmula contendo verbetes aprovados em sessão plenária de 13.12.1963. O seu idealizador e principal organizador foi o Min. Victor Nunes Leal, tendo como objetivo maior a uniformização da jurisprudência predominante naquela Corte sobre matérias que não suscitassem controvérsia fatual ou jurídica, além de servir de um roteiro de precedentes para os profissionais do foro. No julgamento proferido pelo STF no dia 21.03.1966 (HC 42.958/SP), o Min. Prado Kelly, na qualidade de relator, definiu a natureza e a missão da súmula, nos seguintes termos: "Conveniência de evitar, quando possível, a versatilidade nos julgamentos e restituir à jurisprudência o valioso papel que desempenha na ordem jurídica, sem se incorrer, todavia, nos perigos da estratificação abusiva, nem da coerção reprovável" (*RTJ* 37/159).

O instituto da súmula foi introduzido no sistema positivo pelo CPC de 1973 (art. 479 e parágrafo único) e adotado pelos regimentos de tribunais federais e estaduais. Trata-se de uma valiosa fonte de conhecimento e de interpretação do direito positivo, sistematicamente compilada pelos organizadores de textos do CP e das leis extravagantes. As súmulas do STF, STJ, TSE, do extinto TFR e de cortes dos Estados servem ao profissional do foro e ao estudioso dos temas penais.

## 6. Admissão em matéria penal

Pode-se afirmar que enquanto a doutrina é o direito pensado a jurisprudência é o direito trabalhado. O seu papel é decisivo não somente para estabelecer os precedentes como também para modificar o direito positivo.

Nas reformas do CP, determinadas pela Lei 6.416 de 24.05.1977 e Lei 7.209 de 11.07.1984, foram acolhidas orientações adotadas pelo STF e constantes das Súmulas 146 (prescrição da ação penal pela pena concretizada), 388 (extinção da punibilidade pelo casamento da ofendida com terceiro) e 499 (concessão do *sursis* para réu já condenado à pena de multa). Tais Súmulas foram incorporadas no CP em face das alterações determinadas pelos diplomas acima referidos (art. 110, § 1.º; art. 107, VIII; art. 77, § 1.º). Outra norma penal elaborada em função da tendência dos tribunais foi a do art. 120 do CP ("*A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência*").

Eliminaram-se, com essa consagração legislativa, as incertezas doutrinárias e as flutuações da jurisprudência, máxime quanto ao problema da reincidência.

## 7. Conceito de Direito Penal

O Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas nas quais se manifesta o interesse dos cidadãos, interpretado pelo Estado, na previsão e definição dos fatos puníveis e respectivas sanções, bem como na aplicação de princípios e regras de proteção aos bens jurídicos fundamentais à convivência social.

São normas incriminadoras aquelas que definem as infrações penais e cominam a pena ou a medida de segurança. São normas não incriminadoras todas as demais previstas no ordenamento positivo. Ora são permissivas (previsão de causas de exclusão do crime ou isenção de pena), ora são explicativas (previsão de conceitos, como os indicados pelos arts. 3.º, 4.º, 6.º etc.).

Conforme João Mestieri, o Direito Criminal, no senso objetivo, "é o conjunto de regras jurídicas de direito público interno enunciador: a) dos princí-

pios gerais referentes à lei penal, ao delinqüente e à reação criminal; b) das infrações penais; c) das penas e das medidas de segurança, com a finalidade de garantir as condições de vida da sociedade" ("Conceito de Direito Criminal", em *Livro de estudos jurídicos*, p. 245).

## 8. O curso de Direito e a preparação do juiz

Para a formação da *alta jurisprudência* os cursos jurídicos em diversos níveis, compreendendo a especialização, devem estimular a investigação, o debate e as experiências didáticas sobre decisões judiciais. Obviamente a perspectiva deve ser crítica. Além do conhecimento da lei seu intérprete e aplicador deve avaliar os conteúdos das sentenças e acórdãos e destacar os precedentes que se harmonizam ou se afastam da Constituição e dos princípios por ela adotados. Trata-se, como se verifica, de uma mudança no *eixo de rotação* das atividades acadêmicas da instituição: em lugar de discutir a lei passa-se a discutir os casos julgados.

É indispensável, nesse plano de trabalho, que o estudante e o juiz aprimorem a cultura sobre os Direitos Humanos e as disciplinas que de uma forma ou outra possam ter conexão com a investigação do caso concreto (Criminologia, Sociologia, Antropologia, etc.)

## 9. A jurisprudência e a liberdade judicial

A livre convicção do magistrado é um dos pressupostos elementares para a decisão justa e uma das garantias essenciais num Estado Democrático de Direito. A *liberdade para decidir* significa a autonomia do espírito na reconstituição de fatos e comportamentos humanos, a salvo de preconceitos de qualquer natureza.

Não basta que o Estado e a legislação ofereçam ao julgador a oportunidade de bem avaliar a prova que existe num processo. É necessário que essa avaliação não seja precedentemente contaminada por qualquer condicionamento ideológico, político, religioso ou de outra ordem.

Há decisões judiciais que aplicam leis inconstitucionais e injustas, homologando o abuso de autoridade em lugar de coibi-lo; há relações íntimas e contagiosas entre setores da administração da justiça criminal, incluindo temerárias ações policiais e núcleos da mídia sensacionalista. Esta subverte o princípio da presunção de inocência e se ocupa da condenação sumária do suspeito ou indiciado, produzindo atípicas sentenças condenatórias que transitam em julgado na consciência popular e jamais podem ser desfeitas pelo instituto da revisão criminal. Apesar da decisão absolutória, a notícia do escândalo não será apagada.

## 10. Jurisprudência e positivismo jurídico

Entende-se por *positivismo jurídico* o movimento que envolve todas as doutrinas que, repelindo as especulações apriorísticas ou metafísicas no terreno jurídico, consideram como única realidade jurídica a que se contém nos códigos (leis penais fundamentais) e na legislação extravagante (leis penais especiais). Para uma caracterização desse movimento é oportuno distinguir três aspectos distintos: *a)* como um modo de compreender o Direito; *b)* como uma determinada teoria ou concepção do Direito; *c)* como uma determinada ideologia da Justiça.

A teoria e a prática do positivismo jurídico, sob a perspectiva da realização da justiça material, demonstram um saldo francamente negativo. Cf. autorizada crítica, a atitude básica do juspositivismo em relação à metafísica privou a ordem jurídica de fundamentos e critérios de legitimidade objetivos e sólidos, deu largas ao relativismo axiológico e permitiu, enfim, que o Direito se convertesse numa simples técnica nas mãos do Poder visando objetivos manifestamente contrários ao bem comum. As nefastas conseqüências desse descaminho estão bem à vista em nossos dias, não apenas nos regimes totalitários, mas, também, nos regimes democráticos. Verifica-se, que num e noutro caso se confunde o Direito com a lei – seja esta a expressão da vontade do chefe, do partido ou do povo – e se promul-

gam leis desconformes com a natureza das coisas, os direitos humanos e, em suma, com as exigências da justiça.[1]

Há inúmeras obras de Filosofia do Direito, publicadas na Europa após a II Grande Guerra, através das quais se demonstram os contrastes irremissíveis entre Direito Natural e o direito positivado. Gustav Radbruch, Eberhard Schmidt e Hans Welzel foram destaques em conferências e textos sobre a fecunda temática: direito injusto e direito nulo.

## 11. Jurisprudência e segurança jurídica

Assim como a lei, também a jurisprudência é um fenômeno cultural que existe para proporcionar segurança nas relações dos indivíduos entre si mesmos ou entre a sociedade ou o Estado.

A formação de uma *cultura crítica* da jurisprudência (vide o verbete 8) irá permitir a evolução de um sistema de julgados que assuma funções garantistas. A edição de súmulas constitui importante passo nessa direção.

A súmula de efeito vinculante pode contribuir para a melhor administração da Justiça, inclusive quanto à garantia constitucional da razoável duração do processo para certas causas envolvendo Direito Administrativo, Tributário e Previdenciário e aspectos processuais. Mas o emprego desse mecanismo deve ser restrito nos campos do Direito e do Processo Penal para não afetar direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A orientação de certos julgados caracteriza uma forma de estabilidade quanto à compreensão da lei resultando daí um aspecto de segurança jurídica.

Um interessante artigo sobre o tema foi escrito pelo Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul e Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Odone Sanguiné. Após analisar posições favoráveis

1. CHORÃO, Mário Bigotte. "Positivismo jurídico", em *Polis*, vol. 4, p. 1426.

à retroatividade da jurisprudência mais gravosa, invoca autores e a sua opinião em sentido contrário, conforme as circunstâncias do caso concreto. São suas essas palavras, com base em autor estrangeiro: "Existem casos em que uma jurisprudência consolidada exerce a função de substituir a lei ou a complementá-la; como nesses casos a jurisprudência uniforme da jurisdição superior exerce a mesma função de orientação que uma lei desempenha, deve aqui também ter lugar a proibição de retroatividade".[2]

## 12. Bibliografia

CHORÃO, Mário Bigotte, "Positivismo jurídico", em *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado,* Editorial Verbo: Lisboa/São Paulo, 1983-1987, vol. 4, p. 1426.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph, *Vocabulário jurídico*, Rio de Janeiro: Editora Forense, atualização de Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves, 14ª ed., 1998.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel. *Sentido e valor da Jurisprudência,* Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora Ltda, 1973.

MARQUES, José Frederico, *Tratado de Direito Penal,* São Paulo: Saraiva, 1964, 2ª ed.

MESTIERI, João. "Conceito de Direito Criminal", em *Livro de Estudos Jurídicos,* coordenação de James Tubenchlak e Ricardo Silva Bustamante, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 245).

2. "Irretroatividade e retroatividade das variações da jurisprudência penal", na revista *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, vol. 5, jan/fev/.mar, 1992, p. 6.

# A nova Lei de Falências: aspectos penais e processuais penais

Cezar Roberto Bitencourt
Advogado Criminalista. Doutor em Direito Penal.

**Sumário:** 1. Considerações preliminares – 2. Natureza da ação penal nos crimes falimentares – 3. Juízo competente e *dominus litis* – 4. Assistente da acusação e legitimidade processual – 5. Decretação da falência e recuperação judicial ou extrajudicial da empresa: condição objetiva de punibilidade – 6. Relatório do administrador judicial e a instauração de inquérito policial – 7. Produção de provas e prazo para denunciar – 8. Obrigação de fundamentar o recebimento de denúncia ou queixa – 9. Rejeição da denúncia ou queixa: apelação – 10. Procedimento processual: rito comum (sumário) – 11. (Ir)retroatividade da nova lei de falência e recuperação de empresas.

**Resumo:** Análise crítico-comparativa da antiga e atual leis de falências, com invocações analíticas do Substitutivo aprovado pela Câmara Federal, especificamente voltada para a área criminal. Questiona-se a evolução do novo texto legal e, particularmente, seus aspectos técnico-legislativos no plano da harmonização do ordenamento jurídico como um todo. O presente texto limita-se ao aspecto procedimental-processual (não enfrenta seus aspectos materiais), numa relação direta com a pretendida celeridade na apuração dos crimes falimentares. A análise não se atém ao conteúdo do novo texto legal, incursionando no exame políti-

co-criminal da conveniência da aplicação de determinados institutos processuais, mesmo que não tenham sido disciplinados expressamente.

**Palavras-chave:** Criminal – Procedimento – Administrador – Assistência – Objetiva.

## 1. Considerações preliminares

A Lei 11.101, de 09.02.2005 – já conhecida como nova Lei de Falência –, posto que substituiu e revogou a anterior (Dec.-lei 7.661/45), tem a pretensão de revolucionar os processos e procedimento falimentares, a começar pela terminologia adotada – falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial de empresas. As mudanças pretendidas são sensíveis também no plano criminal, seja no aspecto material, seja no aspecto processual e, segundo seus defensores, objetiva fundamentalmente, dar maior agilidade tanto do procedimento falimentar como da apuração das responsabilidades pelos crimes falimentares.

Este trabalho destina-se exclusivamente aos iniciantes no direito, àqueles que estão tendo o primeiro contato com o Direito Penal Falimentar; são, na verdade, nossas primeiras reflexões sobre alguns dos aspectos mais relevantes do novo diploma legal. Em razão dessa finalidade, convencionou-se que além de primar pela simplicidade e concisão das considerações expendidas, seria recomendável despreocupar-se com bibliografia especializada, aliás, uma escassez em matéria de crimes falimentares no Brasil.

O Substitutivo que havia sido aprovado na Câmara Federal apresentava elogiáveis avanços político-criminais e metodológicos, a despeito de alguns equívocos que, no contexto, não chegavam a causar grandes prejuízos, se comparados com o diploma legal anterior (Dec.-lei 7.661/45), afora o fato da exagerada gravidade da sanção penal cominada em alguns dos crimes que tipificava. Eram destinados dois capítulos à matéria penal – "Do Procedimento Penal na Liquidação Judicial" (Capítulo VII) e "Dos Crimes" (Capítulo VIII) – sendo este segundo

capítulo dividido em duas seções, uma delas disciplinando as "Disposições Especiais" e a outra, os "Crimes em Espécie".

Desafortunadamente, o Senado Federal alterou todo o texto relativo à essa matéria, destruindo toda a sistematização, que apresentava o Substitutivo aprovado pela Câmara Federal, da lavra do Relator Deputado Oswaldo Biolchi.

## 2. Natureza da ação penal nos crimes falimentares

O art. 184 prescreve que "Os crimes previstos nesta lei são de ação pública incondicionada". No ordenamento jurídico brasileiro, a regra geral é de que os crimes sejam sempre de ação pública incondicionada; a exceção é que sejam de iniciativa privada e, algumas vezes, mesmo mantida a natureza pública, é condicionada, em regra, à representação do ofendido ou de seu representante legal. Nessas duas hipóteses – de exclusiva iniciativa privada ou pública condicionada – estará sempre expresso no texto legal. Logo, a previsão no *caput* deste artigo até seria desnecessária, embora a sua redação apresente-se tecnicamente correta,[1] mantendo a tradição do direito brasileiro, sem invencionices.

Convém destacar, para não pairar dúvidas, que ao definir que os crimes previstos nesta lei são de ação pública, está implícito que o titular da ação penal é o Ministério Público, nos termos do art. 129, I da CF/88, que dispõe: "São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei". O disposto nos arts. 184, parágrafo único, e 187, *caput*, da nova lei tampouco deixam qualquer dúvida sobre a titularidade privativa da ação penal.

O parágrafo único do artigo citado, adequando-se à previsão constitucional (art. 5.º, LIX da CF/88), prevê a ação privada subsidiária, quando houver inércia do Ministério Público. Esse dispositivo refere-se, no entanto, somente ao "não oferecimento da denúncia" pelo *Parquet*, contrariando todo o sistema jurídico

1. Art. 184. Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

nacional, que é flexível, ao admitir a ação penal subsidiária quando o MP "não denunciar" ou "não promover diligências necessárias" à *persecutio criminis*, como previa corretamente o substitutivo aprovado na Câmara. Contudo, consideramos que este dispositivo exige interpretação sistemática, lendo-se "inércia do *Parquet*" ao invés de "não oferecer denúncia" no prazo legal. Essa orientação, aliás, que não é *contra legis*, procura somente dar ao texto legal "interpretação conforme a Constituição" (art. 5.º, LIX) e, ademais, encontra respaldo na ressalva constante da segunda parte do § 1.º do art. 187 desta lei em exame.

Enfim, essa previsão expressa contida no parágrafo único do art. 184 – consagrando a ação penal privada subsidiária da pública – tem o mérito de afastar a dúvida que a redação do art. 108, parágrafo único, do diploma legal anterior suscitava.

Embora cinco dias (réu preso) ou quinze (réu solto),[2] para a propositura da ação penal, seja um prazo exíguo, não é decadencial: significa dizer que a partir do sexto dia (réu preso) ou décimo sexto (réu solto) da abertura de vista ao Ministério Público, por seis meses, a titularidade do *Parquet* será concorrente com a dos legitimados no parágrafo único deste artigo (qualquer credor habilitado ou o administrador judicial). Esgotado esse prazo, sem o oferecimento da queixa subsidiária, estes legitimados decaem do direito de queixa, retomando o Ministério Público a exclusividade da titularidade da ação penal, enquanto não se verificar a prescrição.

Sintetizando, a titularidade da ação penal é exclusiva do Ministério Púbico, ressalvada a hipótese da ação privada subsidiária da pública. É de seis meses o prazo para o exercício da ação penal privada subsidiária. Operada a decadência dos legitimados, o Ministério Público retoma a exclusividade da titularidade da ação penal, que compartiu com aqueles pelo prazo referido.

2. Art. 184. (...). Parágrafo único. Decorrido o prazo a que se refere o art. 187, § 1.º, sem que o representante do Ministério Público ofereça denúncia, qualquer credor habilitado ou o administrador judicial poderá oferecer ação penal privada subsidiária da pública, observado o prazo decadencial de 6 (seis) meses.

## 3. Juízo competente e *dominus litis*

O Substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados prescrevia que "a ação penal será intentada no juízo da falência", pelo representante do Ministério Público que atuasse no processo falimentar. No entanto, o texto alterado no Senado e que resultou no art. 183 do presente diploma legal, determina que "compete ao juiz criminal da jurisdição" onde foi instaurado o processo de falência, conhecer da matéria criminal. Nesse particular, o novo texto legal não inovou, pois a competência do juiz criminal já era prevista na lei revogada (art. 109, § 2.º, do Dec.-lei 7.661/45).

Na verdade, nesse dispositivo o legislador fez uma opção político-processual e excluiu expressamente o juiz da vara especializada que jurisdiciona o procedimento falimentar (ou de recuperação de empresa), exatamente o inverso do que determinava o Substitutivo da Câmara Federal. Com a substituição do inquérito judicial pelo inquérito policial – equivocadamente, a nosso juízo – afasta-se eventual fundamento que poderia justificar a preferência pela competência do juiz da falência para jurisdicionar também a matéria criminal. Com efeito, o juiz da falência não terá, agora, nenhuma atribuição investigativo-criminal e tampouco terá de receber a peça inicial da ação penal (denúncia ou queixa subsidiária).

Essa opção do legislador, pelo juiz criminal, tem a desvantagem de atribuir jurisdição e competência a um magistrado que não tem conhecimento do procedimento falencial, que, no entanto, é compensada com o mérito de evitar o pré-julgamento além de impedir que o juiz que investiga seja o mesmo que julga.

Silencia o novo estatuto legal, por outro lado, quanto ao Ministério Público que oficiará na ação penal: será o mesmo do procedimento falimentar ou, a exemplo do juiz criminal, deverá ser um agente que atue na área criminal? Essa omissão, acreditamos nós, poderá ser dirimida por leis de organização judiciária. A solução natural, contudo, será conferir essa atribuição ao Ministério Público que atua junto ao juiz criminal a quem couber conhecer e processar a ação penal, como normalmente ocorre em todos os processos dessa seara.

## 4. Assistente da acusação e legitimidade processual

O Substitutivo aprovado na Câmara previa expressamente a figura do assistente do Ministério Público (art. 201, § 1.º), não repetido no texto legal aprovado. Contudo, o novo diploma legal atribui a credor habilitado e ao administrador judicial (art. 184) legitimidade para propor ação penal privada subsidiária, quando for o caso. Ora, quem tem legitimidade para propor ação penal, tê-lo-á, por certo, para figurar como assistente na ação penal pública incondicionada; ademais, o instituto da assistência ao Ministério Público é da tradição e da sistemática do processo penal pátrio (vide arts. 31, 268 e ss. do CPP). O instituto da assistência, contudo, não está amparado pelo art. 506 do CPP, ao contrário do que se afirmou,[3] por que esse dispositivo foi expressamente revogado pelo art. 200 deste novo estatuto, mas fundamenta-se nos arts. 31 e 268 do CPP, combinados com o art. 188, que ressalva a aplicação subsidiária do nosso diploma processual, no que não for incompatível com esta lei.

Os limites e os termos da intervenção, como assistente, são os mesmos disciplinados no Código de Processo Penal. Apesar de o Estado ser o titular do *ius puniendi*, através do Ministério Público, que tem a incumbência de promover a *persecutio criminis*, sabe-se que, não raro, o interesse tutelado tem caráter predominantemente particular, ou, no mínimo, o interesse particular é extremamente relevante, justificando-se que, excepcionalmente, os juridicamente interessados possam, senão promover a ação penal, pelo menos reforçar a atuação do Ministério Público na condição de assistente (arts. 268 e ss. do CPP). Assim, os legitimados – administrador judicial ou qualquer credor habilitado – podem atuar como "interveniente adesivo facultativo".[4] Enfim, toda a disciplina do instituto da assistência contida no CPP tem inteira aplicação nesta lei.

3. Antonio Magalhães Gomes Filho. Breves anotações sobre o novo processo penal falimentar. *Boletim do IBCCRIM* 148, março de 2005, p. 12.

4. Fernando da Costa Tourinho Filho. *Código de Processo Penal Comentado*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 434.

A despeito da natureza democrática do instituto da assistência, preocupa-nos a abrangência que a interpretação da nova lei pode atribuir-lhe, particularmente quanto aos legitimados (qualquer credor habilitado e administrador judicial). Não se trata de pretender excluir este ou aquele interessado, mas apenas assegurar a viabilidade operacional, pois, se todos os credores habilitados, por exemplo, resolverem intervir como assistentes será impossível o desenvolvimento regular do processo criminal, em razão da afluência de "assistentes habilitados". Por isso, a nosso juízo, o primeiro credor que se habilitar representará os demais, a exemplo, *mutatis mutandis*, do Ministério Público, quando, ofertada a denúncia, por um de seus membros, impede que outros repitam esse ato processual.

O ideal, por fim, seria que o Comitê de Credores tivesse recebido poderes para representar os credores habilitados tanto para o oferecimento de queixa-crime subsidiária quanto para habilitar-se como assistente do MP; acreditamos, enfim, que essa será a alternativa ideal para solucionar essa omissão.

## 5. Decretação da falência e recuperação judicial ou extrajudicial da empresa: condição objetiva de punibilidade

Sem a decretação da falência, homologação da recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, não se pode falar em "crime falimentar" e muito menos em ação penal decorrente desses crimes. Essa sentença é pressuposto da ação penal e da própria punibilidade.[5] É sempre polêmica a definição da natureza jurídica dessa exigência legal: será condição objetiva de punibilidade ou será condição objetiva de procedibilidade? Ou quem sabe as duas coisas?

Como sustenta, com acerto, Walter Bittar,[6] "a exigência de sentença declaratória de falência (reconhecidamente uma condição objetiva de punibilida-

5. Art. 180. A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.

6. Walter Barbosa Bittar. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 72.

de), no caso do crime falimentar, não está descrita na norma incriminadora, mas condiciona a punibilidade, limitando-a, em face da necessidade da sentença". Nesse sentido, a lapidar conclusão de Juarez Tavares[7] vai mais longe: "a declaração de falência continua sendo uma condição objetiva de punibilidade também nos crimes pós-falimentares, de tal sorte que se essa sentença, por algum motivo for reformada ou anulada, embora os fatos se tenham consumado, restarão impuníveis ...". Com efeito, as condições objetivas de punibilidade são alheias à estrutura do crime, isto é, não o integram e, por conseguinte, não são objetos do dolo ou da culpa.[8] Nessa mesma linha, Luiz Regis Prado afirma que as condições objetivas de punibilidade são "exteriores à ação e delas depende a punibilidade do delito, por razões de política criminal (oportunidade, conveniência)".[9]

Condições objetivas de procedibilidade, por sua vez, são aquelas condições específicas da ação, cuja ausência ou inocorrência impedem a interposição da própria ação penal ou, quando esta já se encontra em andamento, não permitem seu prosseguimento. Não é outro o entendimento de Tourinho Filho, para quem "condições de procedibilidade são condições específicas da ação. São os requisitos especiais exigidos por lei para que seja admissível a acusação".[10] O Substitutivo aprovado na Câmara Federal condicionava o início da ação penal à "decretação da falência" (art. 204), configurando, nessa hipótese, condição objetiva de procedibilidade, ou seja, um autêntico requisito específico da ação penal, sem o qual não se poderia iniciá-la. Contudo, esse texto também foi alterado no Senado, constando expressamente que a referida decisão judicial é condição objetiva de punibilidade (art. 180). Aqui o Senado Federal invadiu o campo da ciência,

7. Juarez Tavares. *Teoria do injusto Penal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 204.

8. Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito Penal*, v. 2, 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 118. Veja, nesse sentido, nosso entendimento sobre a natureza jurídica da morte e das lesões corporais graves no crime descrito no art. 122 do CP.

9. Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal*, 1.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 482.

10. Fernando da Costa Tourinho Filho. *O Processo Penal*, v. 1. São Paulo: Jalovi, 1977, p. 261.

indo além de sua função legislativa, para definir a natureza jurídica de um instituto processual, que poderia ser melhor trabalhado pela doutrina e jurisprudência.

Nesse particular, porém, não há novidade na Lei 11.101/2005, na medida em que a doutrina referindo-se à lei anterior, em folgada maioria, como vimos, sustentava que "a sentença declaratória da falência" era um dos exemplos de condição objetiva da punibilidade, no crime falimentar.[11] Em sentido contrário, no entanto, para Assis Toledo, a exigência da sentença declaratória de falência, "pode-se, com enorme dose de razão, sustentar que o que fica em suspenso, na dependência da superveniência daquela condição legalmente estabelecida, não é o crime ou a tipicidade da conduta, mas sim e tão-somente o exercício da ação penal".[12] Em outros termos, o saudoso Ministro Francisco de Assis Toledo sustentava que a sentença declaratória da falência era condição objetiva de procedibilidade.

Dessa forma, "com boa dose de razão", como dizia Assis Toledo, pode-se admitir a natureza mista da sentença declaratória de falência ou de recuperação de empresa, isto é, se pode considerá-la como condição objetiva de punibilidade, como determina o texto legal, e, ao mesmo tempo, condição objetiva de procedibilidade, em razão dos efeitos práticos que produz.

## 6. Relatório do administrador judicial e a instauração de inquérito policial

O art. 186 determina ao administrador judicial que, em até quarenta (40) dias, prorrogáveis por igual prazo, entregue o relatório da empresa falida, previsto no art. 22, III, *e*, devidamente circunstanciado. Trata-se, na verdade, de um dos deveres funcionais do administrador judicial, a exemplo do que ocorria na legis-

11. Walter Bittar. *As condições objetivas de punibilidade*... p. 72; Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal*... p. 482

12. Francisco de Assis Toledo. *Princípios Básicos de Direito Penal*... p. 157.

lação anterior com a figura do síndico. Referido dispositivo[13] determina que o relatório deverá conter os nomes dos responsáveis e a individualização dos fatos, praticados por cada um, devidamente tipificados. Essa exigência legal atende a necessidade de fundamentação de uma acusação preliminar que exige, no mínimo, indícios veementes para justificar uma investigação criminal. Pretende-se, enfim, afastar imputações levianas e irresponsáveis decorrentes, muitas vezes, da simples dificuldade econômica ou financeira enfrentada pelo falido. Essa necessidade de indicar os responsáveis e apontar onde ocorreu infringência legal harmoniza-se com a obrigatoriedade de fundamentar a admissão ou recusa de uma futura denúncia ou queixa.

Por fim, as cautelas completam-se com a determinação do parágrafo único do mesmo art. 186, de instruir o relatório "com o laudo do contador, encarregado do exame da escrituração do devedor".[14]

Na lei revogada (Dec.-lei 7.661/45), era atribuição do síndico requerer a instauração de inquérito (art. 103, § 1.º), cabendo supletivamente, na omissão daquele, aos próprios credores (art. 104) e ao Ministério Público (art. 105) fazerem-no. O Substitutivo aprovado na Câmara Federal também atribuía essa função ao "administrador judicial", nova terminologia daquele que exercia a função de síndico. No entanto, pelo novo diploma legal, somente o Ministério Público está, acertadamente, legitimado a "requisitar a instauração de inquérito policial" (art. 187, *caput, in fine* da nova Lei de Falências), "se entender necessário", para promover a ação penal. Pelo novo texto legal, nem supletivamente o administrador judicial e os credores habilitados estão autorizados a requerer a instauração de inquérito.

13. Art. 186. No relatório previsto na alínea *e* do inciso III do *caput* do art. 22 desta Lei, o administrador judicial apresentará ao juiz da falência exposição circunstanciada, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença, e outras informações detalhadas a respeito da conduta do devedor e de outros responsáveis, se houver, por atos que possam constituir crime relacionado com a recuperação judicial ou com a falência, ou outro delito conexo a estes.

14. Art. 186. (...). Parágrafo único. A exposição circunstanciada será instruída com laudo do contador encarregado do exame da escrituração do devedor.

Nesse ponto, a nova lei comete outro pecado capital: ao contrário da lei revogada que consagrava o inquérito judicial, o novo diploma legal, em verdadeiro retrocesso, prevê a requisição de "inquérito policial", para uma atividade que a polícia brasileira nunca esteve, não está e nunca estará preparada e aparelhada para exercê-la. Nesse nosso entendimento, convém destacar de plano, não há nenhum ranço discriminatório, encerrando somente a constatação de que a matéria não se inclui no contexto próprio de segurança pública, sendo atividade historicamente alheia às atribuições policiais. Será uma demasia exigir das organizações policiais – já tão carentes de recursos materiais e humanos – que se aparelhem para o exercício dessas novas atribuições, com pouca ou nenhuma vantagem prática.

No diploma revogado, o relatório circunstanciado do síndico da massa falida (indicando as causas da quebra e o procedimento do devedor) dava início ao inquérito judicial, que, repetindo, era presidido pelo juiz da falência. De regra, a exposição circunstanciada do síndico era acompanhada da documentação necessária e que comprovava eventuais infrações penais, que, normalmente, era complementada pela perícia contábil, a qual, não raro, transformava-se na prova mais relevante dos crimes falimentares.

Parece-nos que afastar a titularidade do juiz do processo falimentar da presidência do inquérito (judicial) burocratiza, enfraquece e aumenta a morosidade da investigação nos crimes falimentares. Nesse particular, com a *venia* devida, discordamos do entendimento sustentado por Antonio Magalhães Gomes Filho,[15] quando aplaude a "transformação" do inquérito judicial em inquérito policial, nos seguintes termos: "Na verdade, o seu efeito prático era o de procrastinar a persecução dos ilícitos penais relacionados à quebra, com a conseqüente prescrição, sem, em contrapartida, oferecer reais oportunidades de defesa ao falido". Na realidade, o que procrastinava as investigações dos crimes falimentares não

15. Antonio Magalhães Gomes Filho. Breves anotações sobre o novo processo penal falimentar. *Boletim do IBCCRIM*, 148, de março de 2005, p. 12.

era a natureza do inquérito – judicial ou policial – mas a sua obrigatoriedade, quando o síndico, na sua exposição circunstanciada, concluísse pela existência de crime (art. 103, § 1.º, Dec.-lei 7.661/45); não tendo o síndico requerido a instauração do inquérito judicial, os credores poderiam fazê-lo (art. 104), ou, por fim, o próprio Ministério Público (art. 105). De notar-se que, via de regra, esse inquérito, na hipótese de crime falimentar, era absolutamente desnecessário e inútil, por que a prova já estava pronta nos próprios autos da falência, devidamente complementada com o laudo pericial contábil. Por isso, sua exigência era efetivamente procrastinatória e fonte causadora de prescrição. Assim, não será a simples alteração do rótulo do inquérito (judicial ou policial) ou substituição da autoridade encarregada de presidi-la que irá diminuir ou eliminar seus efeitos retardatários, mas sim a faculdade de sua instauração, justificada somente quando se tornar indispensável.

Não era, voltamos a repetir, o fato de ser inquérito judicial que o tornava moroso e inadequado, pois se tivesse a natureza policial, parlamentar ou administrativa não lhe retiraria esses efeitos procrastinatórios. Agora, pelo novo texto legal, somente o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime falimentar, se "entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial" (art. 187). Ninguém mais detém essa prerrogativa, ao contrário do que ocorria no texto revogado. Essa faculdade de dispensar a requisição de inquérito – dêem-lhe a adjetivação que quiserem – revela-se, sim, altamente positiva e facilitadora da agilização da investigação criminal. Enfim, a requisição de inquérito está condicionada à sua efetiva necessidade (essa avaliação é exclusiva do Ministério Público).

Por fim, desnecessário destacar que a requisição de "inquérito policial", que preferíamos fosse judicial, somente se justifica se o relatório do administrador judicial e o dito laudo pericial demonstrarem ou, pelo menos, sugerirem a existência de irregularidades que possam caracterizar crime e, repetindo, se for imprescindível à apuração dos fatos.

O ideal, na nossa concepção, seria que o inquérito continuasse sendo judicial, e presidido pelo próprio juízo da falência que conduziria melhor as investigações preliminares, acumulando-as com os dados colhidos no processo falimentar. Concluído o inquérito judicial, o juiz-investigador encaminhá-lo-ia ao juízo criminal que presidiria o respectivo processo; assim, um juiz faria a investigação, e outro presidiria a instrução criminal que culminaria com a sentença final, evitando-se, dessa forma, a contaminação investigatória do julgador.

Nesse inquérito, à evidência, se for instaurado, deverão ser asseguradas às garantias constitucionais-processuais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, a despeito da polêmica que pairava no passado relativamente ao inquérito judicial. Aquela desinteligência sobre a sua natureza inquisitorial ou contraditória (acusatória) travada na doutrina e na jurisprudência está completamente superada sob a égide da atual Constituição Federal, que assegura o respeito desses princípios em todo procedimento criminal, administrativo ou ético (art. 5.º, LIV e LV).

## 7. Produção de provas e prazo para denunciar

Estão fora das atribuições do administrador judicial, requerer produção de provas, instauração de inquérito ou realização de diligências necessárias à elucidação dos fatos; cabe-lhe, tão-somente, relatar os fatos circunstanciadamente (art. 186). Aquelas atribuições investigatório-probatórias estão afetas ao Ministério Público que, como titular da ação penal, deve procurar subsídios suficientes para formar a *opinio delicti*. Evidentemente, só serão realizadas aquelas diligências que forem exeqüíveis e legalmente permitidas; as demais, a própria natureza das coisas encarregar-se-á de inviabilizá-las. Não se pode olvidar, por óbvio, que as provas são limitadas pela própria Constituição Federal: somente são admissíveis aquelas provas que forem moralmente legítimas, não vedadas em lei e não forem obtidas por meio ilícito.

O Ministério Público, segundo o novo texto legal, intimado da sentença que decreta a falência ou recuperação do devedor, tem três oportunidades para, se for o caso, oferecer denúncia: a) promover imediatamente a ação penal pública (art. 187, *caput*); b) requisitar, se entender necessário, a abertura de inquérito policial (art. 187, *caput, in fine*) ou, finalmente; c) aguardar a apresentação da exposição circunstanciada do administrador judicial (art. 187, § 1.º), estando o réu solto ou afiançado (afiançado também é hipótese de réu solto). Segundo a letra fria da lei, não há previsão para o Ministério Público, nessa fase, requisitar diligências, nessa fase investigatório-preliminar. Desejando fazê-lo, segundo essa ótica, teria que requisitar o dito inquérito policial.

Com efeito, o *caput* do art. 187 determina que intimado o Ministério Público da sentença falimentar ou recuperatória do devedor, constatando a existência de crime "previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial".[16] Promover ação penal imediatamente ou, se necessário, requisitar inquérito policial constitui, a nosso juízo, previsão absolutamente equivocada, na medida que pretende "embretar" o Ministério Público, suprimindo-lhe sua atribuição institucional de avaliar o "material" que recebe, formular sua *opinio delicti* e deliberar sobre a promoção que, juridicamente, lhe competir. Ignora o texto legal que esse juízo é exclusivo do Ministério Público, que é o *dominus litis*, isto é, o titular da ação penal. Na verdade, ao receber as "peças informativas" o Ministério Público analisando-as pode chegar a uma das seguintes conclusões: denunciar (se houver

16. Art. 187. Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.

§ 1.º O prazo para oferecimento da denúncia regula-se pelo art. 46 do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, salvo se o Ministério Público, estando o réu solto ou afiançado, decidir aguardar a apresentação da exposição circunstanciada de que trata o art. 186 desta Lei, devendo, em seguida, oferecer a denúncia em 15 (quinze) dias.

fundamento para tal); requisitar diligências, quando necessárias (aplicação subsidiária do CPP), requisitar a instauração de inquérito, como diz o texto legal, ou, simplesmente, aguardar o relatório circunstanciado do administrador judicial.

A última alternativa – aguardar a exposição circunstanciada do administrador judicial – contudo, somente será admitida, na hipótese de o réu encontrar-se solto ou, como diz a lei, afiançado. Ignora o legislador que "solto" ou "afiançado" tem o mesmo resultado prático, ou seja, nas duas hipóteses o acusado encontra-se em liberdade, sendo permitido, portanto, maior dilação probatória.

A expressão "imediatamente" impondo ao Ministério Púbico a obrigação de denunciar, havendo crimes, é absolutamente imprópria, inadequada e revela o elevado grau de desconhecimento dos princípios mais comezinhos de processo penal, particularmente da teoria prazal adotada pelos diplomas processuais brasileiros. Na verdade, somente na definição de "flagrante delito", o legislador de 1942 utilizou expressões semelhantes – "logo após" e "logo depois" (art. 302, III e IV do CPP) – que são até hoje objeto de desinteligência tanto na doutrina quanto na jurisprudência, desrecomendando a utilização de locuções similares, como, v.g. – imediatamente –, que, certamente, serão consideradas letras mortas no cenário jurídico. Relembrando, juízes e promotores quer das varas especializadas de falência, quer das varas criminais atuam em centenas e até milhares de processos, permanentemente, inviabilizando "execuções" ou "ordens", alhures, imediatamente.

Essas dificuldades procedimentais/temporais, contudo, são facilmente superadas com a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, conforme prevê o art. 188 da nova lei. Assim, se as peças que receber estiverem incompletas ou mostrarem-se insuficientes, poderá o Ministério Público requerer a sua complementação, sem que isso represente "inércia" do *Parquet*, capaz de autorizar a ação penal privada subsidiária, segundo reiterada jurisprudência. Logo, se as circunstâncias concretas o exigirem, o Ministério Público poderá (acreditamos até que deverá) requisitar novas diligências para instruir adequadamente as refe-

ridas peças informativas (inquérito policial ou judicial e cópias dos autos do processo falimentar ou recuperatório).

Por fim, qualquer que seja a opção do Ministério Público – denunciar, requisitar inquérito policial, requisitar diligências ou aguardar a exposição circunstanciada do administrador judicial – deve fazê-lo não imediatamente, como sugere o *caput* do art. 187, mas no prazo legal (cinco ou quinze dias), conforme prevê seu § 1.º.[17]

Convém registrar, ademais, que a nova lei revoga expressamente (art. 200) o procedimento dos crimes falimentares previsto no CPP (arts. 503 a 512). Por fim, a propositura da ação penal, via denúncia ou via queixa, deve ser acompanhada do inquérito (quando existir) e das cópias necessárias dos autos do processo de falência, a despeito da ausência de previsão legal expressa. Em outros termos, essas provas não podem ser supridas por outro meio de prova e essa exigência justifica-se na medida que a decretação da falência ou recuperação da empresa é, não apenas condição objetiva de punibilidade, mas também de procedibilidade, como admitimos acima.

## 8. Obrigação de fundamentar o recebimento de denúncia ou queixa

A nova Lei de Falências (Lei 11.101/2005) nada menciona sobre o recebimento da denúncia ou da queixa e tampouco sobre a necessidade de sua fundamentação, ao contrário do Substitutivo aprovado na Câmara Federal cuja exigência era expressa (art. 209), tanto do recebimento como da rejeição. Esse texto que

17. Aliás, na própria ressalva desse § 1.º há uma contradição conceitual, quando diz: "devendo, em seguida, oferecer a denúncia em 15 (quinze) dias". Pergunta-se: "em seguida" não significa mais, como acabamos de destacar, "logo após" ou "logo depois", como entendia a doutrina nacional ao comentar o "quase flagrante" ou "flagrante impróprio"? Teria dito melhor, certamente, "logo a seguir, no prazo de 15 (quinze) dias". Essa locução, pelo menos, sugere um lapso de tempo mais generoso que a outra "em seguida" (que significa imediatamente), embora o ideal fosse a sua supressão simplesmente.

havia sido aprovado pela Câmara Federal estava de acordo com a Súmula 564 do STF que tem a seguinte ementa: "A ausência de fundamentação do despacho de recebimento de denúncia por crime falimentar enseja nulidade processual, salvo se já houver sentença condenatória".

A orientação de exigir que a aceitação ou recusa da propositura de ação penal seja sempre fundamentada, insere-se no contexto constitucional moderno que exige fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93. IX da CF/88). Essa exigência outra coisa não é que um juízo prévio sobre a (in)existência de justa causa para ação penal, que vimos sustentando de longa data.[18]

Com efeito, não se pode mais admitir a propositura de ações penais temerárias, caracterizadoras de verdadeiros abusos do poder de denunciar. Não mais se admite instauração de ação penal sem passar pelo crivo do Poder Judiciário a análise prévia da presença dos requisitos exigidos pelos arts. 41 e 43 do CPP. A ausência de qualquer desses requisitos caracteriza falta de justa causa que impede não apenas o recebimento da peça preambular da ação penal, mas inclusive o seu próprio oferecimento pelo *dominus litis*.

Comungamos do entendimento de Dirceu Aguiar Dias Cintra Junior[19] que, ao analisar a necessidade de exame da justa causa, para receber a denúncia, afirmou: "O papel primordial do juiz, no estado de Direito e em nosso sistema de aplicação da lei penal, é o de fiscalizar a estrita legalidade do exercício da atividade repressiva do Estado. Assim, é-lhe dado analisar a definição típica do fato em face da presença das condições legais para a suspensão do processo, para declarar se o Ministério Público pode prosseguir pleiteando o provimento de mérito ou não (...). A objeção no sentido de que, fazendo-o, estaria o juiz antecipando análise meritória, não tem consistência. Adotar tal entendimento significaria afir-

18. Cezar Roberto Bitencourt. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*, 3.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 154/157.

19. Dirceu Aguiar Dias Cintra Junior. *Boletim do IBCCRIM* 45, p. 12.

mar que a realização da Justiça está adstrita à formal classificação do fato na denúncia, com todas as implicações que disso decorram, inclusive o uso arbitrário daquela classificação. Ora, há necessidade de analisar o fato com todas as suas circunstâncias para qualquer decisão".

A importância da definição jurídica do fato, também denominada de classificação da infração, que já era fundamental, assumiu maior relevância a partir das leis dos crimes hediondos, crime organizado, crimes ambientais, infrações de menor potencial ofensivo, da própria Lei da prisão temporária, pelas inúmeras e diversas conseqüências que a simples capitulação do fato na denúncia acarreta: quando abusiva, o que não é nada incomum, produz danos irreparáveis ao cidadão!

Diante dessa nova realidade, aquela superada e draconiana orientação jurisprudencial, segundo a qual, no momento inicial do processo o juiz não pode alterar ou corrigir a classificação da infração penal, devendo aguardar a oportunidade para aplicar o disposto no art. 384 do CPP, não pode ter aplicação irrestrita, a partir da vigência da atual Constituição Federal e diante de uma política criminal própria de um Estado Democrático de Direito.

Ninguém ignora que ao receber a peça inicial da ação penal – denúncia ou queixa – o magistrado faz uma análise preliminar de mérito – pelo menos, sobre a admissibilidade e sobre os limites da acusação – que é o fundamento de sua decisão de acatar ou não o início da ação penal (arts. 41 e 43 do CPP), sem, contudo, constituir pré-julgamento. E nessa análise, exatamente, se deve verificar a presença, ou ausência, de justa causa. Por outro lado, a extensão da análise de justa causa não se limita ao exame de eventuais qualificadoras ou causas de aumento incluídas na exordial, mas estende-se também e, principalmente, à própria definição do fato jurídico, isto é, à classificação mesma da infração penal, atribuída pelo titular da ação penal, seja pública ou privada. A omissão dessa análise pode implicar em constrangimento ilegal, passível de *habeas corpus*, para trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

Por outro lado, também é assente na doutrina e na jurisprudência que, no momento da elaboração da denúncia, é dado ao Ministério Público, na dúvida, optar pela figura mais grave, na medida em que, sustenta-se, nessa fase processual, a dúvida resolve-se *pro societatis*. Aliás, as próprias dificuldades processuais e procedimentais justificam a filosofia ministerial de postular o mais para conseguir o menos. Com efeito, em sentido semelhante manifestou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo, decidindo *habeas corpus*, por unanimidade, nos seguintes termos: "Se é justificável que o órgão acusatório opte pela figura mais grave na dúvida quanto à destinação da substância entorpecente apreendida com o acusado (se para uso próprio ou para tráfico), no concernente à situação em que aquele deve responder ao processo (se em liberdade ou preso), entretanto, a dúvida favorece o réu, sem que tal signifique exame prévio de mérito da acusação".[20]

Enfim, como se percebe, o exame preliminar da existência de justa causa, é indispensável para que o Estado tenha legitimidade para sujeitar alguém a um processo criminal, com todos os seus efeitos estigmatizantes. Essa moderna orientação político-criminal (Súmula 564 do STF), também estava expressa no Substitutivo da Câmara Federal, que, equivocadamente, não constou do texto legal final. Permanece, portanto, em plena vigência a referida Súmula 564 do STF.

## 9. Rejeição da denúncia ou queixa: apelação

O Substitutivo da Câmara Federal havia optado por seguir a orientação do Código de Processo Penal, admitindo apelação somente da decisão que "rejeitar" (art. 43 do CPP) a denúncia ou queixa, excluindo, dessa forma, a decisão que "não as receber". A Lei 11.101/2005, por sua vez, silenciou a respeito.

Com essa omissão, reedita-se a velha polêmica sobre a distinção entre "não-recebimento" e "rejeição" da peça inicial, com reflexos diretos, na espécie de recurso cabível.

20. HC 63.008-3 – Câmara de Férias – Relator Dínio Garcia, j. 21.01.1988, *RT* 627/309.

O não recebimento tem como fundamento aspectos formais, extrínsecos, da denúncia ou queixa, por infringir o art. 41 do CPP. Nessa hipótese, pelo Código de Processo Penal, o recurso cabível é o recurso em sentido estrito (art. 581, I do CPP). A rejeição, por sua vez, tem como fundamento aspectos materiais, essenciais, não atacando a formalidade, mas a essência da denúncia ou queixa. Fundamentam a rejeição da peça preambular, a atipicidade do fato narrado, a extinção da punibilidade, a manifesta ilegitimidade de parte ou a ausência de condição legalmente exigida para o exercício da ação penal (art. 43 do CPP).

Enfim, com a rejeição da denúncia ou da queixa o juiz põe termo ao processo, e essa decisão é uma sentença terminativa, cujo recurso cabível é a apelação (art. 593, II do CPP). Assim, teria sido mais feliz o texto legal se tivesse incluído, nas decisões passíveis de apelação tanto a decisão que rejeitar como também a que "não-receber a denúncia" ou a queixa, o que evitaria a discussão referente à fungibilidade recursal.

Isso não quer dizer, no entanto, que, a nosso juízo, não será admissível o recurso em sentido estrito. Com a subsidiariedade invocada do Código de Processo Penal (art. 188 da Lei de Falências), o não recebimento da denúncia ou queixa, à evidência, admitirá recurso em sentido estrito (art. 581, I do CPP).

## 10. Procedimento processual: rito comum (sumário)

Aqui registramos outra impropriedade: o art. 185 da Lei de Falências prescreve que, recebida a inicial, deve-se observar o rito previsto nos arts. 531 a 540 do CPP.[21] No entanto, nos dispositivos mencionados há dois ritos procedimentais: o sumário para os crimes puníveis com pena de detenção (art. 539 e 538) e o denominado sumaríssimo (arts. 531 a 538), que era adotado para as contravenções penais e os crimes culposos de trânsito (Lei 4.611/65, já revogada). Esses dois

21. Art. 185. Recebida a denúncia ou a queixa, observar-se-á o rito previsto nos arts. 531 a 540 do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

ritos, não se confundem, ao contrário, se excluem; ou seja, ou um ou outro, mas qual dos dois?! O Substitutivo da Câmara, nesse particular, não era muito melhor: com efeito, no art. 210 determinava que o procedimento adotado seria o comum. Mas, afinal, qual seria o "rito comum", seria o ordinário ou o sumário ou, quem sabe, o sumaríssimo (?), já que todos são classificados como procedimentos comuns, distinguindo-se dos procedimentos especiais.

Na verdade, o legislador brasileiro ignora o que seja *procedimento* ou *rito processual*, e ao desconhecê-lo tampouco sabe que o "rito comum" pode ser *ordinário* ou *sumário*, nos termos do Código de Processo Penal. Na autorizada lição de Frederico Marques, "O *procedimento comum* é o procedimento-regra: serve àqueles casos em que não há procedimento especial. Os *procedimentos especiais*, de outro lado, são os procedimentos-exceção: servem para a resolução processual relativa apenas a certos litígios..."[22] (grifos acrescentados). E conclui Frederico Marques afirmando que "no Código de Processo Penal há três procedimentos comuns, na área do processo condenatório: o procedimento comum para os crimes punidos com reclusão; o procedimento comum para os crimes punidos com detenção; e o procedimento comum das contravenções".[23]

Teria sido mais feliz, nesse particular, se o texto legal fosse omisso, a exemplo do que fazia o diploma legal revogado (Dec.-lei 7.661/45), porque assim aplicar-se-ia o Código de Processo Penal e tudo se resolveria. Em outros termos, em regra geral, nos crimes puníveis com reclusão, o procedimento é o comum ordinário (Livro II, Título I e Capítulos I e III, do CPP) e, nos puníveis com detenção, o procedimento é o comum sumário (arts. 531 e ss. do CPP). Esse critério, além de respeitar a tradição do direito brasileiro, é mais seguro e de fácil identificação pelas partes, além de assegurar a ampla defesa. Especificamente, para os crimes falimentares, no entanto, o CPP prescrevia procedimento especial, nos arts. 503

22. José Frederico Marques. *Tratado de Direito Processual Penal*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 205.

23. Frederico Marques. *Tratado de Direito Processual Penal*... p. 205.

a 512, constantes do Título II, Capítulo I, do seu Livro II. No entanto, esse capítulo foi inteira e expressamente revogado (art. 200 da Lei 11.101/2005).

Continuando nessa mesma linha crítica, invocamos o magistério do eminente processualista Antonio Magalhães Gomes Filho,[24] que, com muita propriedade, comentando a previsão do art. 185 da nova lei, afirma: "Nesse particular, por sinal, há uma evidente impropriedade do legislador ao referir-se expressamente às mencionadas disposições, pois na verdade os arts. 531 a 537 do estatuto processual disciplinavam o antigo procedimento sumário das contravenções penais, que não foi recepcionado pela Constituição de 1988 (diante da incompatibilidade com o art. 129, I da CF/88)".

A obscura previsão constante do art. 185, prescrevendo, equivocadamente, dois procedimentos para os crimes falimentares, sem estabelecer qualquer distinção, impõe que o intérprete distinga e, nessa operação, orientado pelos pressupostos que fundamentam o Estado Democrático de Direito, eleja o procedimento que oferece maior amplitude de defesa. Dessa forma, entre o procedimento sumário (crimes puníveis com detenção – arts. 538 e 539) e o procedimento sumaríssimo (contravenções penais – arts. 531 a 538), deve-se, necessariamente, optar pelo procedimento sumário, para todos os crimes disciplinados na lei falimentar, independentemente de terem cominadas penas de reclusão (aliás, somente o crime previsto no art. 178 é punido com detenção). O procedimento sumaríssimo, apenas para reforçar, não foi sequer recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois tal procedimento previa seu início através do auto de prisão em flagrante ou de portaria expedida pela autoridade policial ou judicial.

Com o procedimento sumário, ao contrário do revogado sumaríssimo (que permita arrolar até três testemunhas) –, pode-se arrolar até cinco testemunhas, após o interrogatório; ouvidas as testemunhas de acusação, o magistrado designa audiência de instrução e julgamento, nos termos do art. 539 do CPP. Há uma

24. Antonio Magalhães Gomes Filho. *Breves anotações sobre o novo Processo Penal falimentar*... p. 12.

distinção relevante entre as audiências de instrução e julgamento nos procedimentos sumário e sumaríssimo: naquele (sumário), as testemunhas de acusação são ouvidas antes da "audiência de julgamento" (art. 539, segunda parte); neste (sumaríssimo), inclusive as testemunhas de acusação são ouvidas nessa audiência (art. 538), ou seja, essa audiência é composta pela inquirição das testemunhas da acusação, da defesa, e de debates orais das partes. Encontrando-se em condições, o magistrado deverá prolatar sentença na mesma audiência; caso contrário, deverá fazê-lo em cinco (05) dias, pelo menos, é o que diz a lei (art. 538, § 3.º).

Enfim, para esse crimes, mesmo punidos com reclusão (todos, com exceção do previsto no art. 178 da Lei de Falências), o procedimento deverá ser o previsto no CPP para os crimes punidos com detenção (art. 539 e 538), pois esse é o procedimento previsto pela lei para os crimes falimentares.[25] Em nenhuma hipótese, ao contrário do que se chegou a afirmar, poder-se-á admitir a adoção do procedimento comum ordinário, ainda que sob o argumento de que a maioria dos crimes falimentares são puníveis com reclusão, pois nada justifica uma interpretação *contra legis*, na medida que a lei expressamente determinou que o procedimento adotável será aquele constante nos arts. 531 a 540 do CPP, onde, inequivocamente, não se encontra o procedimento comum ordinário.

Aliás, esse procedimento – comum sumário – passa a ser o procedimento especial prescrito para os crimes falimentares (procedimento especial é aquele procedimento que a lei prevê especificamente para apuração de determinados crimes, independentemente da espécie ou natureza das penas que lhes são cominadas, e de corresponder ou não aos denominados procedimentos comuns – sumário ou ordinário). É inadmissível, por outro lado, que se sustente a conveniência de adotar-se o procedimento comum ordinário, em razão de a maioria dos crimes previstos na nova lei falimentar ser punível com pena de reclu-

25. Após o interrogatório e a inquirição das testemunhas da acusação, que não podem ser superior a cinco, o juiz designará "audiência de julgamento" (*sic* art. 538, *caput, in fine*), para a inquirição das testemunhas da defesa, debates orais e, por fim, o julgamento.

são, pois contrariaria frontalmente o texto legal. Com efeito, o intérprete tem o dever de buscar a melhor interpretação da lei, especialmente com o objetivo de "salvar" sua validade perante o ordenamento jurídico, recorrendo, inclusive, se necessário for, à "interpretação conforme a Constituição"; no entanto, não é defensável que se possa dar interpretação contrária aos seus próprios termos, por que isso significaria dar-lhe interpretação *contra legis*, e, isso, suporia permitir que o intérprete crie sua (nova) própria lei.

## 11. (Ir)retroatividade da nova lei de falência e recuperação de empresas

Questão extremamente relevante e ao mesmo tempo complexa é a definição do início da vigência do novo diploma legal, particularmente porque envolve matéria processual-penal, penal-material e falimentar propriamente dita. O novo texto legal revoga o diploma anterior, ressalva a vigência de determinados dispositivos, e, finalmente, no seu art. 201 estabelece uma *vacatio legis* de 120 dias, a partir da publicação que ocorreu em 09 de fevereiro do corrente ano. A partir dessas previsões, poderemos ter normas retroativas, ultra-ativas, e normas de incidência imediata (*tempus regit actum*). A solução da vigência da lei, portanto, passa pelo exame adequado dos princípios que regem o direito intertemporal.

A irretroatividade da lei penal foi inserto na Constituição de 1988, no art. 5.º, XL, *in verbis*: "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Referido dispositivo precisa ser analisado também em seu contexto histórico. Em primeiro lugar, não se pode esquecer que o princípio da irretroatividade da lei penal é uma conquista histórica do moderno Direito Penal, que se mantém prestigiado em todas as legislações modernas, como garantia fundamental do cidadão. Essa é a regra geral, que o constituinte de 1988 apenas procurou elevar à condição de dogma constitucional; em segundo lugar, deve-se destacar que o enunciado constitucional citado encerra duas premissas: 1) a irretroatividade da lei penal constitui-se na premissa maior, um princípio geral histórico elevado à condição de dogma

constitucional; 2) a retroatividade da lei penal mais benéfica constitui-se na premissa menor, a exceção. Como se vê, o badalado dispositivo constitucional consagra uma regra geral e uma exceção: regra geral – irretroatividade da lei penal; exceção – retroatividade quando beneficiar o réu.

Relativamente a este diploma legal, em breves considerações, Magalhães Gomes Filho, afirmou que: "... na parte processual penal a lei terá aplicação imediata aos processos em andamento, nos termos do art. 2.º do CPP. O disposto no art. 192 da Lei 11.101/2005 refere-se apenas aos processos de falência e concordata ajuizados antes de sua vigência, que deverão ser concluídos na forma da lei anterior, não se estendendo essa regra aos processos penais por crime falimentar em andamento". Temos grande dificuldade em aceitar essa orientação e acreditamos que, Magalhães Gomes Filho, como grande processualista que é, foi traído pela superficialidade e concisão de suas considerações.[26] Uma coisa é a (ir)retroatividade penal (material ou processual), e outra, absolutamente distinta, é a ultratividade de alguns dispositivos relativos à matéria procedimental, expressamente determinada por lei. Na realidade, o disposto no art. 192 da referida lei não pode ser interpretado dissociado do art. 201, que fixa a *vacatio legis* em 120 dias, e tampouco do exame cuidadoso da irretroatividade da lei penal mais grave (material ou processual). Por isso, ao contrário do que afirmou o referido autor, em suas breves anotações, mesmo as normas processuais penais, não podem ser imediatamente aplicadas, isto é, não podem ter aplicação antes da entrada em vigor do referido diploma legal. Ademais, durante a *vacatio legis* essas normas não existem no mundo jurídico, especialmente aquelas de natureza penal e processual penal.

Na verdade, o art. 192 atribui ultratividade há alguns dispositivos do Dec.-lei 7.661/45 para as hipóteses de processos de falência que foram ajuizados antes

26. Convém destacar, no entanto, que o mestre paulista, fez a seguinte ressalva: "Mesmo assim, devem ser ressalvadas as possíveis situações em que possam ocorrer restrições a direitos assegurados pela Constituição. Pense-se, por exemplo, no direito à prova: se a parte arrolou validamente mais do que cinco testemunhas – até oito, como se permite no rito ordinário – não poderá ser prejudicada pelo advento da nova lei".

de entrar em vigor a nova lei; é uma espécie de exceção ao princípio *tempus regit actum*. Mas isso nada tem que ver com a retroatividade das normas penais ou processuais penais, pois apenas dá ultra-atividade às normas procedimentais do processo falimentar. Outra coisa é a vigência do novo diploma legal, que somente ocorre 120 dias após a sua publicação. Portanto, mesmo as normas estritamente processuais, não podem ter "aplicação imediata" como sugeriu o processualista paulista, pois tais normas ainda não tinham existência e validade. E ainda que existissem, isto é, mesmo que já houvessem entrado em vigor, tampouco poderiam ter aplicação imediata, a despeito de serem consideradas, em tese, normas processuais, pois restringem a liberdade do infrator (lei penal mais grave, portanto).

Por outro lado, é bom frisar que o princípio *tempus regit actum* aplica-se, sem exceção, tão-somente às normas que regem a realização dos atos processuais, isto é, às que se destinam a regular a formalização processual e a organização judiciária, exclusivamente. Em qualquer caso, em que uma lei dita processual, posterior à prática do crime, determine a diminuição de garantias ou de direitos fundamentais ou implique qualquer forma de restrição da liberdade, como ocorre com a Lei 11.101/2005, nos capítulos que regulam a responsabilidade penal do falido, não pode ter aplicação o princípio *tempus regit actum*, incidindo, nesses casos, a lei mais benigna.

Toda lei penal, com efeito, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as conseqüências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultratividade penal. Por outro lado, toda lei penal (material ou processual), que, de alguma forma, represente um gravame aos direitos de liberdade, que agrave as conseqüências penais diretas do crime, criminalize condutas, restrinja a liberdade, provisoriamente ou não, reduza os meios de defe-

sa, simplifique os procedimentos penais, ou limite a produção de provas caracteriza lei penal mais grave e, conseqüentemente, não pode retroagir.

Quando, por fim, restar dúvida insuperável sobre qual das normas é a mais benéfica, sustentamos que a melhor solução será ouvir o próprio interessado, isto é, aquele que sofrerá as conseqüências da lei penal, devidamente assistido por seu defensor. No direito comparado, encontramos solução semelhante no Código Penal espanhol (art. 2.º, 2, da Ley Orgánica 10/95).

Por tudo isso, somos obrigados a concluir, as normas da nova Lei de Falência que disciplinam a matéria penal, sejam de natureza processual, sejam de natureza material não podem ser aplicadas imediatamente: as normas de direito material porque criam novos tipos penais e cominam sanções, criminalizando condutas que antes não eram proibidas pelo Direito Penal; as normas processuais porque adotam procedimento penal (sumário) que restringe a amplitude de defesa (antes vigia o procedimento comum ordinário) e, por conseqüência, as próprias garantias processuais (ampla defesa, contraditório e devido processo legal). Logo, tais normas penais – materiais e processuais – somente poderão ser aplicadas quando entrarem em vigor, ou seja, cento e vinte dias após a sua publicação, e sem efeito retroativo.

Para encerrar, conjugando-se o disposto no art. 192 – que atribui ultra-atividade às normas processuais relativamente aos processos de falência e concordatas em curso – com o disposto no art. 200 – que revoga o restante do Dec.-Lei 7.661/45 e os arts. 503 a 512 do CPP – e ainda com o previsto no art. 201 que fixa a *vacataio de legis* em 120 dias, não há como dar aplicação imediata ou retroativa de qualquer dos artigos da Lei 11.101/2005, pelo menos, antes de decorrido a *vacatio legis* mencionada, ou seja, antes da referida lei entrar em vigor. As normas de Direito Penal material aplicar-se-ão somente aos fatos praticados após sua entrada em vigor; as de direito processual, somente aos processos criminais iniciados após a vigência desse novo diploma legal.

# O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a práxis pretoriana

José Antonio Paganella Boschi

Ex-Promotor de Justiça; Desembargador aposentado; ex-Diretor da Revista da AJURIS e da Escola Superior da Magistratura, Professor da PUC, Mestre em ciências criminais e advogado criminalista.

**Sumário:** 1. Considerações introdutórias – 2. As irradiações do devido processo legal: 2.1 Sistema acusatório de processo; 2.2 A presunção de inocência; 2.3 Direito à tramitação do processo em tempo razoável; 2.4 A acusação por fato certo e explícito; 2.5 Juízo natural; 2.6 Proibição de uso de provas ilícitas e ilegítimas; 2.7 Direito contra a indevida publicidade dos atos do processo; 2.8 Direito à ampla defesa; 2.9 Direito ao contraditório; 2.10 Fundamentação das decisões judiciais; 2.11 Direito aos recursos; 2.12 Intangibilidade da coisa julgada – 3. À guisa de conclusões.

**Resumo:** O devido processo legal exerce a extraordinária função de limitar, de um lado, o legislador, na produção da norma penal e, de outro, o julgador, na sua aplicação ao caso concreto. É desse princípio-garantia que derivam a razoabilidade e a proporcionalidade, que, na perspectiva da nova hermenêutica, determinam aos atores que produzem e aplicam a lei penal, adoção de soluções consentâneas com o direito penal de garantias, no qual a posição de destaque é reservada não ao Estado e sim ao indivíduo.

É essa a preocupação que transparece do artigo, no qual o autor questiona julgados dos Tribunais Superiores, reclama por maior rapidez na filtragem constitucional, registrando a existência, nesses Tribunais, de ambiente favorável nesse sentido.

**Palavras-chave:** Devido processo legal – Consectários – Jurisprudência dos Tribunais Superiores – Análise crítica – Direito Penal de Garantias – Filtragem constitucional.

## 1. Considerações introdutórias

Os seguidores da ideologia que recomenda tratamento de choque para redução dos índices de violência e de criminalidade partem da idéia de que a solução desse grave problema passa exclusivamente pelo maior confinamento das pessoas nas penitenciárias, isto porque a função do ordenamento jurídico criminal não seria outra senão a de instrumentalizar a punição estatal.

A questão é mais complexa, sendo ingênua a suposição de que tudo se resolve com cadeia ou de que civilidade pode ser alcançada fora das políticas públicas de valorização do indivíduo. Carnelutti, há décadas, já dizia em sua obra *Misérias do Processo,* que a missão que devia cumprir era a de "desenganar o homem comum a respeito da crença de que basta ter boas leis e bons juízes para se alcançar a civilização".[1]

A linha de discurso preconizando maior rigor punitivo é perversa porque além de gerar créditos para o executivo gera débitos para as agências estatais incumbidas de aplicar o Direito Penal. Ademais, também sugere que as pessoas podem ser classificadas em boas e más e que todos os que violam a lei penal são enquadráveis neste último grupo, para os quais não há solução fora do castigo exemplar, da pena elevada, do isolamento, não raro em regime disciplinar diferenciado. Aliás, já se fala em um novo direito, cognominado de "Direito Penal do inimigo", para legitimar atuações preventivas, neutralizadoras, das ações dos inimigos do povo, em relação aos quais as garantias do Direito Penal clássico são flexibilizadas.

1. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo.* Campinas: Edicamp, 2002, cfe. Prefácio de Luiz Fernando Lobão de Moraes.

Não negamos que a fonte da legalidade da punição provém do sistema punitivo. Felizmente, em todo mundo, a reserva legal ainda é um princípio de primeira grandeza. Nem por isso aceitamos a tese de que a função do Código Penal tem por fim primordial instrumentalizar o castigo, como sustentam os que advogam maior rigor punitivo em nosso meio, sendo suficiente lembrar a lição que Von Liszt transmitiu em seu Programa de Marburgo,[2] qual seja, a de que o Código Penal é uma Carta Magna porque a todos, criminosos e não-criminosos, contra os excessos do Estado.

Nessa perspectiva, portanto, a produção e a incidência das normas penais no Estado de Direito Democrático se subordinam a limites não ultrapassáveis. Esses limites defluem dos princípios gerais delineados em nossa Constituição, em especial, o do devido processo legal,[3] que irradia muitos outros, conforme esclareceremos a seguir.

Limites não ultrapassáveis, convém repetir, porque, a teor da nova hermenêutica, delineada a partir do pensamento de Dworkin[4] e Alexy,[5] dentre outros, os princípios de contenção deixaram de ser meros *standards* à compreensão das regras, como propunha a anterior hermenêutica, cuja expressão em nosso meio maior foi Carlos Maximiliano, para passarem à condição de espécies de normas, ao estilo das regras.

2. LISZT, Franz Von Liszt. *La idea del fin em el Derecho Penal.* México: Edeval, 1994.

3. O devido processo legal, constitucionalizado explicitamente não é uma mera pauta programática mas, isto sim, um "(...) inesgotável manancial de inspiração para a criatividade hermenêutica, acrescentando que, sob o influxo da interpretação construtiva (*constructive interpretation*) do substantivo *due processo of law*, essa garantia acabou por transformar-se num amálgama entre o princípio da 'legalidade' (*rule of law*) e o da 'razoabilidade' (*rule of reasonableness*) para ao controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais (...)" (LIMONGI, Celso Luiz. O devido processo legal substantivo e o Direito Penal, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 162).

4. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 44.

5. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

Nas palavras de Paulo Bonavides,[6] aludindo às investigações de Guastini, embora distintos formalmente, a força normativa passa a ser, nessa nova concepção hermenêutica, o traço largo e comum entre os princípios e as regras.

Configurando-se como mandados de otimização, os princípios (por óbvio também os penais), do mesmo modo que as regras veiculam valores e transmitem ordens para que "(...) algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes".[7]

Os princípios não são, portanto, meras pautas programáticas, ou declarações de intenção, mas, agora, são normas, dotados de força normativa tão intensa que, eventualmente, podem revogar as regras, dependendo da hierarquia do princípio.

Desse modo, o legislador não detém liberdade plena para editar a lei que bem entender. Ele está impedido de produzir normas desarrazoadas, iníquas, como a que, por hipótese, viesse a revogar de nosso CP o art. 121, que define o homicídio. Daí o princípio da razoabilidade, o qual é voltado para a substancialidade das leis e age como comando proibitivo ao legislador.

O juiz também não é livre. Na interpretação e aplicação da lei há que se guiar pelos valores que formam o complexo da sociedade em que vive, sobressaindo-se em nossa Constituição o valor máximo enunciado no princípio da dignidade da pessoa humana. Daí falarmos em razoabilidade,[8] em sua vertente instrumental, processual, de garantias.

6. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 230.

7. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

8. Embora desenhado para atender aos reclamos dos senhores feudais e assim neutralizar os riscos no Poder, o devido processo legal, consubstanciado na Carta Magna de João Sem Terra, o quarto filho do Rei Henrique, transformou-se em formidável conquista a beneficiar, indistintamente, todos os homens de carne e osso, que estão submetidos ao poder do "homem artificial", independentemente de credo, religião, cor, condição social, econômica, financeira etc. Se os direitos fundamentais previstos na Carta Magna haviam sido reconhecidos, em forma contratual e particular, àquelas pessoas que pertenciam à nobreza, a evolução posterior, como ensina PÉREZ LUÑO, citado por ARTURO HOYOS, supôs "*um tránsito progresivo de estos documentos del âmbito privatístico al del derecho publico*", de modo que, "*com el constitucionalismo la garantia del debido proceso es reconocida como um derecho fundamental, consagrado em um instrumento de derecho público,*

Embora falte definição precisa, o dúplice aspecto do devido processo legal é reconhecido pelos juristas. Adauto Suannes é elucidativo: "(...) devido processo sob o aspecto procedimental (ou a insistência na observância de predeterminadas regras para os casos a serem julgados): e devido processo substancial (ou exigência de que essas regras sejam razoáveis)", não havendo dúvida, então, de que independentemente do significado que venha a ser conferido à expressão *due process*, é "a equidade procedimental aquilo que ela mais inflexivelmente exige. A equidade aí compreende fundamentalmente reequilibrar os dois pratos da balança, que, quando do início da ação, pese embora a previsão constitucional da presunção de inocência, estão em desequilíbrio, pois o estado já traz consigo os atos investigatórios que, não em poucos casos, servem de supedâneo para o próprio decreto condenatório".[9]

Na esteira das motivações históricas que determinaram sua inserção na Carta Magna de 1215, o princípio do devido processo legal é fonte irradiadora de muitos outros princípios, que se conectam e formam uma totalidade, ou seja, uma unidade, bem ao estilo dos Códigos, regendo e limitando a incidência normativa em prol da Justiça.

Baseados em precedentes do STF e do STJ, nosso objetivo é, com este trabalho, identificar e comentar tais derivações, para ao final reconhecermos a matriz que permeia a jurisprudência dos dois Colendos Tribunais quanto a real função das leis penais.

## 2. As irradiações do devido processo legal

Como explicamos acima, o devido processo legal, em sua perspectiva formal, instrumental, projeta princípios que, sem prejuízo da punibilidade, visam a

*y cuya titularidade no se limita ya a los miembros de um estamento feudal, sino que se presenta como um derecho de todos los ciudadanos de um Estado o de todos los hombres por el hecho de serlo*" (*El debido proceso*. Temis: Bogotá, 1998).

9. SUANNES, Adauto. *Fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 102.

garantir desdobramentos hígidos, regulares, seguros, da relação jurídico-processual e que, desse modo, funcionam como escudos de contenção contra os excessos do Estado-acusador.

Sem prejuízo da punibilidade, é bom repetirmos, pela constatação de que muitos incorrem no equívoco de supor que o *approach* garantista expressa uma opção pela impunidade. Em verdade, o garantismo apenas exige que o *jus puniendi* se efetive obedientemente ao devido processo legal e a todos os princípios constitucionais e legais dele decorrentes, que veiculam os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, nomeadamente, o da dignidade da pessoa humana. Nada mais.

Tais princípios estão relacionados, dentre outros, aos temas inerentes aos princípios específicos constantes de nossa Constituição. Por estarem previstos em incisos próprios do art. 5.º, a nossa Lei Maior, nessa medida, acabou ficando redundante, tautológica, porque ao consignar a cláusula do devido processo legal não se precisaria discriminar no texto suas irradiações em normas específicas.

Longe de ser criticada, a redundância, em verdade, foi salutar, porque expressou a disposição do legislador constituinte de deixar bem claro o sentido garantista da cláusula.

Eis as derivações:

## *2.1 Sistema acusatório de processo*

Arturo Hoyos, no livro antes mencionado, vê o devido processo legal como "(...) *uma institución de carácter instrumental em virtude de la cual em todo proceso debe brindar-se a la perseona uma serie de garantias y de protecciones que permitam a las personas uma 'lucha por el drecho', uma defensa efectiva de sus derechos por médio del ejercicio del derecho de acción em virtud del cual las personas pueden formular pretensiones que deben ser resueltas por el Estado mediante el ejercicio de la función jurisdicional*".[10]

10. P. 58.

Fácil deduzir, então, que nenhuma luta "limpa" será viável, em condições de propiciar o julgamento justo, se desenvolvida sob a égide do sistema inquisitivo de processo, definido por Jacinto Coutinho[11] como um diabólico engenho construído pela Igreja, na medida em que teve por finalidade a reprodução do poder temporal e espiritual do consórcio Estado-Igreja sobre a face da terra.

Aury Lopes Jr. não nos deixa esquecer que sob a égide do sistema inquisitivo, adotado nos Tribunais da Inquisição, "o processo poderia começar mediante uma acusação informal, denúncia (de um particular) ou por meio da investigação geral ou especial levada a cabo pelo inquisidor. Era suficiente um rumor para que a investigação tivesse lugar e com ela seus particulares métodos de averiguação. A prisão era uma regra porque assim o inquisidor tinha à sua disposição o acusado para torturá-lo até obter a confissão. Bastava dois testemunhos para comprovar o rumor e originar o processo e sustentar a posterior condenação".[12]

A esses graves defeitos do sistema inquisitivo, outros poderiam ser acrescentados. As imputações por heresia constituíam acusações pela prática do pensamento destoante da concepção estabelecida; a confissão era a *meta optata* e, para consegui-la, o inquisidor, que concentrava as funções de acusar e de julgar, podia apelar à tortura. Se o acusado resistisse, seria culpado por estar cometendo o crime de perjúrio,[13] o que significa dizer que nulas eram suas opções.

O sistema inquisitivo só seria superado pelo modelo acusatório depois da execução de muitos inocentes. O novo sistema distingue as funções de acusar, de defender e de acusar e confia o seu exercício a pessoas diferentes. O sistema acusatório, nessa medida, enseja controles pela publicidade, resguarda as garantias fundamentais do acusado e viabiliza condições para a independência do juiz e sua eqüidistância das partes.

11. COUTINHO, Jacinto. O papel do novo juiz no processo penal, *Crítica à teoria geral do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

12. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal, fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004, p. 161.

13. EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993.

Na Constituição brasileira inexiste dispositivo expresso acerca do sistema acusatório, que aparece, contudo, de corpo inteiro, não só nos artigos que tratam das garantias individuais como ainda daqueles que definem as atribuições, competências, deveres e prerrogativas do Ministério Público, da Magistratura, da Advocacia.

Sem embargo disso, os tribunais brasileiros continuam aceitando a validade dos dispositivos do CPP que prevêem a intervenção do juiz como condição para o arquivamento do inquérito policial (art. 28); que a ele conferem poderes para requisitar provas visando "dirimir dúvida sobre ponto relevante" (art. 156); para proceder ao reinterrogatório do acusado (art. 196); para determinar a condução da vítima à sala de audiências para prestar depoimento (art. 201, parágrafo único), para ouvir, "quando julgar necessário", quaisquer pessoas além daquelas indicadas pelas partes (art. 209); para requisitar, de ofício, documentos sobre cuja notícia tiver conhecimento para dirimir "ponto relevante da acusação ou da defesa" (art. 234); para ordenar de ofício busca pessoal (art. 242) ou realizá-la diretamente (art. 241); para decretar a prisão preventiva do acusado, independentemente de provocação (art. 311); para recorrer de ofício quando conceder o *habeas corpus*, para dar ao fato nova definição jurídica (art. 384 e parágrafo); absolver sumariamente o réu (arts. 574, I e II e 411); acolher pedido de reabilitação criminal (art. 746); declarar o arquivamento do inquérito ou absolver o denunciado por crime definido na Lei 1.521/51, art. 7.º etc. Até mesmo quando do julgamento das apelações permite nosso CPP que Câmaras ou Turmas ordenem novo interrogatório, reinquirição de testemunhas e determinação de outras diligências complementares (art. 616).

Ora, essa realidade normativa não mais se coaduna com a nova ordem constitucional e há muito deveria ter sido reinterpretada. Não é aceitável, *data venia*, a protelação do urgente trabalho de filtragem constitucional, ao nível dos Pretórios, para que a Lei Maior, efetivamente, cumpra sua função dirigente frente à legislação infraconstitucional.

Como é óbvio: são as leis que devem se ajustar à Constituição e não o contrário.

## 2.2 *A presunção de inocência*

A garantia da presunção de inocência é outra importante irradiação do devido processo legal e diferentemente da anterior está explicitamente constitucionalizada no inc. LVII do art. 5.º.

A extensão, longitude, latitude e profundidade dessa garantia podem ser aferidas em duas regras muito bem apanhadas por Luiz Flávio Gomes e reproduzidas por Alexandre Brizzotto e Andréia de Britto:[14] uma, a regra tratamento e a outra, a regra probatória.

A primeira delas (regra de tratamento) indica que as medidas cautelares e, em especial, as prisões, no dizer de Odone Sanguiné, não podem ser utilizadas jurisdicionalmente como instrumentos para castigos antecipados,[15] muito embora não constitua novidade a informação de que nas penitenciárias brasileiras há muitas pessoas, algumas notórias, aguardando o julgamento sem que fatos concretos e reais apontem para a imposição das medidas excepcionais, salvo o clamor público ou as manchetes dos jornais e suas motivações.

Inaceitável decreto de prisão cautelar ou condenação só para servir de exemplo. O indivíduo não pode ser preso ou condenado para instrumentalizar políticas públicas de prevenção geral, a não ser negando-se o valor fundamental do Estado de Direito Democrático, o valor da dignidade da pessoa humana, que todos nós temos o dever de resguardar e proteger.

Inimaginável, salvo na barbárie, a condenação de inocente. Bem ilustra o absurdo o famoso é o dito do juiz inglês Burnet, reproduzido por Goldschmidt: "Homem, tu estás sendo enforcado não por que roubaste um cavalo, mas para que os cavalos não sejam roubados".[16]

14. BRIZZOTTO, Alexandre e BRITO, Andréia. *Processo penal garantista*. Goiânia: AB Editora, p. 51.

15. SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valência: Tirant, 2003, p. 433.

16. GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 17.

Embora a incompatibilidade da aplicação de castigo sem certidão de trânsito em julgado da sentença com a regra de tratamento, o STF[17] e o STJ[18] continuam exigindo o recolhimento do réu à prisão como condição para o acesso à via recursal extraordinária, amparados na literalidade da lei sobre o efeito só devolutivo desses recursos (§ 2.º do art. 27 da Lei 8.038/90).

Essa jurisprudência, *data venia*, culmina por admitir cumprimento antecipado da pena e, desse modo, por negar a regra em questão.

Felizmente, há decisões liminares tanto no STF[19] quanto no STJ[20] admitindo o efeito suspensivo, nas condenações a penas restritivas de direito. Essas decisões – que muito bem poderiam alcançar os condenados ao cumprimento de penas privativas de liberdade – mesmo isoladas – projetam a provável inclinação da jurisprudência desses Tribunais, em favor da supremacia constitucional da garantia da presunção de inocência.[21]

Conforme declarou o Min. Cezar Peluso em decisão concessiva de liminar, "o disposto no inc. LVII do art. 5.º da Constituição da República não é mera recomendação, mas enunciado claro de garantia contra possibilidade de lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou conseqüência jurídica gravosa que dependa da condição constitucional expressa no trânsito em julgado da mesma sentença.

17. RHC 85.024/RJ, 2.ª T., Min. Elen Gracie; RHC 84.846/RS, 2.ª T., Min. Carlos Velloso; HC 79.814/SP, 2.ª T., rel. Min. Jobim, j. 23.05.2000.

18. Súmula 267 do STJ e HC 42.837/SP, 5.ª T., rel. Min. Félix Fischer, j. 28.06.2005 e HC 33.747/SP, 6.ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido.

19. HC 85.747, de que foi rel. o eminente Min. Marco Aurélio e do HC 84.677, 1.ª T., rel. Min. Cezar Peluso e HC 85.289, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

20. HC 25.310, 5.ª T., rel. o eminente Min. Paulo Medina; HC 28.290, rel. Min. Hamilton Carvalhido.

21. Parece-nos possível dizer também que o § 2.º do art. 27 da Lei 8.038/90 não se aplicaria ao crime, mas somente ao cível. Essa interpretação dispensa questionamento constitucional, pois sabemos todos que, no cível, é perfeitamente possível a execução antecipada, desde que o requerente caucione a demanda.

Tal cláusula assegura ao réu, em causa criminal, não sofrer, até o trânsito em julgado da sentença, nenhuma sanção ou conseqüência jurídica danosa, cuja justificação normativa dependa do trânsito em julgado de sentença condenatória, que é o juízo definitivo da culpabilidade".[22]

Sem embargo dessa tendência mais liberal e garantista, ainda remanesce contraditoriamente no STF[23] e no STJ[24] o entendimento de que a fuga do réu causa a deserção da apelação pendente, consoante dispõe o art. 595 do CPP.

Contraditoriamente, dissemos, porque tanto o STF quanto o STJ vem negando validade ao art. 594 do CPP, cujo texto condiciona o apelo em liberdade só ao réu primário e de bons antecedentes. Se em relação a esse dispositivo ambos os Tribunais perceberam que os princípios que informam as prisões são distintos daqueles que autorizam as prisões cautelares, outro não poderia ser, *data venia*, o entendimento quanto ao art. 595 do mesmo Estatuto.

Aceitar, portanto, a validade do art. 595 do CPP frente ao Direito Constitucional ao recurso significa aceitar possibilidade legal e constitucional da punição processual de quem ainda não está definitivamente condenado. Mais: é não distinguir de um lado os requisitos inerentes às prisões cautelares daqueles próprios, inseparáveis, inconfundíveis, que dispõem sobre a interposição, admissibilidade, conhecimento e julgamento dos recursos. Se o acusado cautelarmente preso vier a fugir, incumbirá ao Estado providências para a recaptura. O fato de não ser localizado, *data venia*, não pode funcionar como óbice ao conhecimento e julga-

22. HC 84.867, transcrito no *Boletim n. 156* por Délio Lins e Silva Jr., em seu artigo "Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: os ventos sopram a favor do Direito Penal".

23. STF: "Jurisprudência desta Corte tem fixado o entendimento de que, uma vez empreendida a fuga do sentenciado após a interposição do recurso de apelação, este deve ser julgado deserto, à luz do que dispõem os arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal" rel. Min. Ellen, 1.ª T., *DJ* 27.09.2002, p. 00117). Idem: HC 71.701, Min. Sydney Sanches e RHC 81.742, Min. Maurício Corrêa; HC 82.126/PR, 1.ª T., Min. Sidney Sanches;

24. "A fuga do réu, ainda que após a interposição o apelo, é causa bastante ao reconhecimento da deserção" – HC 18.511/SP, 5.ª T., rel. Min Edson Vidigal, 02.04.2002.

mento do recurso, porque o direito ao duplo grau da jurisdição está regido em normas distintas daquelas que regem as prisões cautelares.

Derivada da garantia da presunção de inocência, a outra regra, a probatória, indica, outrossim, que é da acusação o dever de provar os fatos alegados, de modo que, por seu caráter probatório e não de verdadeira presunção em sentido técnico, o direito fundamental à presunção de inocência, desde a perspectiva da teoria clássica das provas, está conectado, no dizer de Odone Sanguiné, "à noção de probabilidade".[25]

Sendo do acusador o ônus de provar a culpa, significa dizer, então, que o acusado não tem o dever de confessar os fatos imputados na peça vestibular. Não é válido afirmar, para constranger o réu a depor, o antigo dito "aquele que não tem culpa não teme", como ainda se propala em nosso país.

Não sendo da defesa a responsabilidade de provar os fatos desconstitutivos do pedido, como se apregoa, mas da acusação demonstrar e provar a culpabilidade verifica-se ser inconciliável ao Direito Penal de garantias a orientação pretoriana de que é ônus do demandado o dever de provar, por exemplo, a excludente de ilicitude.

O acusado, por outro lado, não tem o dever de se auto-incriminar (*nemo tenetur se detegere).*

É certo que a Constituição Federal faz alusão expressa à "preso" (art. 5.º, LXIII). Mas é claro, diz Adauto Suannes, que o nosso legislador constituinte disse menos do que podia ou devia (*minus dixit quam voluit).* Nada na história de tal princípio sugere que haja fundamento para essa aparente restrição. Por que motivo apenas "ao preso" se haverá de assegurar o exercício de um direito que nada tem a ver com o fato da prisão? O direito à intimidade (é isso que o preceito protege) pertence a todas as pessoas, não apenas aos acusados. Menos ainda somente aos que tiveram suprimida sua liberdade.[26]

25. SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales.* Valência: Tirant, 2003, p. 431.

26. SANGUINÉ, Odone. *Os fundamentos éticos do devido processo legal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 263.

Esse é, felizmente, o entendimento defluente da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Nas palavras do eminente Min. Marco Aurélio, "O direito natural afasta, por si só, a possibilidade de exigir-se que o acusado colabore nas investigações. A garantia constitucional do silêncio encerra que ninguém está compelido a auto-incriminar-se",[27] embora a visível incompreensão das pessoas comuns do povo com a concessão de *habeas corpus* em favor de pessoas investigadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, assegurando-lhes o direito de não responder às perguntas potencialmente capazes de propiciar respostas incriminatórias.

Como acentuou em julgamento de *habeas corpus* o eminente Min. Sepúlveda Pertence o "privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 CPP – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em 'conversa informal' gravada, clandestinamente ou não".[28]

O pensamento no Egrégio STJ não é diferente. Nesse Colendo Tribunal também se reconhece ao acusado o direito de não produzir prova contra si, nele incluído o direito de permanecer em silêncio, seja na fase inquisitorial, seja na judicial[29] e que, precisamente por isso, o co-denunciado não tem o dever de contribuir para com o esclarecimento da verdade, por ser titular do direito ao silêncio (art. 5.º, LXIII da CF/88).[30]

Inadmissível com a regra probatória, segundo a qual incumbe ao acusador fazer a prova do alegado, é a jurisprudência do Colendo STF que ainda aceita o

27. HC 83.943/MG, 1.ª T., j. em 27.04.2004, in *DJ* 17.09.2004, p. 00078.

28. HC 80.949/RJ, 1.ª T., j. em 30.10.2001, *DJ* 14.12.2001, p. 00026.

29. HC 17.121/ES, 6.ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 04.09.2001, in *DJ* 04.02.2002, p. 566.

30. HC 29.232/MS, 5.ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 04.03.2004, in *DJ* 05.04.2004, p. 288.

entendimento de que o réu que não prova o álibi invocado faz prova contra si.[31] Correta, portanto, a orientação emanada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de que "o acusado nada precisa provar, nem mesmo o álibi", porque "a única presunção acolhida pelo sistema penal – e constitucionalmente – é a da presunção de inocência...".[32]

Em contraste com a mesma regra de tratamento é, ainda, a jurisprudência do STF,[33] embora entendimento minoritário em sentido oposto,[34] afirmando que inquéritos policiais ou processos judiciais em andamento negativizam a circunstância judicial dos antecedentes e, portanto, ensejam maior censura pelo fato quando da determinação da pena-base.

No Egrégio STJ, felizmente, já é firme a orientação em sentido oposto, a qual condiciona a declaração dos maus antecedentes à existência de prova documental de condenação definitiva pelo fato pretérito,[35] salvo configure-se a hipótese como reincidência, porque, nesse caso, atuará como circunstância legal agravante.

## *2.3 Direito à tramitação do processo em tempo razoável*

Derivação do devido processo legal é o direito ao processo sem dilações injustificadas, constitucionalizado como princípio pela EC 45/2004,[36] independente do conteúdo da matéria, civil, administrativa ou criminal.

31. HC 70.742/RJ, 2.ª T., rel. Min. Carlos Veloso, 16.08.1994, *DJ* 30.06.2000, p. 00039 e HC 68.964/SP, 1.ª T., rel. Min. Celso de Melo, *DJ* 22.04.1994, p. 08926.

32. Ap 7.000.848.376, 5.ª Câm. Crim., rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho.

33. HC 81.759/SP, 2.ª T., rel. Min. Maurício Correa; HC 74.967/SP, 1.ª T., rel. Min. Moreira Alves; 2.ª T., Min. Celso de Mello, *DJ* 13.02.2004, p. 00017.

34. HC 79.966/SP, 2.ª T., rel. Min. Marco Aurélio, dentre outros.

35. REsp 675.463/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 13.12.2004, p. 454 e HC 31.693/MS, rel. Min. Paulo Medina, *DJ* 06.12.2004, p. 368 – in HC 41.964/ES, Min. Esteves Lima, 16.06.2005, REsp 717.408/RS, 5.ª T., Min. Gilson Dipp, 04.08.2005; HC 41.986/SP, 5.ª T., rel. Min. Félix Fischer, 16.06.2005.

36. EC 45/2004: "Art. 5.º, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

O direito à tramitação do processo em tempo razoável apareceu inspirado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, pioneiramente, segundo parece, na Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950 (art. 6.1). Hoje figura na legislação dos países desenvolvidos.

O princípio em questão fundamenta-se – no dizer de Alberto Suárez Sánchez – no dever do Estado de administrar uma Justiça completa e ágil; no direito que o acusado tem de não permanecer na situação de indefinição, pois o processo em si é causa de aflição e de grande estigma social; e, ainda, no direito que todos têm de conhecer a solução dada ao caso, por força do caráter publicístico ínsito à questão criminal.[37]

Fundamenta-se, também, no interesse da Justiça em colher a prova sem demoras. Como ensina Aury Lopes Jr., citando André Comte-Sponville, "(...) A atividade probatória como um todo se vê prejudicada pelo tempo, pois trata-se de juntar os resquícios do passado que estão no presente (na verdade, um presente do passado, que é a memória), e que tendem naturalmente a desaparecer quando o presente do presente (intuição direta) passa à presente do futuro".[38]

Esses ensinamentos são precisos e a eles podemos agregar um outro, qual seja, o de que a demora na definição do processo gera aflição e indenização para ao acusado, isto é, gera pena antecipada, a ponto de Carnelutti anunciar que mesmo quando o juiz inocentar o réu será falsa a impressão de que o processo terminou do melhor dos modos: "Desde já, devem compreender que a chamada absolvição do acusado é a falência do processo penal: um processo penal que se resolve com uma tal sentença não deveria ter sido feito, e o processo penal é como um fuzil, que, muitas vezes, masca, quando não solta ao tiro pela culatra".[39]

37. SÁNCHEZ, Alberto Suárez. *El debido proceso penal*. 2. ed. Colômbia: Universidade Externado, 2001, p. 291

38. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2004, p. 99.

39. CARNELUTTI, Fancesco. *Como se faz um processo*. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 21.

O sofrimento gerado pela instauração do processo é tão intenso que pode comprometer o planejamento de vida do acusado. Por isso mesmo, o juiz, quando condenatória a sentença, deveria considerar a demora na órbita do art. 59 do CP, para abrandar, em razão do tempo de antecipado sofrimento, o *quantum* da pena a ser cumprida.

Bem identificado o princípio em sua perspectiva ontológica e em sua perspectiva teleológica, o grande problema reside, evidentemente, na determinação prática da razoabilidade na demora, haja vista as peculiaridades de cada caso.

Carnelutti já alertava que "Infelizmente, a justiça, se for segura, não será rápida, e, se for rápida, não será segura. É preciso ter a coragem de dizer, pelo contrário, também, do processo: quem vai devagar, vai bem e vai longe. Esta verdade transcende, inclusive, a própria palavra 'processo', a qual alude a um desenvolvimento gradual no tempo: proceder quer dizer, aproximadamente, dar um passo depois do outro".[40]

Não há na doutrina e na jurisprudência um critério firme que permita identificar a linha divisória da dilação em tempo razoável do processo da demora injustificável. Muitas são as dificuldades, com efeito, todas associadas às circunstâncias de cada caso concreto, como por exemplo, a quantidade de acusados, a extensão e complexidade da prova a produzir, o volume de trabalho na Vara ou Comarca, o número de servidores e de Magistrados em atividade, o interesse da defesa em provocar demora, para conseguir a prescrição etc.

Inobstante tais dificuldades, o Colendo STF já afirmou, por exemplo, que "extrapola o limite do razoável o não julgamento de recurso de apelação interposto há três anos".[41] No caso concreto, o paciente estava prestes a cumprir o total de quatro anos da pena que lhe fora cominada, sem que a sentença condenatória tivesse transitada em julgado. Daí ter o Egrégio STF afirmado da urgência de

40. CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 18.

41. HC 84.921/SP, 1.ª T., rel. Min. Eros Grau, j. 15.02.2005, *DJ* 11.03.2005, p. 00038

revisão do entendimento de que o excesso de prazo deve ser computado somente até a prolação da sentença, quando há a formação da culpa, por ser necessário impor-se tempo razoável, também, para o julgamento dos recursos, notadamente porque o CPP contém previsão expressa nesse sentido.

A garantia de julgamento em prazo razoável abrange não só a tramitação do processo, mas também a tramitação e o julgamento inclusive perante os órgãos colegiados, porque enquanto não for confirmada a sentença condenatória, o acusado é presumivelmente inocente.

Desse modo, não é admissível que após o julgamento pela Câmara ou Turma o acusado tenha que aguardar por tempo excessivo a publicação do acórdão para, só então, poder exercer o direito de recurso a uma instância superior, quando for o caso.

Nesse contexto, é de todo inconciliável com a garantia que previne as dilações indevidas o enunciado da Súmula 691 do STF, que veda *habeas corpus* contra indeferimento de liminar em *habeas* interposto perante o STJ. Precisando aguardar a publicação do acórdão para, só depois, cogitar da impetração de outro *habeas corpus* junto à Corte Suprema, o acusado inevitavelmente padecerá de grave constrangimento ilegal ao seu direito de ir e vir.

Definindo essa questão como uma "praga", Alberto Toron[42] reivindicou a urgente revisão desse enunciado da Súmula, tendo o Colendo STF, aliás, nesse particular, flexibilizado o rigor, não faz muito, ao conhecer e julgar *habeas corpus* impetrado pelos advogados de Paulo Maluf e de seu filho, concedendo a liberdade provisória a ambos e revertendo, nesse passo, a decisão indeferitória de liminar proferida no STJ pelo eminente Min. Gilson Dipp, fato noticiado, amplamente, pela imprensa do país.

A constitucionalização do direito à tramitação do processo em tempo razoável não foi seguida de cominação de sanções pelo seu descumprimento. Como é

42. *Boletim n. 151 do IBCCrim.*

impensável imaginar que o desrespeito à norma constitucional está imune de conseqüências, parece-nos que o acusado terá, no mínimo, o direito de pleitear uma indenização pelo "injusto" sofrimento advindo do excesso na tramitação do processo.

Em conclusão: não é aceitável que um processo criminal se arraste por anos a fio ou que as prisões cautelares se convertam em fontes de castigo antecipado, mediante invocação de gravidade do fato ou da repercussão social, como se pode extrair da experiência brasileira.

## *2.4 A acusação por fato certo e explícito*

A inicial acusatória deve imputar ao denunciado ou querelado fato certo e explícito. Essa exigência é consonante com os princípios da concretude e da congruência da acusação, irradiações do devido processo legal formal. Inviável acusação por fato revestido de mera aparência de tipicidade, suscetível de aferição, só depois de muito esforço ou por fato implícito na descrição.

Inviável, também, que, na sentença, o juiz vá além da mera correção na classificação dos fatos descritos (art. 383 do CPP) para condenar o réu por crime definido em tipo penal revestido de elementos normativos, objetivos ou descritivos inteiramente distintos daqueles que informam a tipicidade do fato descrito na denúncia ou queixa.[43]

Com efeito, só a imputação por fato certo, claro, explícito, bem definido e revestido de todas as exigências normativas, é que propiciará condições para o réu aferir a extensão e a profundidade da criminalidade que legitima a acusação, como propõe a garantia da ampla defesa.

Realmente, no atual estágio de evolução da sociedade humana não é sequer imaginável que alguém possa ser processado, julgado e condenado sem sa-

43. Por exemplo: condenar por apropriação indébita fato que se enquadra como estelionato, quando os tipos são distintos. No estelionato o dolo – que integra a tipicidade – é antecedente. Na apropriação indébita, é subseqüente à posse legal da *res*.

ber os porquês, isto é, sem conhecer o fato e sua repercussão típica, ignorando os limites da acusação quanto à própria participação. A condenação de Josef K., narrada por Kafka,[44] o escritor do absurdo, pode ser aqui apontada como paradigmática em termos de desrespeito a essas exigências.

Por isso, nas conhecidas palavras de João Mendes, reproduzidas por Espínola Filho, a denúncia há de ser narrativa e demonstrativa: "Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxilii*), 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 sanção e nomear as testemunhas e informantes."[45]

Elaborada, imputativamente,[46] à feição dos imperativos categóricos, segue-se que a denúncia ou queixa deverá dispensar a menção a detalhes sem expressão jurídico-penal, concentrando-se na descrição dos aspectos que dizem com as exigências do tipo penal.

Assim, ao descrever o fato típico, o promotor, na denúncia, sem perder-se em detalhes ou restringir-se à reprodução do verbo nuclear,[47] precisará apontar, isto sim, ainda que com economia de palavras, os elementos constitutivos (sujeito

44. KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Nova Época.

45. FILHO, Espínola. *Código de Processo Penal anotado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, v. 1, p. 382.

46. Um dos critérios empregados por Carnelutti para distinguir o processo civil do penal consiste na existência de partes em desacordo no primeiro e na existência do imputado no segundo. Diz o Mestre italiano: "O juiz é soberano; está sobre, no alto, na cátedra. Abaixo, diante dele, está aquele que deve ser julgado. Ele ou eles? Perfilha-se a este propósito uma diferença que parece distinguir o processo penal do processo civil; neste último, aqueles sobre os quais se deve julgar são sempre dois: não pode o juiz dar razão a um deles sem que ela seja negada ao outro, e vice-versa; pelo contrário, no processo penal o juízo toca somente ao imputado..." (CARNELUTTI, Francisco. *Como se faz um processo*. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 41).

47. Nesse sentido: *RJTJRS* 19/29 e *Revista Julgados do TARS*, v. 89, p. 105.

ativo primário, conduta externa, bem jurídico protegido ou tutelado) ou estruturais do tipos penal correspondente[48] (elementos circunstanciais, normativos e subjetivos, que reclamam juízos de valor ou cognição e fins específicos).[49]

Só desse modo é que o acusador atenderá a primeira condição da ação, legal e doutrinariamente denominada como possibilidade jurídica do pedido, sem a qual a pretensão punitiva será sumariamente rechaçada nos moldes do julgamento antecipado da lide, por faltar a criminalidade do fato.

Segue-se, então, que nessa peça o promotor ou querelante, com a descrição, além de bem atender as exigências inerentes à tipicidade precisará determinar o modo como cada acusado (autor, co-autor ou participante) agiu no episódio. Não bastará, então, alusão à mera "(...) cooperação nas atividades delitivas, mas exige-se que evidencie a vontade livre de cada um no sentido de concorrer à ação do outro, para garantir o princípio da ampla defesa".[50]

Inconciliável, portanto, com as exigências emanadas dos princípios da concretude da acusação e da congruência desta com a sentença é, *data venia*, a orientação dos Colendos STF,[51] e STJ[52] que flexibiliza o dever do acusador de

48. STJ – HC 1.545/RJ, *DJ* 24.05.1993, p. 10018, 6.ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 24.11.1992 e *RJTJRS* 122/35.

49. LUISI, Luiz. Ob. cit., p. 43 e ss.

50. *RT* 446/335.

51. "O STF tem jurisprudência a dizer da tolerância que se impõe à denúncia – nos crimes societários – sobre a eventual impossibilidade de não se encontrar o *Parquet* habilitado, desde o início, para individualizar culpas. Em feitos desta natureza, a impunidade estaria assegurada se se reclamasse do Ministério Público, no momento da denúncia, a individualização de condutas, dada a maneira de se tomarem as decisões de que resulta a ação delituosa. Ordem denegada" (HC 73.903/CE, 2.ª T. do STF, rel. Min. Francisco Rezek, j. 12.11.1996, *DJU* 25.04.1997).

No mesmo sentido: REsp 179.017/SP, 5.ª T. do STJ, rel. Felix Fischer, j. 20.06.2000, *DJU* 14.08.2000, p. 00188. Na jurisprudência gaúcha, vide o HC 696.134.725, 3.ª Câm. Crim. do TJRS, rel. Des. José Eugênio Tedesco, j. 08.08.1996, no sentido dos precedentes acima citados.

52. "Tratando-se de crimes de autoria coletiva, de difícil individualização da conduta de cada participante, admite-se a denúncia de forma mais ou menos genérica, por interpretação pretoriana do art. 41 do CPP. Precedentes" (REsp 694.838/SP 5.ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 12.04.2005, *DJ* 16.05.2005, p. 398. No mesmo sentido: HC 41.948/SP, 5.ª T., rel. Min. Laurita

especificar a participação de cada réu nas infrações qualificadas como multitudinárias (cometidas por muitas pessoas, em multidão) e societárias (praticadas por pessoas físicas na órbita das pessoas jurídicas) para aceitar narrativa de "participação englobada" dos autores, co-autores e participantes.

Impõe-se o registro de que na órbita dos dois Tribunais Superiores pode estar se desenhando um novo cenário sobre esse tema. Em *habeas corpus* de que foi relator o eminente Min. Celso de Mello o Colendo STF declarou que "o sistema jurídico vigente no Brasil impõe ao MP, quando este deduzir determinada imputação penal contra alguém, a obrigação de expor, de maneira individualizada, a participação das pessoas acusadas na suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em obséquio aos postulados essenciais do Direito pena da culpa e do princípio constitucional do *due process of law*, ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos no preceito primário de incriminação".[53]

Esse novo cenário é perceptível também em julgamentos isolados no Colendo STJ, conforme se extrai de votos proferidos em *habeas corpus* de que foram relatores os eminentes Min. Edson Vidigal, Gilson Dipp e Nilson Naves.[54]

Vaz; HC 35.496/MG, 6.ª T., rel. Min. Paulo Medina, j. 17.03.2005, *DJ* 25.04.2005, p. 366 e HC 30.558/RS, 6.ª T., j. 18.12.2003, *DJ* 22.11.2004, p. 390, rel. Min. Fontes de Alencar; HC. 39.360/MG, 5.ª T., Min. Gilson Dipp).

53. HC 73.590/SP. No mesmo sentido: "Reiterada a jurisprudência do STF de que, nos crimes societários, não se faz indispensável a individualização da conduta de cada indiciado, discriminação essa que será objeto da prova a ser feita na ação penal" (HC 83.369/RS, rel. Min. Carlos Britto). Precedentes. Tal entendimento vem sendo abrandado, havendo decisões no sentido de exigir-se, na denúncia, a descrição mínima da participação do acusado, a fim de permitir-lhe o conhecimento do que de fato lhe está sendo imputado e, assim, garantir o pleno exercício de seu direito de defesa (cf. os HC 80.219 e 80.549) – HC 65.369/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 21.10.2003, *DJ* 28.11.2003, p. 00015, v. 02134-02, p. 00302 e HC 84.409/SP, Min. Joaquim Barbosa, 2.ª T., 14.12.2004, *DJ* 19.08.2005,, p. 00057, v. 02201-2, p. 00290.

54. Respectivamente: HC 4.000-9/RJ; HC 35.823 e HC 16.135, in RENÉ ARIEL DOTTI, *Movimento antiterror e a missão da magistratura*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 94.

Consistindo a denúncia em atribuição ao denunciado de fato típico, certo e explícito, questiona-se, em sedes doutrinária e jurisprudencial, outrossim, a possibilidade de se lhe imputar na denúncia fatos alternativos.

O tema ainda exige aprofundamento doutrinário e só recentemente passou a integrar a pauta dos tribunais, tanto que algumas decisões ainda não distinguem com clareza a imputação alternativa da classificação alternativa.[55]

A figura jurídica da imputação alternativa é aceita por Damásio, citando lição de Frederico Marques (que se apóia em Pasquale Saraceno),[56] embora o exemplo fornecido por Frederico Marques, ao nosso ver, diga respeito a classificação alternativa.[57]

Na jurisprudência a tese já foi acolhida,[58] sob o principal argumento de que "oferecida uma ação penal alternativa atribuindo ao réu uma determinada conduta, ao definir juridicamente a imputação, o julgador acatará uma delas, ficando automaticamente rejeitada a outra, sem que a sentença tenha que dar procedência em parte do pedido, julgando, concomitantemente, improcedente o tipo não adequado ao fato criminoso. É que, sendo alternativo o articulado vestibular, o acolhimento de um dos pedidos exclui o outro, gerando a procedência da ação penal na sua integralidade e não parte dela", em resguardo pleno ao princípio da congruência que deve existir entre a denúncia e a sentença. Decisão no mesmo sentido foi proferida pela 3.ª Câmara no mesmo Tribunal, em acórdão por nós relatado[59] e também por Câmara do Colendo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.[60]

55. *RT* 292/707.

56. JESUS, Damásio Evangelista. *Código de Processo Penal anotado*, art. 41.

57. *RT* 528/361.

58. O acórdão está publicado na Revista Julgados do TARS, v. 97, p. 31, sendo relator o eminente Juiz Léo Einloft Pereira.

59. "Receptação. Acusação alternativa. Aditando a denúncia intentada por receptação dolosa imprópria para descrever novo fato e atribuir ao réu o crime de receptação culposa o procedimento

A referida tese é rejeitada por Ada Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho, sob o argumento de que a imputação alternativa contrariaria, de regra, o preceito a que deve se referir com precisão o fato certo e determinado.[61]

Em que pese essa respeitável lição, entendemos que não existindo incompatibilidade lógica entre os fatos, consoante alertou Greco Filho, não haverá qualquer problema em se aceitar a imputação alternativa ou subsidiária, "a fim de que o acusado se defenda de mais de um fato, ainda que alternativa ou subsidiariamente".[62]

Como demonstrou Afrânio Jardim,[63] a imputação alternativa não é estranha à nossa ordem normativa, bastando leitura rápida do parágrafo único do art. 384 do CPP, que propõe ao juiz o dever de apreciação na sentença do que foi narrado na denúncia e do que foi narrado no aditamento. Na sentença, o magistrado poderá julgar procedente a denúncia e improcedente o aditamento (ou vice-versa) e, ainda, absolver o acusado das imputações deduzidas em ambas as peças!

Se a denúncia, portanto, narrar com clareza mais de um fato típico, mesmo alternativamente, não haverá, a despeito desse proceder, prejuízo ao exercício

ministerial configura acusação alternativa, possível em direito, desde que, como na espécie dos autos, não haja prejuízo ao devido processo legal, garantia em que se incluam a ampla defesa e o contraditório. Prova da culpabilidade dos réus. Apelações desprovidas. Unânime" (ApCrim 297.003.238, 3.ª Câm. Crim. do TARS, j. 26.03.1997).

60. TACrimSP, acc. rel. Jarbas Mazzoni, *Jutacrim* 81/334). No mesmo sentido: *Jutacrim* 81/442 (in Alberto Franco, *Código Penal interpretado*, p. 2.284). Contra: *Jutacrim* 82/225, rel. Riccardo Andreucci (ob. cit., p. 2.285).

61. GRINOVER, Ada, SCARANCE, Fernandes e FILHO, Gomes. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, p. 79.

62. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 114. Favorável à tese, Mirabete alertou que "os juízes do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, reunidos sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, discutindo a questão da correlação entre acusação e sentença, chegaram à seguinte conclusão: 'A acusação deve ser determinada, pois a proposta a ser demonstrada há de ser concreta. Não se deve admitir denúncia alternativa, principalmente quando haja incompatibilidade lógica entre os fatos imputados'" – *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 123.

63. JARDIM Afrânio, ob. cit., p. 100, e *RTJ* 104/1.047.

ao direito de reação do acusado nem ofensa ao princípio da congruência entre os fatos descritos e a sentença.

Conquanto deva ser a exceção, consideramos, pois, que a hipótese não ofende as garantias constitucionais do réu, pois não colide com aquela exigência de clareza e de objetividade da acusação. Este, ao ser citado, é cientificado da integral extensão do pedido – e de sua alternatividade – e não fica sujeito a prejuízos em seus direitos. Defender-se-á da acusação por todos os fatos narrados e poderá até mesmo demonstrar o dado que singulariza a acusação ou imputação alternativa: a sua fragilidade.

Se esse entendimento doutrinário e jurisprudencial vier a se consolidar no futuro desaparecerá a prática do oferecer da denúncia "pelo mais", como forma de prevenir aditamentos, já que todos aceitam que o juiz, em sentença desclassificatória, arrede o *plus* de acusação.

## *2.5 Juízo natural*

A garantia do juízo natural, como outra emanação do devido processo legal, condiciona a legitimidade e validade do pronunciamento restritivo das liberdades fundamentais à preexistência ao fato do órgão jurisdicional[64] competente para o exame no processo.

Os ditadores Eslobodan Milosevic e Sadam Hussein estão sendo julgados neste momento em Haia e no Iraque, respectivamente, por Tribunais criados para essa finalidade depois de suas deposições e, nos Estados Unidos da América do Norte, cogita-se no momento em criar-se tribunal para julgar pessoas supostamente envolvidas com terrorismo e que se encontram, há muitos meses, detidas, sem acusação formal na base militar de Guantánamo, em Cuba.

64. Em nosso sistema constitucional a garantia do juízo natural não alcança o Ministério Público, pois o Procurador-Geral pode designar Promotores e Procuradores de Justiça e, pela Lei Orgânica do MP, tem prerrogativa para avocar processos. A constitucionalização do princípio do Promotor Natural expressaria aperfeiçoamento institucional e grande avanço constitucional.

Não recusando a imperiosa necessidade de eficiente resposta às ações terroristas, é inaceitável a criação *post factum* de tribunais de exceção, com a organização e a competência estabelecidas por quem tem interesse em julgar os criminosos. É nesse ponto que reside a maior crítica ao famoso Tribunal de Nuremberg que julgou os nazistas pelos crimes contra a humanidade.

A globalização, o estreitamento nas relações entre as nações e o surgimento de conflitos nessa dimensão supra-individual ou transnacional demonstra o quão feliz foi a criação, em julho de 1998, pelo Tratado de Roma, do Tribunal Penal Internacional, com sede na Holanda, dotado de competência para julgamento de crimes contra a humanidade, como genocídio, crimes de guerra, dentre outros, inobstante muitos países ainda não tenham decidido se submeter à sua jurisdição, como os Estados Unidos da América do Norte, ao contrário do Brasil, que subscreveu o Tratado em 07.02.2000.

Talvez dificuldades para harmonizar os sistemas constitucionais nacionais com as penas de prisão perpétua e de morte previstas no Tratado de Roma possam estar atuando como um dos sérios entraves para a maior ampliação da jurisdição desse novel Tribunal.[65]

À exigência de tribunal prévio aos fatos, a garantia do juízo natural agrega outras de igual importância: a investidura dos juízes nos cargos da Justiça correspondente deve se dar na forma indicada pela lei e o exercício jurisdicional está condicionado aos limites assinalados pelos critérios legais e constitucionais que regem a competência.

Absolutamente consentânea com essas exigências é a norma do inc. LIII do art. 5.º da CF/88, dispondo que "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

65. O inc. XLVII, *b*, do art. 5.º da CF/88 proíbe a prisão perpétua, no Brasil, entraria em confronto com o texto do art. 77.1, *b* do Estatuto, que a autoriza. Entende-se que o Brasil poderia ter ratificado o Tratado ante a autorização conferida pelo art. 7.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, preconizando a criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos. Já quanto à pena de morte ela é admitida constitucionalmente em crimes de guerra.

A competência, por conseguinte, tem natureza de matéria de ordem pública, disciplinada na Lei Maior, de modo que, com a inserção em 1988 da cláusula de que ninguém poderá ser processado e condenado a não ser por autoridade judiciária competente já não mais poderia subsistir o entendimento de que a violação da regra de competência pelo lugar da infração se configura como nulidade relativa e não como nulidade absoluta,[66] só sendo declarável se for argüida no prazo de defesa do art. 108 do CPP.[67]

Reafirma-se: nos dizeres da Constituição, ninguém poderá ser processado e condenado e não mais só condenado, conforme declaravam as Constituições pretéritas. A Lei Maior não mais permite que se reconheça ao juiz incompetente *ratione loci* a possibilidade de presidir o processo e de julgar, independentemente do questionamento pela parte em exceção própria. A nosso ver, é ineficaz, portanto, o art. 567 do CPP, cujo supedâneo era sistema constitucional não mais vigente em nosso país e que, por isso mesmo, descontextualizou a jurisprudência que ainda vem sendo invocada no sentido afirmativo.

## *2.6 Proibição de uso de provas ilícitas e ilegítimas*

Como em Direito Penal o acusado, enquanto não houver sentença condenatória definitiva, é presumivelmente inocente, ao acusador, consoante emana também do sistema acusatório, incumbe o ônus de demonstrar e provar os fatos alegados.

66. STJ – HC 34.265/SC, 6.ª T., rel. Min. Paulo Galotti, julgado em 24.11.2004, *DJ* 05.09.2005, p. 491 e RHC 16.021/PE, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. em 28.09.2004, *DJ* 08.11.2004, p. 250.

67. "Já se firmou o entendimento da Corte (HC 69.599, HC 65.229 e RE 106.641) no sentido de que, no processo penal, a incompetência *ratione loci* acarreta apenas nulidade relativa, e, não tendo sido arguida oportunamente, ficou ela sanada pela ocorrência de preclusão" (HC 71.621/MG, 1.ª T., Min. Moreira Alves, 13.09.1994, *DJ* 10.03.1995, p. 04881) e "Caso em que se discute competência *ratione loci*, cuja inobservância, segundo a reiterada jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, implica nulidade relativa, que deve ser argüida, oportunamente – no tríduo da defesa prévia ou mediante oposição de exceção (art. 108 do CPP) –, sob pena de preclusão" (HC 83.563/MS, 1.ª T., rel. Min. Carlos Britto, j. 18.11.2003, *DJ* 19.12.2003, p. 00055).

Daí o sentido do termo "provar", que no dizer de Roxin significa *"convencer al juez sobre la certeza de la existência de um hecho"*.[68] Nesse diapasão, a prova é de um fato, evidentemente não do direito, o qual é presumivelmente conhecido pelo juiz, haja vista o enunciado do art. 383 do CPP conferindo-lhe prerrogativa para, na sentença, dar ao fato a adequada e correta classificação ou enquadramento jurídico.

O momento e o local não são apropriados para aprofundamentos teóricos sobre os meios de prova, suas limitações legais ou sistemas de valoração, isto é, o livre convencimento e a íntima convicção, que preside as atividades, no setor, do juiz singular e do júri popular.

Insta registrar, isto sim, que a disciplina sobre a prova subiu ao nível constitucional em 1988, haja vista a inclusão na Lei Maior brasileira do texto insculpido no inc. LVI do art. 5.º, prescrevendo a regra da inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, isto é, daquelas ofensivas aos valores fundamentais da sociedade, veiculados sob a forma de princípios, nomeadamente, o da dignidade da pessoa humana.

Como assinalou Heráclito Antonio Mossin, "sem o menor pingo, por mais grave que seja o delito-tipo praticado pelo agente, não se justifica que para sua punição se obtenha prova que não se coaduna com princípios básicos de equilíbrio dos interesses coletivos, aliado que seja a determinados regramentos legais".[69]

Um dos mais discutidos problemas relacionados à ilicitude da prova é o que diz com a validade ou não das provas dela derivadas, isto é, se são aptas ou não para lastrear sentença condenatória.

De um lado, sustenta-se que as provas derivadas reúnem, sim, força probante. Essa concepção relativiza a proibição e sustenta que, nesse caso, ao Estado incumbe tomar providências para apurar a responsabilidade dos que produziram a prova ilícita originária.

68. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 185.

69. MOSSIN, Heráclito Antonio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Manole, 2005, p. 347.

De outro, há os que advogam que toda prova obtida com o sacrifício do direito (a ilícita, e a dela derivada) não pode ser aceita como válida. Essa corrente se consubstancia na conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo qual a ilicitude originária contamina de ilicitude as provas derivadas.

Nossa posição é muito clara. Somos defensores da primeira corrente porque no Estado Democrático de Direito, segundo Vitorio Denti, citado por Suárez Sánchez, "*las pruebas que se definem como ilícitas son tales, em realidad, no porque violen normas procesales, o porque choquen com las exigências de la declaración de certeza de los hechos em el proceso, sino porque fueron obtidas em violación de derechos protegidos por normas diversas y em primer lugar por normas constitucionales*".[70]

Em contraste com essa linha de pensamento é, *data venia*, o aresto emanado do Colendo STJ: "Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (...) ou destruir gravação feita pela polícia". O inc. LVI do art. 5.º da Constituição, que fala que "são inadmissíveis (...) as provas obtidas por meio ilícito", não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz através da "atualização constitucional" (*verfassungsaktualisiereung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do STF, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (*reasonableness*). O princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas (*exclusionary rule*) também lá pede temperamentos".[71]

Nossa inconformidade é, *data venia*, com o equívoco na compreensão de que o princípio da proporcionalidade pode ser invocado como fonte para

70. SÁNCHEZ, Alberto Suárez. *El debido proceso penal*. 2. ed. Colômbia: Universidade Externado, 2001, p. 147.

71. STJ – HC 3.982/RJ, 6.ª T., rel. Min. Adhemar Maciel, *DJ* 26.02.1996, p. 4.084.

a relativização da proibição constitucional, quando se sabe que o citado princípio, como registrado no início deste ensaio, emana do devido processo legal, isto é, de princípio que protege o indivíduo frente aos excessos do *jus puniendi* estatal.

A visão consubstanciada no r. aresto, pretendendo corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia conduzir, em casos de excepcional gravidade, culmina por abrir, segundo o alerta de Alexandre Bizzotto e Andréia de Brito Rodrigues "(...) um canal eivado de vicissitudes, ensejando mecanismos que venham a quebrar, por parte do violador da garantia (acobertado pela momentânea justificativa), a barreira constitucional estabelecida. O uso desmedido da proporcionalidade enfraquece a garantia constitucional da proibição da prova ilícita. Somente para tutelar o ser humano contra os interesses do Estado é que a proporcionalidade tem respaldo constitucional".[72]

A questão aqui posta não envolve questão distinta que é a da possibilidade da condenação com base em provas independentes da prova ilícita, conforme inúmeros pronunciamentos no Colendo STF e no Colendo STJ.

Conforme ensinam Ada grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filhos, "excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito: ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo".[73]

72. BIZOTTO, Alexandre e RODRIGUES, Andréia de Brito. *Processo Penal garantista*. Goiânia: AB Editora, 2003, p. 49.

73. Ada Grinover, Antonio Sarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filhos. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 162-163.

Foi nesse sentido o julgado no Colendo STF, com o qual estamos de acordo: "A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito".[74]

## *2.7 Direito contra a indevida publicidade dos atos do processo*

A publicidade dos atos do processo é saudável garantia defluente do devido processo legal e ínsita ao sistema acusatório. Ela está explícita em nossa Constituição no inc. IX do art. 93 da CF/88 e assegura no Estado de Direito Democrático o controle e a fiscalização das atividades judiciais não só pelas partes como ainda por qualquer cidadão sem interesse direto na causa, bem diferentemente da práxis do sistema inquisitivo.

Era incompreensível, portanto, o regramento da Lei Federal 9.034/95, sobre os crimes cometidos por organizações criminosas, que previa a realização de diligências pelo próprio juiz, bem ao estilo do Inquisidor, e a apreciação das provas, quando do julgamento do recurso, em "absoluto segredo de justiça" (parte final do § 5.º do art. 3.º), num retorno aos Tribunais da Inquisição e à Idade Média, em visível contraste com a modernidade e os avanços alcançados pelo nosso País na órbita constitucional. Felizmente, parte dessa lei foi dada como não-válida pelo STF. (Vide ADIn 1.570-2 de 11.11.2004)

O princípio da publicidade dos atos do processo pode ser visto também sob outra faceta, qual seja, aquela que, na forma do LX do art. 5.º da mesma Lei Fundamental, protege tanto a vítima quanto o acusado da indevida publicidade do processo, a ensejar boa compreensão da regra do art. 792 do CPP, que permite ao magistrado limitar o número de pessoas à sala de audiências, restrição que, por óbvio, não pode alcançar a pessoa do defensor.

74. HC 75.497/SP, rel. Min. Maurício Correa, 2.ª T., j. 14.10.97, *DJ* 09.05.2003, p. 00068.

Não raro a exposição, em público, da vítima ou do próprio acusado, bem como as manchetes escandalosas dos jornais poderão produzir danos irreparáveis à honra, à intimidade, enfim, à dignidade da pessoa humana, incumbindo ao Estado-Juiz providências para o resguardo desses direitos fundamentais.

Violam, portanto, a regra de tratamento, ínsita à presunção de inocência, e também o direito contra a indevida publicidade de atos do processo, a execução de mandados de prisão transmitida pela TV e as imposições, com igual alarde, de algemas em pessoas que se entregam às autoridades sem resistência, e que, por isso, não apresentam risco de fuga ou à segurança pública.

Essa prática foi denunciada, aliás, em 2005, pelo Conselho Seccional da OAB de São Paulo, por fugir aos limites da lei brasileira e por servir apenas para "(...) 'espetacularizar' a diligência policial para a mídia e submeter à execração pública o cidadão que, embora detido, deve ter sua dignidade preservada, não podendo ser submetido a tal constrangimento irreparável, patrocinado por agentes do Estado, que têm o dever legal de garantir o cumprimento dos princípios constitucionais e da legislação em vigor".

Há precedente no Colendo STJ não se opondo a essas práticas sob o argumento de que as algemas são utilizadas para diversos fins, inclusive para "proteção do próprio paciente, quando, em determinado momento, pode pretender autodestruição",[75] com o que o precedente culmina por reconhecer que o Estado não detém capacidade para dar segurança sequer às pessoas a ele submetidas.

Soa incompreensível, outrossim, que a prisão possa ser imposta para proteção do preso, em contraste com os princípios gerais que disciplinam as contenções cautelares, todas relacionadas à garantia da ordem pública, da ordem social, à conveniência da instrução ou para assegurar a efetiva aplicação da lei penal.

75. HC 35.540/SP, 5.ª T., rel. Min. José Arnaldo, j. 05.08.2004.

## 2.8 *Direito à ampla defesa*

O direito à defesa abrange em termos substanciais a auto-defesa frente a agressões injustas, não provocadas e, em termos instrumentais ou processuais, a defesa dos litigantes e dos acusados, no processo.[76]

Substancialmente, o direito de defesa funciona como substituto à ausência ou negligência do Estado. A concentração do *jus puniendi* nas mãos do "homem artificial" – na linha de justificação teórica proposta pelo Pacto Social – priva o particular de fazer justiça pelas próprias mãos, mas não o impede de exercer a auto-defesa sempre que o Estado, criado para protegê-lo, for omisso ou ineficiente.

O sistema normativo não poderia deixar o titular do bem jurídico entregue à própria sorte, bastando lembrar os arts. 1.210, parágrafo único do CC e 25 do CP, que autorizam o emprego da força e a autodefesa para coibir o esbulho na posse e a agressão injusta e não provocada ao bem jurídico tutelado pela lei penal.

Assim, a autodefesa tem a conformação de um *jus naturalis* – como lembrara Ihering, embora com outras palavras, ao ensinar que a luta pelo Direito e pela Justiça é dever que cada um para consigo e também para com a sociedade, porque é precisamente por meio da luta e da resistência que o primeiro se realiza.[77]

Não é muito diferente nas acusações criminais, considerando-se que para efetivar o *jus puniendi*[78] o Estado (representado pelo MP ou pelo querelante, este

76. "A ampla defesa, como na letra da Constituição de 1988, abrange a autodefesa e a defesa técnica, devendo prevalecer, no caso de recusa do réu, a vontade do defensor quanto à interposição do recurso, detentor que é de conhecimentos técnicos indispensáveis à aferição da melhor medida a ser adotada em favor do imputado Precedentes" (HC 33.720/SP, 6.ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 10.08.2004, *DJ* 25.10.2004, p. 394).

77. IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 19.

78. Conforme o modelo processual vigente em nosso país, a efetivação do *jus puniendi* passa por distintas fases:

A primeira, pré-processual, correspondente a do inquérito, em que não há defesa e/ou contraditório. O professor Aury Lopes Jr. (*Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio Lumem

extraordinariamente legitimado para agir em seu nome) tem o dever de confrontar sua pretensão com a do acusado, conforme as regras procedimentais.

Essa função de garantia, ínsita aos códigos, é realçada por Paulo Tovo, ao dizer que cada um dos dispositivos do CPP "(...) constitui um verdadeiro escudo de proteção. Nem mesmo as normas processuais aparentemente restritivas, no âmbito pessoal ou patrimonial, fazem exceção a essa verdade. Pois sua finalidade última é apontar os limites até onde pode ir o poder persecutório estatal".[79]

O discurso garantista não é meramente retórico, nem reflete uma postura ideológica ou filosófica, pois retrata a conscientização dessa nova perspectiva da ordem normativa (de poderes, de deveres e de limites nas esferas do privado e do público), a qual tem sido acompanhada, como registra Gomes Filho, "(...) pela progressiva positivação e, mais precisamente, pela constitucionalização do direito ao processo, com a correspondente explicação, cada vez mais completa e analítica, das garantias do processo nos textos constitucionais",[80] destacando-se a do *due process of law* (art. 5.º, LIV), com todas as suas derivações e terminando por converter o esquema processual num instrumento de participação do indivíduo nas próprias decisões dos órgãos do poder que possam afetá-lo.[81]

Juris, 2001) advoga a introdução na legislação brasileira do sistema de investigação preliminar, obrigatória para os delitos graves e facultativa para os de menor potencial lesivo e complexidade, assegurado ao sujeito passivo, todavia, "o exercício do direito de defesa, como uma resistência ao poder de perseguir do Estado" (p. 334). No sistema do Projeto de Reforma do CPP, cuja Comissão é presidida por Ada Grinover, o art. 8.º e seu § 1.º asseguram ao suspeito, na fase pré-processual, coleta de interrogatório com expressa observância das garantias constitucionais e legais. O Projeto, entretanto, ainda não foi apreciado pelo Congresso Nacional.

A segunda, a do processo, em que o suspeito passa à condição de titular de direitos, amparado pelas garantias constitucionais, na forma inversamente proposta por Kafka (KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Nova Época, 1963).

79. TOVO, Paulo Cláudio. *Introdução à principiologia do processo penal brasileiro*. Estudos de Direito Processual Penal (org). Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1995, p. 14.

80. Ob. cit., p. 31.

81. GOMES FILHO, Antonio Magalhães, ob. cit., p. 28.

A defesa, como emana da Constituição, há de ser ampla (plena, no Júri, havendo nítida diferença entre esses termos).

Desse modo, como primeira crítica ao entendimento pretoriano, apontamos aqui a necessidade de urgente revisão, no Colendo STF, do enunciado 523 da Súmula, que fundamenta os precedentes de ambos os Tribunais Superiores, acerca da distinção entre ausência e deficiência de defesa, com a afirmação de que no último caso a nulidade do processo, por ser relativa, depende de argüição da parte e de demonstração do prejuízo sofrido.[82]

Por constituir-se em pilar do Estado Democrático de Direito e garantia dos "acusados" (esfera criminal) e dos "litigantes" (órbitas do direito administrativo, civil, tributário etc.) há quem sustente a necessidade de ampla defesa em procedimentos preparatórios da futura ação penal, como os inquéritos policiais, os inquéritos civis, os inquéritos parlamentares, as sindicâncias administrativas etc.

O assunto ganha importância porque se de um lado os tribunais brasileiros consideram que, nessa fase da *persecutio criminis*, ante a natureza administrativa das atividades realizadas, o autor do fato não é sujeito e sim o próprio objeto da investigação, desamparado, portanto, da citada garantia,[83] no Supremo, de outro, em decisão proferida pelo seu Presidente, Min. Nelson Jobim, reconheceu-se, não faz muito, a parlamentares indiciados no cognominado de "Mensalão", direito à defesa no procedimento administrativo em curso na Corregedoria da Câmara.

A posição do Pretório Excelso, agora com composição renovada, ainda não é conhecida, não havendo dúvida de que a matéria merecerá o amplo debate,

82. STF – HC 81.964/SP, 1.ª T., Min. Gilmar Mendes, 10.12.2002; HC 81.353/RJ, 1.ª T., Min. Ellen Gracie, j. 18.06.2002; STJ: REsp 565775/SC, 5.ª T., Min. Laurita Vaz, j. 23.08.2005 e HC 37.368/PR, 6.ª T., Min. Paulo Medina, j. 19.05.2005.

83. Aliás, a palavra "inquérito" alusiva ao procedimento policial de investigação é bem expressiva: relembra o período da Inquisição, em que os acusados não tinham defesa, a ponto de prever o Manual dos Inquisidores, textualmente, que a função do advogado não era outra senão a de ajudar o inquisidor a obter a confissão do acusado.

haja vista as extraordinárias conseqüências que a esta produzirá no cotidiano da Justiça, se a decisão liminar do ilustre Presidente vier a ser confirmada.

Embora vejamos com bons olhos a solução preconizada pelo Presidente Min. Nelson Jobim, porque ela vai ao encontro dos ideais do Estado Democrático de Direito, parece-nos que reconhecer a garantia da ampla defesa na fase pré-processual reavivará a discussão sobre a necessidade de criação dos juizados de instrução, porque o Estado, por óbvio, precisará de representação para se contrapor à defesa, seja quanto a prova produzida, seja quanto a que pretende produzir.

Merecedora de aplauso é, outrossim, a linha de entendimento consubstanciada em recentes decisões do mesmo Colendo STF, assegurando, como corolário da ampla defesa, aos advogados, a prerrogativa de consultar em nome de seus constituintes os autos do inquérito policial em tramitação na Delegacia ou na Justiça, que vinha sendo recusada, sistematicamente, em todas as instâncias da Justiça Federal.

A garantia da ampla defesa se apresenta sob tríplice perspectiva: a garantia e audiência; a garantia de presença; e, por último, a garantia de representação por advogado.

Sendo fonte de prova defensiva[84] o acusado tem o direito (não o dever) de falar ao juiz e suas informações, quando constitutivas de defesa pessoal, devem ser necessariamente apreciadas pelo magistrado na sentença, sob pena de nulidade.

O acusado tem, também, o direito de presença aos atos do processo, pois não haverá ampla defesa se não lhe for assegurada, mediante intimação prévia, a oportunidade de estar, nas audiências, ao lado de seu defensor, para acompanhar a produção da prova, esclarecê-lo e orientá-lo naquilo que for necessário.

84. Por exemplo: HC 14.668/SP, j. 19.06.2001, *DJ* 24.09.2001, p. 348 e AgRg na Apn 224/SP, Corte Especial, j. 04.05.2005, *DJ* 23.05.2005, p. 172.

A nosso ver, destarte, afrontam à garantia da ampla defesa as decisões que não asseguram o direito do acusado de estar presente aos atos do processo[85] ou que se satisfazem com a presença só do seu defensor para acompanhar a produção da prova, ainda que sob o argumento de inexistência de prejuízo.[86]

A ampla defesa, por último, assegura ao acusado direito à assistência e representação no processo por advogado, isto é, por um técnico, como condição para a paridade de armas com o órgão técnico da acusação. Não detendo aptidão técnica para funcionar em defesa própria, salvo sendo formado em Direito e com registro na OAB, o acusado precisa do advogado, que, literamente, fala em seu nome (*ad vocatus*, a voz do outro, o que fala pelo outro).

Inadmissível, por isso, a orientação emanada de precedentes do STJ dando como relativa a nulidade por desrespeito ao dever judicial de abertura de prazo à defesa para alegações preliminares no procedimento da lei de tóxicos e, ainda, no processo instaurado contra o servidor público por crime contra a administração pública.[87]

Inaceitável também, *data venia*, o entendimento do Colendo STJ que priva o advogado do direito de acesso aos autos de medidas cautelares de seqüestro de bens,[88] sob o argumento de que o sigilo pode ser imposto para "privilegiar a efetividade

85. HC. 8.939/DF, 6.ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 30.06.1999, *DJ* de 16.08.1999, p. 113.

86. RHC 16.551/SP, 6.ª T., j. 15.09.2005, *DJ* 03.10.2005, p. 331.

87. "É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a defesa preliminar, prevista no art. 514 do CPP é peça facultativa, cuja falta pode configurar nulidade relativa e, como tal, dependente de comprovação de prejuízo, sobretudo quando se trata de ação penal cujo rito prevê defesa escrita posterior ao oferecimento da denúncia (art. 104 da Lei 8.666/93)" – HC 31.585/MG, 6.ª T., rel. Min. Paulo medina, j. 19.05.2005.

"A inobservância do art. 38, da Lei 10.409/2002, consubstanciada na falta de oportunidade ao acusado de apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da peça inicial acusatória, a teor do entendimento firmado pela Colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 26.900/SP, não constitui nulidade absoluta, mas relativa" (STJ, HC 34.557/SP, 5.ª T., Min. Laurita Vaz, 05.10.2004). Idem, REsp 507.595/SP, mesma relatora.

88. RMS 18.673/PR, 5.ª T., Min. Gilson Dipp, j. 16.06.2005, *DJ* 01.08.2005, p. 479

dos atos jurisdicionais, especialmente em se tratando de ação criminal que coloca em risco a segurança da sociedade e do Estado, na qual deve prevalecer a supremacia do interesse público sobre o interesse privado".

Inadmissível, também, o entendimento consubstanciado em diversos precedentes na órbita da Justiça Federal de que o sigilo decretado na fase do inquérito policial impede ao advogado o acesso aos autos respectivos,[89] em contraste, ainda, com as prerrogativas previstas no Estatuto da OAB (Lei 8.906/94), sob o argumento de que a garantia da ampla defesa não se aplica ao inquérito.[90] Embora não seja direito do acusado e de seu defensor interferir na condução ou na produção da prova do inquérito, pois, nessa fase, o Estado está a reunir provas para avaliar, futuramente, se o caso autoriza ou determina a ação penal, certo é que, por força da garantia da ampla defesa e ainda como decorrência das prerrogativas do advogado, o suspeito tem o direito de saber o que já existe contra si, como vem afirmando, felizmente, o Colendo STF.[91]

89. STJ – Não é direito líquido e certo do advogado o acesso irrestrito a autos de inquérito policial que esteja sendo conduzido sob sigilo, se o segredo das informações é imprescindível para as investigações. O princípio da ampla defesa não se aplica ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial. Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado" (5.ª T., RMS 17.691/SC Min. Gilson Dipp, j. 22.02.2005; RMS 12.754/PR, 2.ª T., Min. Franciulli Netto, j. em 11.03.2003; RHC 11.124/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 19.06.2001 *DJ* 24.09.2001 (v. u.).

No mesmo sentido: HC 38.219/SP, 5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 15.03.2005, *DJ* 04.04.2005, p. 330.

90. RMS 17.691/SC, 5.ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 22.02.2005, *DJ* 14.03.2005, p. 388.

91. "Ementa: I – *Habeas corpus*: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial. 1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o *habeas corpus* a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente. 2. Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado – como tal, questionável mediante mandado de segurança – e ameaça, posto que mediata, à liberdade do indiciado – por isso legitimado a figurar como paciente no *habeas corpus* voltado a

O restaurador entendimento da Suprema Corte é absolutamente correto porque o que fundamenta a imposição do sigilo no inquérito policial é o risco de que, com conhecimento prévio dos passos da polícia, o suspeito venha a criar embaraços no levantamento das provas, na apuração dos fatos e na descoberta da verdade. Em assim sendo, carece de fundamento impedir o acesso da defesa aos autos do inquérito para verificação da prova já produzida, com vistas à elaboração dos primeiros esboços de defesa frente a ação criminal eventual, no futuro.

## *2.9 Direito ao contraditório*

O contraditório está intimamente associado à ampla defesa, tanto que ambas as garantias aparecem juntas, e de modo explícito, no mesmo inc. LV do art. 5.º de nossa Constituição.

fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores. II – Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94, art. 7.º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5.º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. Lei 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em conseqüência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. *Habeas corpus* deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição" (HC 82.354/PR, 1.ª T., j. 10.08.2004, *DJ* 24.09.2004, p. 00042).

Contraditar é contra-aditar, isto é, afirmar em sentido contrário, contrariar, dimanando dessa garantia à base da intervenção da defesa – para se manifestar sobre provas, documentos ou principalmente para arrazoar, por escrito ou verbalmente – sempre depois da acusação, conforme as regras dos arts. 406 e 500 do CPP, sendo de boa didática lembrar que no Júri os debates em Plenário se sucedem, exatamente, nessa ordem: primeiro a acusação, depois a defesa; réplica pela promotoria e, por fim, direito da defesa à tréplica.

O que funda a garantia do contraditório é a proibição ética e jurídica de julgamento sem oportunizar-se ao acusado a chance para impugnar a prova acusatória e oferecer a sua versão defensiva. Conforme assinala Scarance Fernandes, o processo, pela sua natureza, "exige partes em posições opostas, uma delas necessariamente em posição de defesa, e para que no seu desenvolvimento, seja garantida a correta aplicação da Justiça, impõe-se que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária".[92]

Rigorosamente correto, portanto, o entendimento doutrinário e jurisprudencial, como se vê do precedente do STJ de que foi relator o eminente Min. Paulo Medina, que deu como nulo por violação da garantia do contraditório o julgamento do recurso de apelação sem que a defesa tivesse sido intimada para arrozoar na superior instância, conforme facultado pelo art. 600, § 4.º do CPP.[93]

A garantia do contraditório, portanto, é exclusivamente da defesa, não sendo adequada sua invocação pelo Ministério Público. Não que, por óbvio, o MP não detenha o direito de conhecer a prova produzida pela defesa. É que o fundamento desse direito provém não do princípio do contraditório e sim do da igualdade das partes. Não é razoável o acusador invocar em seu prol garantia constante de capítulo da Constituição que dispõe sobre as garantias individuais e as liberdades fundamentais.

92. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 255.

93. HC 29.605/PE, 6.ª T., j. 10.08.2004, *DJ* 20.09.2004, p. 335.

Convém registrar que a intervenção do MP depois da sustentação oral produzida pela defesa, nos julgamentos perante os Órgãos Colegiados, não ofende ao contraditório, porque nas Câmaras ou Turmas o *Parquet* atua como *custos legis*, ou seja, sem vínculos pré-estabelecidos com a acusação, muito embora a experiência esteja a demonstrar que os Procuradores reforçam quase invariavelmente a tese acusatória, provavelmente preocupados com os altos índices de violência e de criminalidade, embora a solução para esse grave problema seja predominantemente de natureza não-penal.

Aliás, há movimentos, no interior da Instituição, sustentando a necessidade de redesenho da função dos Procuradores para que possam atuar como partes, no processo.

## *2.10 Fundamentação das decisões judiciais*

Condição de validade dos pronunciamentos judiciais é que sejam fundamentados, como propõe o inc. IX do art. 93 da CF/88.

A fundamentação, desse modo, é outra pedra de toque do Estado Democrático de Direito, que, ao contrário do Estado Totalitário, se justifica, isto é, se explica, perante os seus cidadãos.

Se tivéssemos que apontar uma ordem cronológica, diríamos que a decisão sempre precede a fundamentação e que esta, de sua vez, sempre precede o discurso fundamentador, isto porque o juiz, segundo ensinamento de Nilo Bairros de Brum, ao sentenciar, em verdade já decidiu o que fazer, isto é, se condenará ou se absolverá o réu.

O juiz chegará a essa decisão (ou tendência de decidir) por vários "motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito (em si) provoca no espírito do juiz".[94]

94. Ob. cit., p. 72.

Noutras vezes, a tendência para absolver representará a expressão viva das tendências ideológicas de considerar que o réu é sempre uma vítima da inoperância do Estado e da falta de atenção dos outros...

A propósito dessa ordem, (decisão, fundamentação e discurso motivador) Gomes Filho diz ser possível distinguirmos no raciocínio judicial, de um lado, "a atividade mental que se desenvolve com o objetivo de encontrar a solução para o caso trazido a julgamento, na qual pesam não só as premissas de direito e de fato, mas também valores extrajurídicos (morais, políticos, ideológicos etc) do juiz, e, por outro, o produto dessa mesma atividade, apresentando sob a forma de uma sentença, em que se expõem ao público as razões da escolha realizada".[95]

Então, o juiz, primeiro, precisará identificará as provas e as examinará junto com as alegações das partes para poder formar o convencimento e, daí, deliberar, decidir, apontar o direito incidente na espécie, socorrendo-se da lei, da jurisprudência, dos princípios gerais etc.

Realizada a opção (deliberação), ordenará mentalmente as bases de sustentação da decisão (motivos, fundamentos).

Por último, detalhará essas bases (discurso motivador), ao estilo dos juízos lógicos, com clareza, evitando que eventuais obscuridades, contradições, ambigüidades ou omissões determinem à necessidade de subseqüente declaração.

Operando com a lógica, o juiz, entretanto, não deve ser, como diz Couture, um "lógico que fabrica silogismos",[96] em que a lei é a premissa maior, o caso concreto é a premissa menor e a sentença a conclusão. Sua missão, ensinava Carnelutti, "é a de transformar a lei ditada em geral para categorias de casos, em uma lei especial para o caso específico",[97] incumbindo-lhe, nessa mediação, "estender uma ponte entre a lei e o fato, como o faz o intérprete de

95. Idem, p. 112.
96. Ob. cit., p. 57.
97. Ob. cit.

uma partitura musical ao converter em sons os símbolos com os quais o compositor expressou sua idéia".[98]

Por isso, o juiz não pode jamais perder, também, a conexão com os valores da sociedade a que pertence. Conquanto isento, ele não é neutro porque, nas palavras de Rui Portanova, ao julgar ele está assumindo valores de conservação. Todo juiz "tem sempre valores" e "toda sentença é marcada por valores". Enfim, na interpretação dos fatos e na ponderação da prova, o juiz não dissocia sua cultura jurídica das crenças políticas, filosóficas e religiosas, da sua inserção sócio-econômica e de todos os demais fatores que forjaram e integram sua personalidade.[99]

Tão decisivo é esse complexo condicionamento que a primeira necessidade do juiz, lembra-nos Bairros de Brum, é "atender a própria consciência"[100] o que nem sempre é fácil, porque, nas suas palavras, "as aspirações éticas da comunidade jurídica não se apresentam de maneira uniforme e coerente, mas de forma contraditória e conflitante, mormente em épocas de transição social como a que vivemos. Se, de um lado, há os que consideram que a ordem jurídica só contém disposições justas, cuja aplicação pura e simples haverá de conduzir a sociedade ao estágio ideal; por outro lado existem aqueles que vêem no modelo jurídico apenas dispositivos iníquos que servem somente para retardar o aprimoramento dessa sociedade e prolongar um *status quo* injusto e intolerável".[101]

Resulta fácil perceber, então, que fundamentação da decisão judicial constitui atividade de intensa criação da inteligência e da vontade do juiz, não sendo, portanto, "um pedaço de lógica, nem tampouco uma norma pura" [102] como ensinava Couture.

98. Idem, p. cit.

99. PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992, p. 74.

100. BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 86/87.

101. BRUM, Nilo Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 85.

102. Ob. cit., p. 57.

Nas palavras do festejado jurista uruguaio, "não se inventou, ainda, u´a máquina para produzir sentença. No dia em que for possível decidir os casos judiciais como se decidem as corridas de cavalo, mediante um 'olho mecânico' que registra fisicamente o triunfo ou a derrota, a concepção constitutiva do processo perderá seu sentido e a sentença será uma mera declaração, como queria Montesquieu".[103]

Embora a clareza do texto constitucional, a jurisprudência ainda perfilha a orientação de que o recebimento da denúncia é um mero despacho e que por depender o juízo de admissibilidade de "confirmação no curso da ação penal",[104] o recebimento não precisa ser fundamentado.

Há equívocos. Não é um mero despacho de expediente e sim uma decisão, com carga decisória, aquela que admite a acusação, pois o juiz precisa, quando do exame da admissibilidade da denúncia ou queixa, aferir a presença dos pressupostos processuais, das condições da ação e da justa causa. Conforme assinala Tucci, "é absolutamente necessário que o órgão jurisdicional justifique a presença de fundamento razoável da acusação e de legítimo interesse, em consonância e perfeita harmonia com os elementos colhidos nos autos da investigação criminal ou constantes das peças de informação".[105]

Há avanços, felizmente.

Embora decisões isoladas,[106] já não é firme a orientação pretoriana que admitia, sem fundamentação da necessidade, o que aqui denominamos como

103. Idem, p. 59.

104. STJ – HC 36.656/SP, 6.ª T., Min. Hélio Quaglia Barbosa. No mesmo sentido: "O despacho de recebimento da denúncia não contém carga decisória, tendo a natureza de decisão interlocutória simples que, na sistemática processual vigente, dispensa fundamentação, não gerando preclusão quanto a regularidade da peça exordial" (RHC 9.353/SP, T., Min. Vicente Leal).

105. TUCCI, Rogério Lauria, *Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 278-284.

106. STJ. "Conforme dicção do art. 30 da Lei 7.492/86, sem prejuízo do contido no art. 312 do CPP, a prisão preventiva do acusado da prática de quaisquer dos crimes previstos nessa Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada. Precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte. *Writ* denegado" (HC 24.798/MS, 5.ª T., Min. Félix Fischer).

espécies de prisões *ex-vi legis* (arts. 408, § 2.º e 594 do CPP; art. 35 da Lei 6.368/76, art. 2.º da Lei 8.072/90; art. 9.º da Lei 9.034/95; art. 30 da Lei 7.492/86 e art. 3.º da Lei 9.613/98).

Pressuposto de validade do decreto de prisão cautelar é a demonstração, fundamentadamente, da prova mínima sobre fato concreto, que aponte a necessidade de restrição da regra geral, que é a liberdade.

## *2.11 Direito aos recursos*

São muitas as razões que fundamentam filosoficamente os recursos: a falibilidade humana, a natural insatisfação das pessoas com a primeira decisão, a maior confiança delas nas decisões proferidas por órgãos colegiados integrados por juízes mais antigos supostamente mais experientes que os magistrados das entrâncias inferiores ou estágio inicial de carreira.

Na perspectiva puramente jurídica, a necessidade dos recursos pode ser associada ao sistema de instâncias em que está estruturado o Judiciário Brasileiro.

Por esses e outros fundamentos é que a garantia do duplo grau da jurisdição, embora sem correspondente nomenclatura na nossa Constituição, se aperfeiçoa como um dogma universal, eliminando todos os riscos que um sistema de Justiça de instância única apresenta.

O recurso é direito das partes no processo, mas, em relação ao acusado, configura-se como direito fundamental, previsto, aliás, no mesmo inciso do art. 5.º que assegura a ampla defesa e o contraditório.

Todo réu tem, portanto, direito de recorrer às instâncias superiores, desde que preencha, é claro, os requisitos ou pressupostos de admissibilidade, conhecimento e julgamento dos recursos, também denominados de pressupostos recursais.

No mesmo sentido: "Mostra-se a prisão cautelar necessária em razão da elevada periculosidade da agente, complexidade do esquema delituoso e da magnitude da lesão causada" (REsp 662.356/RS, 5.ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca). Idem: HC 29.445/RS, 5.ª T., Min. Jorge Scartezzini.

São eles: a existência de decisão ou sentença; a previsão de cabimento de recurso; a interposição do recurso cabível; a forma legal e a demonstração do interesse em recorrer.

Como direito das partes, a elas cabe decidir pela interposição ou não dos recursos, desafinando, inteiramente, com o sistema acusatório, os denominados recursos de ofício, segundo os quais o reexame da decisão de primeiro grau nas absolvições sumárias (art. 411 do CPP), nas concessões de *habeas corpus* em primeiro grau (art. 574, I do CPP), nas reabilitações criminais (art. 746 do CPP) e nos arquivamentos de inquérito ou absolvições por crimes definidos na Lei 1.521/51 (art. 7.º), é provocado pelo próprio juiz!

A questão já foi outrora debatida em nossa jurisprudência culminando com a preservação dos textos que dispõem sobre essa prática do antigo direito português, que vigorou entre nós. Naquele direito era necessário o controle do juiz, por concentrar poderes inquisitoriais. Não mais no nosso direito, regido pelo modelo acusatório.

Sendo direito subordinado aos requisitos ou pressupostos de admissibilidade específicos, não compreendemos, também, como os Tribunais Superiores mantém o entendimento que condiciona o acesso à via recursal ao recolhimento prévio à prisão para início do cumprimento da pena.

Igualmente incompreensível é o entendimento pretoriano que reconhece a constitucionalidade do art. 595 do CPP, que dispõe sobre a deserção do recurso em caso de fuga do condenado que respondeu preso ao processo criminal.

## *2.12 Intangibilidade da coisa julgada*

A intangibilidade da coisa julgada é outra garantia que decorre do devido processo legal.

Uma decisão proferida em favor do indivíduo não pode ser revogada, após passar em julgado, mesmo sob o pretexto de erro judiciário.

A estabilidade nas relações sociais só pode ser viabilizada, nesse particular, debaixo da proteção do princípio do *ne bis in idem*, por não ser razoável que as pessoas tenham que viver seu cotidiano com a espada de Dâmocles pendurada sobre as próprias cabeças.

Dessa forma, não se compreende a orientação pretoriana que autoriza, em razão de falta grave, a revogação da decisão que, em sede de execução da pena, reconhece o direito à remição da pena.[107]

O condenado que trabalhar abaterá a pena à razão de um dia por três dias trabalhados. A decisão do juiz das execuções não tem outra natureza senão a de reconhecer o direito pré-adquirido pelo condenado, em razão do trabalho prestado, fiscalizado e confirmado pelo Diretor da Penitenciária.

Assim, o advento, no futuro, de eventual falta grave, comprometerá, seriamente, a garantia do direito adquirido e também da imutabilidade da decisão declaratória do direito, em flagrante desestímulo aos condenados que buscam, pela laborterapia, as condições para a reinserção social.

## 3. À guisa de conclusões

No atual estágio do pensamento jurídico-político brasileiro já está bem consolidada a idéia de que a produção e a incidência das normas penais se subordinam aos limites assinalados pela Constituição.

O exercício do *jus puniendi* no Estado Democrático de Direito há que se compatibilizar com os valores, os princípios e as regras que protegem o indivíduo

107. "A dicção do art. 127, da Lei 7.210/85 é clara ao estabelecer que o condenado que cometer falta grave (fuga do cárcere), durante a execução da pena, perderá os dias remidos, motivo pelo qual não há falar em coisa julgada e direito adquirido." (Precedentes)" – REsp 478.563/SP 5.ª T., Min. Jose Arnaldo da Fonseca, 25.03.2003. Idem: REsp 736.907/RS, 5.ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, 09.08.2005; REsp 733.030/RS, 5.ª T., Min. Laurita Vaz, j. 09.08.2005; REsp 323.940/SP, 6.ª T., Min. Paulo Galotti, j. 26.05.2004.

STF – HC 84.793/SP, 2.ª T., Min. Gilmar Mendes, 23.08.2005 e HC 84.627/SP, 1.ª T., Min. Eros Grau, j. 14.09.2004.

dos abusos, por ser este o centro das atenções do Estado, diferentemente do que ocorria nas formações estatais pré-modernas.

Integrando o conjunto dos princípios que estruturam e ao mesmo tempo limitam o *jus puniendi*, figura, destacadamente, o do devido processo legal, conquanto inexista hierarquia entre os princípios, porque em caso de colisão entre eles o critério a ser usado para resolvê-la decorre do maior peso do princípio, no caso concreto.

É do devido processo legal que dimana o conjunto de proibições que atua como escudo de proteção do acusado (e também dos não-criminosos) contra os excessos do Estado-acusador e ao mesmo tempo condiciona a validade das regras e dos pronunciamentos pretorianos que as interpretam e as aplicam.

Embora direito seja só aquilo que dizem os Tribunais, como enunciava em frase famosa o juiz Holmes, da Suprema Corte Norte-Americana, a verdade é que para cumprir essa honorável missão os magistrados não se depreendem da ordem normativa constitucional, de modo que, antes de afirmarem que certa regra legal ou jurídica existe, no mundo do Direito, devem perquirir se ela vale, isto é, se ela se ajusta e, ao mesmo tempo, se ampara, no seu paradigma, que é a Constituição, estruturada em valores, regras e princípios, como propõe a nova hermenêutica.

É de nenhuma utilidade, portanto, a remissão que o intérprete ou aplicador da lei – salvo para reconstituição história dos institutos jurídicos – faz aos precedentes que formam a jurisprudência "mansa e pacífica", para pretender, com esse procedimento, reforçar argumento sobre determinada tese legal ou jurídica, sem antes confirmar se essa jurisprudência ainda se encontra contextualizada, isto é, recepcionada e, portanto válida, perante a ordem normativa constitucional.

Neste breve artigo, escrito com economia de palavras, para atender as finalidades da publicação, fizemos o discurso sobre o devido processo legal e sobre os mais importantes princípios dele derivados que, a nosso ver, formam as grandes linhas do sistema punitivo de nosso país e de outros países do mundo para, simultaneamente, apontar o grande distanciamento entre as mensagens que eles

veiculam, como mandados de otimização, no dizer de Alexy,[108] e a práxis dos Tribunais brasileiros, inclusive a dos Tribunais Superiores, tantas são as decisões proferidas com amparo em precedentes que não mais se sustentam frente à ordem constitucional em vigor.

Felizmente, estamos, agora, a viver um novo tempo, pois no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça começam a vir a público as novas interpretações normativas voltadas para as preocupações antes referidas, quais sejam, aquelas relacionadas aos limites do Direito Penal. Em precedentes que conferem novos sentidos às regras (pois a lei enquanto texto é simplexmente texto, à espera da outorga de sentido pelo intérprete ou aplicador), os dois Tribunais Superiores estão a desenhar um novo cenário, cujo pano de fundo é o denominado Direito Penal de garantias, muito embora exista, ainda, um longo caminho a percorrer.

Com tais precedentes os Tribunais Superiores diminuem o espaço que separa o saber científico da práxis pretoriana e permitem que todos enxerguem com os próprios olhos o quão extraordinariamente importantes são as funções da magistratura, que atua, de um lado, como guardiã da Constituição e, de outro, reafirmando as vantagens da civilização sobre a barbárie, como garantia dos direitos e das liberdades fundamentais, coibindo os excessos, partam eles donde partirem, independentemente de quem seja a autoridade responsável pelo abuso.

É por isso que os juízes jamais poderão ser substituídos por máquinas, mesmo pelas mais extraordinárias ou sofisticadas. Nosso desejo é que esses bons ventos continuem a soprar, pois são muitos os desafios que precisamos enfrentar e superar, dentre eles o de reescrever o nosso descontextualizado Código de Processo Penal e o de realinhar, em todo país, a nossa conservadora jurisprudência criminal com os postulados constitucionais de garantia, para podermos resgatar a função clássica do Direito Penal e nos aproximar um pouco mais da modernidade ainda tardia.

108. Ob. e p. cit.

# Júri: projetos de reforma

Antonio Magalhães Gomes Filho

Mestre, doutor, livre-docente e professor titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Procurador de Justiça no Estado de São Paulo (aposentado). Membro da comissão de Reforma do CPP do Ministério da Justiça. Membro da comissão que elaborou o Antreprojeto da Lei 9.099/95.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. A manutenção da fase de instrução preparatória – 3. A supressão do libelo-acusatório – 4. A produção da prova na sessão de julgamento – 5. A simplificação do questionário – 6. Por que, ainda, o julgamento dos crimes conexos pelo Júri? – 7. A supressão do protesto por novo Júri. E a apelação sobre o mérito do julgamento popular? – 8. Bibliografia.

**Resumo:** O texto discute as propostas de alterações legislativas contidas no Projeto de Lei n. 4.207/2001, que trata da reforma do procedimento dos crimes de competência do Júri. São analisadas especialmente questões relacionadas à manutenção da fase de instrução preparatória, à supressão do libelo acusatório, à produção da prova na sessão de julgamento, à simplificação do questionário e à supressão do protesto por novo júri. São ainda apresentadas sugestões em relação ao julgamento dos crimes conexos pelo júri e à apelação sobre o mérito do julgamento popular.

**Palavras-chave:** Júri – Reforma do processo penal – Projeto n. 4.207/2001.

## 1. Introdução

O tema do Júri é sempre polêmico e desperta, de início, a discussão sobre a conveniência de manter-se – ou não – essa forma de participação popular na

administração da Justiça. É evidente que esse não deve ser o propósito deste debate, não só em razão do limite de tempo, mas, sobretudo porque no Brasil o julgamento pelo Júri constitui uma garantia constitucional.

Mas isso não deve excluir a indagação crítica sobre certas características da instituição, definidas no plano da legislação ordinária e, portanto, suscetíveis de reformas mais aprofundadas.

Numa visão mais geral, é possível constatar que o legislador parece ter sempre assumido uma postura bastante tímida nas tentativas de alterar a regulamentação do Júri entre nós, talvez influenciado pelo fato de tratar-se de matéria sujeita a parâmetros constitucionais. Daí a permanência de um sistema exageradamente formalista, cujas linhas mestras ainda remontam ao Dec.-lei 167 de 1938, editado sob o regime autoritário do Estado Novo, e que revela uma certa desconfiança na capacidade de decisão do Júri popular.

O ponto de referência para o presente debate será o Projeto de Lei 4.203/2001, em discussão no Congresso Nacional, que tem como fonte anteprojeto elaborado por Comissão instituída pelo Ministério da Justiça em 2000, sob a presidência da Profª Ada Pellegrini Grinover. Como participante dessa Comissão de reforma processual-penal, que analisou o tema, a partir de propostas do Prof. René Ariel Dotti e do Des. Rui Stoco, posso testemunhar que o projeto atual reflete um difícil consenso entre os especialistas, mas, mesmo assim, creio que alguns pontos mereceriam novas reflexões, até porque esse é o motivo desta discussão.

## 2. A manutenção da fase de instrução preparatória

Dentre os pontos que merecem ser trazidos a debate, o primeiro está relacionado à manutenção de uma fase de instrução preparatória judicial, destinada à busca de elementos probatórios para o chamado *iudicium accusationis*.

É verdade que nesse aspecto o Projeto 4.203/2001 propõe uma salutar simplificação, pois ao invés do procedimento atual, com pelo menos três audiências

(interrogatório, inquirição de testemunhas de acusação e de defesa, no número máximo de oito), a prova será concentrada em uma única audiência, com inquirição de um máximo de cinco testemunhas de acusação e outras tantas de defesa.

Mas diante do novo esquema procedimental proposto em outro projeto também em tramitação no Congresso (4.207/2001) – em que é previsto sempre um juízo de admissibilidade da acusação (art. 396), necessariamente formulado depois da resposta do acusado (art. 395, § 1.º) e, ressalte-se, com eventual realização de diligências determinadas pelo juiz, podendo ouvir testemunhas e interrogar o acusado (art. 395, § 5.º) –, caberia indagar sobre a conveniência da manutenção de uma instrução preliminar no procedimento do Júri, como ocorre atualmente.

Note-se que na proposta em exame – acertadamente (v. adiante n. 4) – as provas produzidas nessa fase, salvo se antecipadas, cautelares ou irrepetíveis, não serão levadas ao conhecimento dos jurados, na sessão de julgamento em plenário (v. arts. 421 *caput* e 473, § 3.º, do Projeto de Lei 4.203/2001).

Assim, tendo em conta que para a pronúncia do acusado será necessário somente o convencimento do juiz acerca da materialidade do fato e da existência de indícios de autoria ou de participação (art. 413 do Projeto de Lei 4.203/2001), não se vislumbra a razão da manutenção dessa fase instrutória preliminar, pois, da mesma forma do que é sugerido em relação aos demais procedimentos, os elementos do inquérito – e, eventualmente, outros cuja conveniência e necessidade seja aferida pelo juiz, na forma da redação proposta para o art. 395, § 5.º do Projeto 4.207/2003 – seriam suficientes para a decisão sobre a admissibilidade da acusação.

Não se vê, portanto, a necessidade de manter-se essa fase procedimental, principalmente tendo em conta o desejado objetivo de simplificação.

## 3. A supressão do libelo-acusatório

Acertada a supressão do libelo-acusatório no procedimento do Júri.

Trata-se de vetusta formalidade cuja manutenção não se justifica, até porque, a rigor, no sistema acusatório consagrado pela Constituição, todos os

fatos pelos quais o indivíduo é acusado já devem estar perfeitamente delineados na denúncia.

Assim, a peça de acusação a ser levada ao Júri é a própria denúncia; se na pronúncia algum ou alguns deles não foram admitidos, simplesmente não poderá haver acusação em plenário em relação a estes.

## 4. A produção da prova na sessão de julgamento

O Projeto 4.203/2001 traz significativo avanço no que toca à instrução probatória na sessão de julgamento, reforçando o sistema da oralidade.

Na prática atual, o que se verifica é que raramente a produção da prova se faz perante o Tribunal do Júri. Ao contrário do que ocorre no modelo de Júri anglo-saxão, em que introdução das provas ao processo só é feita na própria sessão de julgamento (*day in court*), em contraditório e com critérios de seleção determinados pela *law of evidence*, o atual sistema brasileiro permite a indiscriminada leitura de peças processuais aos jurados, o que faz com que acabem prevalecendo na formação do convencimento do Júri, muitas vezes, provas produzidas em momentos anteriores e até mesmo simples elementos informativos da fase inquisitória do inquérito policial, destinados somente à formação da *opinio delicti* do acusador.

Essa situação é especialmente agravada pela conhecida circunstância de que o Júri não está obrigado a fundamentar as suas decisões. Assim, não se pode saber, como ocorre em relação ao juiz singular, se e como determinadas informações ou provas – que não poderiam servir ao convencimento – exerceram influência no espírito do julgador.

Diante disso, e em conformidade com proposta contida em outro projeto, que veda ao juiz singular utilizar os elementos informativos da investigação como fundamento da sentença (art. 7.º, parágrafo único do Projeto de Lei 4.209/2001), o Projeto relativo ao Júri consagra disposição em que se determina o encaminha-

mento dos autos, após a pronúncia, apenas com as provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis (art. 421, *caput* do Projeto de Lei 4.203), complementada pela previsão do art. 473, § 3.º, no sentido de que somente estas provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis poderão ser lidas aos jurados.

Pretende-se, assim, que o Júri decida exclusivamente com as provas realizadas em plenário, na presença das partes e dos jurados, salvo, como lembrado, as antecipadas, cautelares e irrepetíveis.

## 5. A simplificação do questionário

Outro ponto importante da atual proposta legislativa diz respeito à simplificação do questionário submetido aos jurados para o julgamento da causa.

O sistema atual, como é notório, tem sido gerador de numerosos casos em que os tribunais reconhecem a nulidade do julgamento, por vícios na formulação ou na votação dos quesitos. Em algumas situações, nem mesmo a jurisprudência consagra orientações seguras para evitar-se esses inconvenientes.

Na raiz dessa questão parece estar a idéia de que o jurado, embora por definição leigo em direito, deva decidir sobre matéria jurídica. Por isso, mais acertada e prática a solução do sistema anglo-americano, em que o Júri simplesmente resolve se o réu é culpado ou inocente da acusação (*guilty or not guilty*), passando à competência do juiz-presidente decidir, em seguida e até com a realização de uma audiência destinada à discussão entre as partes, sobre a eventual aplicação da pena.

O Projeto 4.203/2001 apresenta uma sensível melhora em relação ao sistema atual, mas, com a devida vênia, ainda incompleta.

Segundo a redação do seu art. 483, os quesitos indagarão sobre: I – a materialidade do fato; II – a autoria ou participação; III – se o acusado deve ser absolvido ou condenado; IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia.

Bem analisadas as coisas, seria possível indagar simplesmente aos jurados se o réu deve ser condenado ou absolvido. As duas primeiras questões estão implícitas na terceira: se o Júri entende que o réu deve ser condenado é porque supõe que o fato existiu e que o acusado é o seu autor ou partícipe; as indagações seguintes (itens IV e V) versam sobre questões técnicas, e que estão relacionadas – de forma ampla – à aplicação da pena e deveriam ser deixadas ao juiz-presidente.

Com isso, estariam também superadas as questões subseqüentes não resolvidas pela proposta e bem lembradas por Gustavo Badaró: excesso nas excludentes de ilicitude, desistência voluntária, arrependimento eficaz, participação dolosamente distinta etc. Caberia ao juiz-presidente resolvê-las, caso o Júri tenha condenado o réu. Seria possível alegar-se até que, com isso, estaria ocorrendo ofensa à soberania do Júri, mas seria uma violação *pro reo*, que não se choca com a idéia maior da Constituição, que instituiu o Júri como garantia do cidadão.

## 6. Por que, ainda, o julgamento dos crimes conexos pelo Júri?

Surge, a esta altura, outra questão relevante que poderia ser lembrada a propósito da votação do questionário na forma alvitrada: a do julgamento dos crimes conexos.

No sistema atual – e o Projeto não traz alterações nesse aspecto –, cabe ao Júri decidir não só sobre os crimes dolosos contra a vida, mas também a respeito de eventuais infrações conexas, diante do que dispõem especialmente os arts. 78, I, e 79 do Código de Processo Penal.

É sabido que disso decorrem inúmeras dificuldades na elaboração e na votação do questionário, até porque certas infrações penais possuem características incompreensíveis para os leigos, levando muitas vezes a erros irreparáveis, tanto a favor como – o que é pior – contra o acusado. Tais erros seriam certamente mais

freqüentes se adotado o sistema de quesitos proposto no Projeto, na medida em que os jurados seriam chamados a julgar questões exclusivamente técnicas.

Por que, então, não se alterar a sistemática do Código em relação ao julgamento das infrações conexas?

É bom lembrar que não existe, a propósito, qualquer restrição constitucional, pois o art. 5.º, XXXVIII, *d* da CF/88, assegura tão somente a competência do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Nada se diz sobre os crimes conexos, cujo julgamento pelo Júri decorre, como visto, de regras infra-constitucionais.

Em favor do sistema atual, seria possível argumentar que a atribuição de competência ao próprio Júri atende a razões de economia processual, evitando-se também eventuais decisões contraditórias. Quanto a estas, na verdade nada assegura que, nessa situação, os veredictos do Júri sejam coerentes. No mais, a economia processual poderia ser atendida do mesmo modo, deixando-se o julgamento dos crimes conexos ao juiz-presidente, que levará em conta as provas dos autos e as que resultarem dos debates (o que já ocorre hoje quanto há desclassificação).

Com isso, haveria grande simplificação nos julgamentos, até com vantagens para a economia processual, sem qualquer ofensa à garantia prevista na Constituição.

## 7. A supressão do protesto por novo Júri. E a apelação sobre o mérito do julgamento popular?

Duas observações finais, relacionadas ao Júri, mas constantes de outro Projeto, o 4.206/2001, que trata dos recursos e ações de impugnação.

Acertadamente, é proposta a revogação dos arts. 607 e 608 do CPP, que regulam o chamado protesto por novo Júri.

Trata-se de meio de impugnação de decisões do Júri cuja justificativa histórica está ligada a razões humanitárias, que levaram o legislador do Código de Processo

Criminal de 1832 a introduzi-lo para os casos de condenações mais graves, com penas de morte, degredo e galés perpétuas. Lembre-se, no entanto, que tal remédio não encontra correspondente em outras legislações, mesmo naquelas em que preponderam os julgamentos populares, como na Inglaterra e nos Estados Unidos.

No sistema atual, em que tais penas não são mais previstas, sua aplicação ficou restrita às penas privativas de liberdade iguais ou superiores a 20 anos, mas nem assim sua manutenção é recomendável, mesmo porque revela uma certa desconfiança nos veredictos do Júri.

Mas, de outro lado, não se compreendem as razões que levaram o Projeto a deixar de considerar outro anacronismo do sistema atual, consistente na previsão de um caso de apelação contra o mérito das decisões do Júri.

O Dec.-lei 167 de 1938, ao cuidar da apelação, previa a possibilidade de reforma do veredicto do Júri pelo Tribunal de Apelação – "para aplicar a pena justa ou absolver o réu" – se convencido que a decisão não encontrava nenhum apoio nos autos.

Na redação original do Código de Processo Penal, de 1941, também era admitida a apelação fundada em "injustiça da decisão dos jurados, por não encontrar apoio algum nas provas existentes nos autos ou produzidas em plenário" (art. 593, III, *b*). Daí prescrever o art. 606 que, nesse caso, o Tribunal, dando provimento ao recurso, poderia "aplicar a pena legal ou absolver o réu".

Observe-se que os dispositivos mencionados foram editados na vigência da Carta de 1937, que não previa o julgamento pelo Júri como garantia individual. Daí, com o advento da Constituição de 1946, que não só incluiu o Júri no capítulo das garantias, mas expressamente proclamou a soberania dos veredictos, a necessidade de adaptar-se a lei ordinária ao preceito constitucional.

Assim é que com a Lei 263, de 1948, foram feitas alterações no Código, de modo a preservar-se a soberania do Júri, resultando a disciplina atual: admite-se a apelação, quando a decisão for contrária à prova dos autos, mas o Tribunal, se lhe der provimento, só pode determinar a realização de novo julgamento pelo Júri.

Argumenta-se que, dessa forma, a soberania do Júri, enquanto instituição, não estará maculada, pois serão ainda os jurados (embora outros) que decidirão a causa.

É evidente que se tratou de solução de compromisso, que não esconde uma desconfiança do legislador ordinário em relação aos julgamentos populares e também não deixa de representar uma ofensa à soberania do Júri: o juiz natural da causa é o primeiro corpo de jurados, escolhido de acordo com as regras legais.

Mais do que isso, como se sabe, na prática o pronunciamento do Tribunal de Justiça acaba por exercer uma decisiva influência no segundo julgamento, pois é natural que o jurado leigo sinta-se até constrangido em adotar posição diferente daquela que consta de um acórdão que proclama a manifesta divergência do primeiro veredicto com a prova dos autos.

Também não é possível deixar de considerar que na nova disciplina da sessão de julgamento, proposta pelo Projeto 4.203/2001, só os jurados terão contacto – direto e imediato – com as provas produzidas em plenário, não o Tribunal, que continuará a decidir pelo exame daquilo que consta dos autos.

Diante disso, seria muito oportuno que o legislador – de forma coerente e, sobretudo, emprestando à previsão constitucional o seu devido valor –, vá mais além, suprimindo também essa hipótese de apelação contra os veredictos do Júri.

## 8. Bibliografia

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Projeto de Lei 4.203/2001 – Tribunal do Júri, in Eduardo Reale Ferrari (org.) *Código de Processo Penal: comentários aos projetos de reforma legislativa*. Campinas: Millennium, 2003, p. 167-221.

DOTTI, René Ariel. Um novo Tribunal do Júri: Projeto de Lei 4.900, de 1995, in *Revista de Processo*, 22(85):128-159. São Paulo: RT, 1997.

MARREY, SILVA FRANCO e STOCCO (org.). *Teoria e prática do Júri*, 7.ª ed. São Paulo: RT, 2000.

# 30 anos de vigiar e punir (Foucault)

Juarez Cirino dos Santos
Professor de Direito Penal da UFPR e Advogado Criminal em Curitiba, PR.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. A disciplina – 3. O panótico: 3.1 A prisão; 3.2 Sociedade carcerária – 4. Conclusões.

## 1. Introdução

O objetivo de FOUCAULT, em *Vigiar e Punir*, é descrever a *história do poder de punir* como *história da prisão*, cuja instituição muda o estilo penal, do *suplício do corpo* da época medieval para a *utilização do tempo* no *arquipélago carcerário* do capitalismo moderno.[1] Assim, demonstrando a natureza política do *poder de punir*, o *suplício do corpo* do estilo medieval (roda, fogueira etc.) é um ritual público de dominação pelo terror: o *objeto* da pena criminal é o corpo do condenado, mas o *objetivo* da pena criminal é a massa do povo, convocado para testemunhar a vitória do soberano sobre o criminoso, o rebelde que ousou desafiar o poder.[2]

1. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 13-20; ver BARATTA, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Freitas Bastos, 2. edição, 1999, p. 191-192; também, CIRINO DOS SANTOS, *A criminologia radical*. Forense, 1981, p. 50.

2. CIRINO DOS SANTOS, *A criminologia radical*. Forense, 1981, p. 50-51.

O processo medieval é *inquisitorial* e *secreto*: uma sucessão de interrogatórios dirigidos para a confissão, sob juramento ou sob tortura, em completa ignorância da acusação e das provas; mas a *execução penal* é pública, porque o sofrimento do condenado, mensurado para reproduzir a atrocidade do crime, é um ritual político de controle social pelo medo.[3]

No estudo da prisão, a originalidade de FOUCAULT consiste em abandonar o critério tradicional dos *efeitos negativos* de repressão da criminalidade, definido pelas formas jurídicas e delimitado pelas conseqüências da aplicação da lei penal, para pesquisar os *efeitos positivos* da prisão, como *tática política* de *dominação* orientada pelo *saber científico*, que define a moderna *tecnologia* do poder de punir, caracterizada pelo investimento do corpo por *relações de poder*, a matriz comum das ciências sociais contemporâneas.[4]

Desse ponto de vista, o sistema punitivo seria um *subsistema* social garantidor do *sistema* de produção da vida material, cujas práticas punitivas consubstanciam uma *economia política do corpo* para criar *docilidade* e extrair *utilidade* das forças corporais.[5] A perspectiva histórica da pesquisa de FOUCAULT parece assumir que as *relações de produção* da vida material engendram as *relações de dominação* do sistema punitivo, orientadas para (re)construir o corpo como força *produtiva* – ou seja, como poder produtivo –, e como força *submetida*, mediante constituição de um poder político sobre o poder econômico do corpo.[6] Na linguagem de *Vigiar e Punir*, as relações de saber e de controle do sistema punitivo consti-

3. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 33-61

4. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 26-27; comparar BARATTA, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Freitas Bastos, 2. edição, 1999, p. 192.

5. MELOSSI/PAVARINI, *Carcel y Fábrica (los orígenes del sistema penitenciario)*. Siglo XXI editores, 1980, a 1982, p. 70, corrigem FOUCAULT, mostrando a disciplina como "técnica de controle da força de trabalho na fábrica, redefinida como *"economia política"* pura e simples.

6. BARATTA, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Freitas Bastos, 2. edição, 1999, p. 192, critica o conceito de *disciplina* de FOUCAULT, como *"abstração histórica"*, explicada como estratégia do *Poder*, e não pelas *"relações de produção"*.

tuem a *microfísica do poder*, a estratégia das classes dominantes para produzir a *alma* como *prisão do corpo* do condenado – a forma acabada da *ideologia de submissão* de todos os vigiados, corrigidos e utilizados na produção material das sociedades modernas.[7] Nesse contexto, o binômio *poder/saber* aparece em relação de constituição recíproca: o *poder* produz o *saber* que legitima e reproduz o *poder*.[8]

No estudo de FOUCAULT, a instituição da prisão substitui o espetáculo punitivo da sociedade feudal, porque a *ilegalidade dos corpos* da economia feudal de subsistência foi substituída pela *ilegalidade dos bens* da economia capitalista de privação. Na formação social erigida sobre a relação *capital/trabalho assalariado*, as ilegalidades são reestruturadas pela *posição de classe* dos autores: a *ilegalidade dos bens* das classes populares, julgada por tribunais ordinários, é punida com prisão – ao contrário da *ilegalidade dos direitos* da burguesia, estimulada pelos silêncios, omissões e tolerâncias da legislação, imune à punição ou sancionada com multas –, legitimada pela ideologia do *contrato social*, em que a posição de membro da sociedade implica aceitação das normas e a prática de infrações determina aceitação da punição. Neste ponto, o gênio de FOUCAULT formula a primeira grande hipótese crítica do trabalho, que parece ser o fio condutor da pesquisa descrita no livro, além de vincular *Vigiar e Punir* à tradição principal da Criminologia Crítica: o *sistema penal* é definido como instrumento de *gestão diferencial* da criminalidade – e não de supressão da criminalidade.[9]

## 2. A disciplina

Por que a prisão, em posição marginal na sociedade feudal, sem caráter punitivo, ligada a ilegalidades e abusos políticos, insuscetível de controle e nociva

7. Ver MELOSSI, *Institutions of social control and capitalist organization of work*. In B. Fine *et alii* (Ed), *Capitalism and the rule of law*. Londres: Hutchinson 1979, p. 90-93.

8. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 28-32.

9. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 69-76; ver CIRINO DOS SANTOS, *A criminologia radical*. Forense, 1981, p. 57.

à sociedade (custos elevados, ociosidade programada etc), transforma-se na forma principal de castigo da sociedade capitalista?

A resposta a essa pergunta é a *disciplina*, o conceito fundamental da obra de FOUCAULT – definida por MELOSSI como *teoria materialista da ideologia* nas sociedades capitalistas.[10] A disciplina é a própria *(micro)física do poder*, instituída para *controle* e *sujeição* do corpo, com o objetivo de tornar o indivíduo *dócil* e *útil*: uma política de coerção para domínio do corpo alheio, ensinado a fazer *o que* queremos e a operar *como* queremos. O objetivo de produzir corpos *dóceis* e *úteis* é obtido por uma dissociação entre corpo individual, como capacidade produtiva, e vontade pessoal, como poder do sujeito sobre a energia do corpo.[11]

O estudo do conceito de *disciplina*, como política de controle e domínio da energia produtiva individual nas sociedades modernas é estruturado por elementos e princípios específicos. Na linguagem de FOUCAULT, os *elementos* da disciplina são os seguintes: *a)* a distribuição dos corpos, conforme funções predeterminadas; *b)* o controle da atividade individual, pela reconstrução do corpo como portador de forças dirigidas; *c)* a organização das gêneses, pela internalização/aprendizagem das funções; *d)* a composição das forças, pela articulação funcional das forças corporais em aparelhos eficientes.[12]

Os *princípios* da disciplina são constituídos pelo *método* de adestramento dos corpos: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame. 1) A *vigilância hierárquica* existe como um sistema de poder sobre o corpo alheio, integrado por redes verticais de relações de controle, exercidas por dispositivos/observatórios que obrigam pelo olhar, pelos quais técnicas de ver, operantes sobre a completa visibilidade dos submetidos, produzem efeitos de poder, como ocorre

10. MELOSSI, *Institutions of social control and capitalist organization of work*. In B. Fine *et alii* (Ed), *Capitalism and the rule of law*. Londres: Hutchinson 1979, p. 92-93.

11. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 125 s.; CIRINO DOS SANTOS, *A criminologia radical*. Forense, 1981, p. 53-54.

12. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 125-152; ver CIRINO DOS SANTOS, *A criminologia radical*. Forense, 1981, p. 54-55.

nas fábricas, por exemplo: permite o controle contínuo dos processos de produção e, assim, funciona como operador econômico inseparável do sistema de produção, da propriedade privada e do lucro.[13] 2) A *sanção normalizadora* existe como um sistema duplo de *recompensa* (promoção) e de *punição* (degradação), instituído para corrigir e reduzir os desvios, especialmente mediante *micro-penalidades* baseadas no *tempo* (atrasos, ausências), na *atividade* (desatenção, negligência) e em *maneiras de ser* (grosseria, desobediência), fundadas em leis, programas e regulamentos, em que a identidade de modelos determina a identificação dos sujeitos.[14] 3) O *exame* representa a conjugação de *técnicas de hierarquia* (vigilância) com *técnicas de normalização* (sanção), em que relações de poder criam o saber e constituem o indivíduo como efeito e objeto de relações de poder e de saber.[15]

## 3. O panótico

Na concepção de FOUCAULT, o *panótico* é o dispositivo do poder disciplinar, como sistema arquitetural constituído de torre central e anel periférico, pelo qual a visibilidade/separação dos submetidos permite o funcionamento automático do poder: a consciência da vigilância gera a desnecessidade objetiva de vigilância. O *panótico* de BENTHAM seria o princípio de nova anatomia política, como mecanismo de disciplina aplicado na construção de um novo tipo de sociedade, em penitenciárias, fábricas, escolas etc., permitindo a ordenação das multiplicidades humanas conforme táticas de poder, com redução da força política (corpos dóceis) e ampliação da força útil (corpos úteis) dos sujeitos submetidos.[16]

13. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 153-158; comparar CIRINO DOS SANTOS, *A criminologia radical*. Forense, 1981, p. 54.

14. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 159-164.

15. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 165-172.

16. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 173-199; nesse sentido, MELOSSI, *Institutions of social control and capitalist organization of work*. In B. Fine *et alii* (Ed), *Capitalism and the rule of law*. Londres: Hutchinson 1979, p. 90-91.

## *3.1 A prisão*

A *prisão* é, na ótica de FOUCAULT, a forma de aparelho disciplinar exaustivo do modelo panótico, construído para exercício do poder de punir mediante supressão do tempo livre – o bem jurídico mais geral das sociedades modernas. Nesse sentido, a prisão é um aparelho *jurídico-econômico* que cobra a dívida do crime em tempo de liberdade suprimida, mas é sobretudo um aparelho *técnico-disciplinar* construído para produzir *docilidade* e *utilidade* mediante exercício de coação educativa total sobre o condenado[17] – que a Criminologia Crítica irá redefinir como *instituição auxiliar* (da fábrica), em conjunto com a família, a escola e outras instituições de socialização.[18] O método de ação da prisão, dirigido à recodificação da existência dos submetidos, consiste *(a)* no *isolamento*, com ruptura das relações horizontais, substituídas por relações verticais de controle hierárquico, *(b)* no *trabalho*, como mecanismo de submissão ao poder e *(c)* na *modulação da pena*, instituída como *valor de troca* do crime medido pelo tempo.[19] Como se vê, o indivíduo condenado é objeto de relações de poder e ponto de incidência de relações de saber (técnicas de correção), segundo causalidades psicológicas da história individual.[20]

A história da prisão, local de cumprimento de penas privativas de liberdade (*troca jurídica* do crime) e de execução do projeto *técnico corretivo* de indivíduos condenados (produção de sujeitos *dóceis* e *úteis*) é a história de 200 anos de fracasso, reforma, novo fracasso e assim por diante, com a reproposição reiterada do mesmo projeto fracassado – segundo o célebre *isomorfismo reformista*, de FOUCAULT. Mais do que isso, o sistema carcerário é marcado por eficácia in-

17. CIRINO DOS SANTOS, *A criminologia radical*. Forense, 1981, p. 55-56.

18. MELOSSI, *Institutions of social control and capitalist organization of work*. In B. Fine *et alii* (Ed), *Capitalism and the rule of law*. Londres: Hutchinson 1979, p. 92-94.

19. Nesse sentido, também PASUKANIS, *A teoria geral do direito e o marxismo*. Perspectiva Jurídica, Lisboa, 1972, p. 183 e s.

20. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 207-223.

vertida: em lugar de reduzir a criminalidade, introduz os condenados em carreiras criminosas, produzindo reincidência e organizando a delinqüência. O estudo dos objetivos da prisão origina a segunda grande hipótese crítica de FOUCAULT, fundada na diferenciação dos *objetivos ideológicos* e dos *objetivos reais* do sistema carcerário: os *objetivos ideológicos* da prisão seriam a *repressão* e *redução* da criminalidade, enquanto os *objetivos reais* da prisão seriam a *repressão seletiva da criminalidade* e a *organização da delinqüência*, definida como tática política de submissão.[21] Desse modo, FOUCAULT insere o controle da criminalidade no horizonte político das lutas sociais, desde a *exploração legal* do trabalho, até o *regime de propriedade* da terra, fazendo pleno emprego de categorias marxistas: a *lei penal* é definida como *instrumento de classe*, produzida por uma classe para aplicação às classes inferiores; a *justiça penal* seria mecanismo de dominação de classe, caracterizado pela *gestão diferencial* das ilegalidades; a *prisão* seria o centro de uma estratégia de dissociação política da criminalidade, marcada pela *repressão* da criminalidade das classes inferiores, que constitui a delinqüência convencional como *ilegalidade fechada, separada e útil*, e o delinqüente comum como *sujeito patologizado*, por um lado, e pela *imunização* da criminalidade das elites de poder econômico e político, por outro lado. Assim, o reconhecido fracasso da prisão refere-se aos *objetivos ideológicos* de repressão da criminalidade e de correção do condenado, porque os *objetivos reais* de gestão diferencial da criminalidade constituem incontestável êxito histórico da prisão.[22]

A *produção da delinqüência* na linguagem de FOUCAULT – ou *a criminalização do oprimido*, segundo a Criminologia crítica – cumpriria a função de *moralizar* a classe operária, mediante inculcação/aquisição de uma legalidade de base: a aprendizagem das regras da propriedade, o treinamento para docilidade

21. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 228-239.

22. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 241-248; ver CIRINO DOS SANTOS, *A criminologia radical*. Forense, 1981, p. 56-57.

no trabalho, a estabilidade na família, na habitação etc. Por outro lado, essa *criminalidade de repressão*, localizada nas classes oprimidas da população, realizaria o papel de ocultar a criminalidade dos opressores, com suas leis tolerantes, tribunais indulgentes e imprensa discreta.[23] Em definitivo, a teoria política da criminalidade desenvolvida por FOUCAULT repudia o conceito de *natureza criminógena* de determinados indivíduos, para mostrar o crime como *jogo de forças*, no qual a posição de classe produz o poder e a prisão. A imagem de um julgamento que coloca juiz e réu frente à frente é antológica: se o magistrado tivesse tido a infância pobre do acusado, poderia ser o réu em julgamento; se o réu fosse bem nascido, poderia estar no lugar do juiz.[24]

## *3.2 Sociedade carcerária*

A sociedade panótica, protegida pelo encarceramento e existente como *arquipélago carcerário*, produz o criminoso dentro da lei, introduzido em carreiras criminosas pelo processo pedagógico das prisões, colônias penais e outras instituições de controle – em perspectiva convergente com o *labeling approach*. O poder de punir é legitimado pela identificação das funções de punir, curar e ensinar, que fundamenta as tarefas judiciais de medir, avaliar e distinguir o normal do patológico. A formação de *saber* na tessitura carcerária da sociedade, como método de tornar *útil* e *dócil*, necessário à economia do poder, mostra as ciências humanas como produtos de modalidades específicas de *poder:* relações de poder produzem saber; áreas de saber reproduzem o poder.[25]

A prisão, instituição central de *dispositivos/estratégias* de poder, seria indispensável, poderia ser abolida? RADBRUCH dizia que não precisamos de um

23. Ver BARATTA, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Freitas Bastos, 2. edição, 1999, p. 190.

24. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 251-254.

25. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 257-266.

Direito Penal melhor, mas de algo melhor do que o Direito Penal.[26] Indiferente à discussão sobre a natureza *punitiva* (retribuição) ou *corretiva* (prevenção) da prisão, ou ao controle da prisão por juízes, psiquiatras, administradores ou guardas, FOUCAULT conclui: é preciso constituir algo diferente.[27]

## 4. Conclusões

As conclusões deste trabalho, apresentadas ao longo do estudo das contribuições fundamentais de *Vigiar e Punir* para a ciência contemporânea do controle social, podem ser assim resumidas:

1. A pesquisa dos *efeitos positivos* da prisão, produzidos mediante o investimento do corpo por *relações de poder* e definidos como estratégia das classes dominantes para criar *docilidade* e extrair *utilidade* das forças corporais, indica o modo de atuação da *ideologia de submissão* de todos os vigiados, corrigidos e utilizados na produção material das sociedades modernas.

2. A definição do *sistema penal* como instrumento de *gestão diferencial* da criminalidade pela *posição social* do autor, que concentra a repressão nas camadas sociais subalternas e garante a imunidade das elites de poder econômico e político, representa conquista definitiva da Criminologia Crítica contemporânea.

3. O conceito de *disciplina* de FOUCAULT, definido pelas técnicas de controle e sujeição do corpo com o objetivo de tornar o indivíduo *dócil* e *útil*, capaz de fazer *o que* queremos e de operar *como* queremos, representa uma *teoria materialista* da ideologia nas sociedades capitalistas, implementada com o objetivo de separar o *poder do sujeito* sobre a *capacidade produtiva* do corpo, necessário para a subordinação do trabalho assalariado ao capital.

4. O estudo da *prisão*, local da troca jurídica do crime (retribuição equivalente) e do projeto de correção de condenados (sujeitos *dóceis* e *úteis*) – com 200

26. RADBRUCH, *Filosofia do direito*. Coimbra, Armênio Amado Editor, 1961, v. II, p. 97.
27. FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 267-269.

anos de *isomorfismo reformista*, com fracasso, reforma e reproposição do projeto fracassado – aprofunda a distinção entre *objetivos ideológicos* e *objetivos reais* da instituição: os *objetivos ideológicos* da prisão seriam a *repressão* e *redução* da criminalidade; os *objetivos reais* da prisão seriam a *repressão seletiva da criminalidade* e a *organização da delinqüência*, definida como tática política de submissão.

5. O *controle da criminalidade* aparece no contexto político da luta de classes das sociedades modernas, marcado pelo fracasso dos *objetivos ideológicos* de repressão da criminalidade e de correção do condenado, que encobre o êxito histórico dos *objetivos reais* de gestão diferencial da criminalidade: a *lei penal* é *instrumento de classe*, produzida por uma classe para aplicação às classes inferiores; a *justiça penal* constitui mecanismo de dominação de classe, caracterizado pela *gestão diferencial* das ilegalidades; a *prisão* é a instituição central da estratégia de dissociação política da criminalidade, com *repressão* da criminalidade das classes inferiores e *imunização* da criminalidade das elites de poder econômico e político.

# Vigiar e punir – 30 anos

Márcio Alves da Fonseca
Professor do Departamento de Filosofia da PUC/SP.
Doutor em Direito pela USP. Mestre
em Filosofia pela PUC/SP.

Sumário: 1. O livro e seu contexto – 2. O texto do livro – 3. Vigiar e punir e nosso contexto – 4. Referências bibliográficas.

**Resumo:** Após trinta anos da publicação de *Vigiar e punir*, a leitura deste livro de Michel Foucault não cessa de desdobrar-se, suscitando incontáveis estudos em áreas como a filosofia, o direito, as ciências sociais, a tal ponto que se torna difícil uma avaliação precisa da repercussão dessa obra para estas e outras áreas afins. No presente artigo, procura-se refletir brevemente tanto acerca do contexto que envolve a publicação de *Vigiar e punir* relativamente aos outros trabalhos de Foucault, quanto acerca da estrutura geral do livro, bem como algumas de suas principais análises. Trata-se, enfim, de perguntar em que sentido a leitura deste livro continua a desafiar as análises atuais acerca de temas como a prisão, a lei, o poder, a norma.

**Palavras-chave:** Foucault – Prisão – Ilegalismos – Poder – Normalização.

O livro de Michel Foucault publicado em 1975 – *Vigiar e punir*[1] – trazia como subtítulo, no original, a frase: "O nascimento da prisão". Além da manutenção deste subtítulo, na capa das edições brasileiras do livro,[2] aparece tam-

1. FOUCAULT, M. *Surveiller et punir*. Paris, Gallimard, 1975.

2. A primeira edição brasileira do livro é de 1987: FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis, Vozes, 1987.

bém a frase "História da violência nas prisões". Este acréscimo do editor brasileiro funciona como uma espécie de "chamada jornalística" para este trabalho que, afinal, desde a sua publicação há 30 anos, não deixava imediatamente explicitado o seu objeto.

Tratava-se de um livro sobre o surgimento da instituição "prisão" no século XIX, e neste sentido, sua perspectiva predominante era a *perspectiva histórica*. Entretanto, o livro ultrapassava, inadvertidamente talvez, os limites precisos daquilo que poderíamos chamar de uma "história da penalidade" ou uma "história das formas punitivas". Por certo, o texto de Foucault falava em crime, infração penal, punição, instâncias de julgamento. Falava em pena, delinqüência, aprisionamento. Mas falava também em "regime de ilegalismos", em "anatomia política", em controle do tempo e das atividades, em mecanismos e estratégias de poder. O livro falava em disciplinas, normalização, sociedade carcerária. Falava da família, do exército, da fábrica, da escola. Falava da alma. O objeto deste livro, dirá Michel Foucault, é a "história da alma moderna em julgamento".[3] Assim, além da perspectiva propriamente histórica, o texto era marcado por uma *perspectiva sociológica* e uma *perspectiva filosófica*.

Neste ponto, pode-se dizer que não há propriamente uma especificidade de sentido e de estilo deste livro relativamente a outros trabalhos de Foucault. De modo geral, podemos afirmar que são trabalhos norteados por um problema ou uma questão filosófica ampla: trata-se sempre de uma problematização do nosso presente histórico. Herdeiro de Nietzsche em sua intuição e seu método genealógico, o pensamento de Foucault constitui-se sob o signo de uma inquietação incessante com o presente. Inquietação que o leva a debruçar-se sobre o passado a fim de estabelecer as continuidades e as rupturas que nos constituem tal como somos. Por isso, Foucault escreve "histórias": uma história da psiquiatria, uma

3. FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. Trad. de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1999, 21. edição, p. 23.

história da medicina, uma história da sexualidade, uma história dos saberes que constituem as ciências humanas, uma história do nascimento das prisões.

Estas diferentes "histórias", entretanto, são histórias que obedecem a um olhar em "diagonal", diferentemente de um olhar "horizontal" (olhar de superfície, revelador de uma implicação estrita entre causa e efeito), diferentemente também de um olhar "vertical" (olhar de profundidade, revelador de um sentido originário profundo ou um sentido primeiro). Nas histórias escritas por Foucault, trata-se antes de identificar diferentes solos históricos ou estratos que, em cada época, possibilitaram a formação de determinados saberes, a organização de determinadas práticas sociais, a constituição de diferentes sujeitos, para, segundo um olhar em diagonal, perceber-se as rupturas que caracterizam estes saberes, estas práticas, e estes diferentes sujeitos históricos.

Este olhar em diagonal, portanto, distancia os escritos de Foucault das concepções amplas de "continuidade", "causalidade", "progresso" e "sentido" históricos. Na verdade, seus escritos histórico-filosóficos dedicam-se a conjurar estas noções que, num certo sentido, podem ser aglutinadas em torno da idéia de "evidência". Michel Foucault posiciona-se sempre de modo cético relativamente às evidências históricas.

Daí a rejeição, se considerados enquanto evidências, do saber e da prática psiquiátricos, da medicina moderna como uma ciência empírica, da sexualidade como categoria da natureza, da prisão como expressão maior do progresso das formas punitivas. Num sentido inverso, sua abordagem focaliza não tanto a psiquiatria como saber objetivo da doença mental, mas diferentes percepções históricas da loucura; não tanto a medicina empírica e científica, resultado da superação de uma medicina classificatória, mas a clínica médica como prática institucional lacunar e sem estatuto definido que determina a passagem da medicina classificatória para a medicina empírica; não tanto a sexualidade como natureza definidora da identidade, mas como formação discursiva, resultado da explosão discursiva em torno do sexo que tem lugar no interior de novos agenciamentos de

poder no início do século XIX; da mesma forma, não tanto a prisão como a forma punitiva que seria o resultado de um movimento de progresso humanista das concepções de crime e de pena, mas como forma institucional disciplinar, cujo sentido será buscado no contexto de uma economia de poder correspondente ao capitalismo industrial.

*Vigiar e punir* é justamente uma destas "histórias" escritas por Foucault a fim de problematizar certo número de "evidências". Com a intenção de sugerir uma reflexão sobre algumas das potencialidades, repercussões e limites deste livro, após estes 30 anos de sua publicação, propomos a seguir algumas breves considerações. São, na verdade, três grupos de observações. O primeiro deles refere-se à inserção deste livro no contexto em que foi concebido e escrito – intitulamos este primeiro conjunto de considerações de *"o livro e seu contexto"*. Um segundo grupo de observações refere-se mais diretamente ao plano ou à estrutura geral deste trabalho de Michel Foucault – observações reunidas sob o título *"o texto do livro"*. Por fim, um pequeno número de considerações sobre algumas implicações e pertinências da leitura de *Vigiar e punir* em nossos dias – que denominamos *"Vigiar e punir e nosso contexto"*.

## 1. O livro e seu contexto

Em grande medida, *Vigiar e punir* é um livro datado. Datado não tanto porque estaria "aprisionado" ao momento em que foi produzido, sem nada poder dizer a um outro momento, mas datado no sentido em que pode ser localizado no conjunto mais amplo das interrogações e dos trabalhos de Foucault da década de 70.

O momento em que o filósofo ganha notoriedade intelectual, com a publicação de *As Palavras e as coisas* (1966), tem o horizonte teórico marcado pelo estruturalismo, pela psicanálise e pelo marxismo. O pensamento e a militância política na França têm em Sartre seu mais importante paradigma. A proximidade de Sartre com o marxismo determinará as categorias (dialética, dominação,

repressão, ideologia) com as quais então se construirá a teoria e se fundamentará a prática políticas. É relativamente a este quadro teórico que a abordagem de Foucault sobre o tema do poder se situará e também tomará distância.

Para o autor, as análises sobre o poder apoiadas exclusivamente em um modelo jurídico (que pergunta pela legitimidade do poder) ou em um modelo institucional (que pergunta pelo significado e pelo papel do Estado e de suas instituições) seriam insuficientes para elucidar as formas complexas pelas quais as relações de poder se estabelecem nas sociedades modernas – que para Foucault correspondem aos séculos XIX e XX. Seu esforço orienta-se tanto no sentido de apontar para os limites de uma concepção "ontológica" do poder, quanto no sentido de deslocar o foco das análises para as diversas modalidades de seu exercício. O poder será considerado, então, menos como uma "propriedade", uma coisa que se possui e de que se dispõe, do que como uma "estratégia". Para o filósofo, o poder não se esgota nas instituições ligadas ao Estado ou no edifício do direito, mas se configura como uma rede de relações de forças na qual o próprio Estado e o direito encontram-se inseridos. O poder não tem uma essência, é antes operatório. Não atua exclusivamente por violência ou repressão, mas é também produtor de gestos, atitudes e saberes.

Desde que assume a cátedra que lhe fora conferida no *Collège de France*, em 1970, Foucault realiza uma inflexão em suas pesquisas que o levam a ocupar-se mais detidamente com o tema do poder. Tanto nos primeiros cursos ministrados no *Collège de France*, quanto em livros como *Vigiar e punir* (1975) e *A Vontade de saber*[4] (1976) acentua-se o estudo dos "mecanismos de poder" que, segundo o filósofo, constituem, ao lado das "formações discursivas", a subjetividade do indivíduo moderno.

Assim, em seus primeiros cursos, trata-se de abordar o tema do poder em suas implicações com a questão da verdade e com a constituição dos sujeitos históricos, a fim de avançar para uma concepção de poder que ultrapasse os limites

4. FOUCAULT, M. *Histoire de la sexualité, I. La volonté de savoir*. Paris, Gallimard, 1976.

precisos que o identificam ao aparelho de Estado, às estruturas formais do direito ou ainda à noção monolítica de soberania.

O curso inédito de 1971, por exemplo, intitulado *La volonté de savoir*,[5] tem como horizonte o estudo da função que pode vir a ter um "discurso verdadeiro" no interior do enunciado da lei. A partir da consideração de diferentes formas históricas de produção da verdade judiciária, Foucault sustentará a tese de que se em todo discurso judiciário ou jurídico está implicado algo como a "verdade", esta "verdade" aí implicada não se apresenta ao discurso jurídico sob a forma da pura constatação, da constatação de algo que seria anterior e exterior a este mesmo discurso. Em outras palavras, o discurso judiciário não se ordenaria em função de uma verdade primeira, que lhe seria ao mesmo tempo anterior e exterior, mas se ordenaria em função de uma "verdade" que é sempre estabelecida segundo as regras interiores ao próprio discurso judiciário. Nesta produção da verdade judiciária, portanto, saber e poder não se encontram dissociados. A verdade é uma função estabelecida no interior de certo jogo de saber/poder que constitui o discurso e a prática jurídicos.

Partindo desta perspectiva, no curso de 1971, Foucault procura analisar as formas de saber/poder implicadas nas práticas judiciárias da Grécia Antiga. Já no curso do ano seguinte, intitulado *Théories et institutions pénales*[6] e igualmente inédito, procura estudar a formação do "inquérito" como forma de produção da verdade judiciária atrelada à formação do Estado medieval, lentamente elaborada a partir dos modelos de gestão e de controle judiciários.

O curso também inédito de 1973, *La société punitive*,[7] estuda por sua vez o significado daquilo a que Foucault chama de "função punitiva" presente nas socieda-

5. FOUCAULT, M. *La volonté de savoir. Cours au Collège de France. 1971*. Inédito. Disponível em texto datilografado. Dactylographie établie par Jacques Lagrange (73 p.), arquivos da *Bibliothèque Générale du Collège de France*.

6. FOUCAULT, M. *Théories et institutions pénales. Cours au Collège de France. 1972*. Inédito. Disponível em texto datilografado, arquivos da *Bibliothèque Générale du Collège de France*.

7. FOUCAULT, M. *La société punitive. Cours au Collège de France. 1973*. Inédito. Disponível em texto datilografado, arquivos da *Bibliothèque Générale du Collège de France*.

des como uma expressão privilegiada da implicação entre saber/poder na constituição da verdade judiciária. No que concerne às sociedades ocidentais modernas, entende que esta função punitiva é exercida, de maneira predominante, pela prisão. Daí a prisão ser o objeto central deste curso, assim como será em *Vigiar e punir*.

Este percurso dos três primeiros cursos do *Collège de France* é retomado na série de conferências proferidas por Foucault no Brasil, em 1973, publicadas com o título *A Verdade e as formas jurídicas*.[8]

*Vigiar e punir* é, num certo sentido, uma espécie de síntese e de sistematização destes diversos trabalhos do mesmo período. De modo geral, parece ser correto afirmar que, de maneira semelhante aos cursos, *Vigiar e punir* também aborda o tema poder, distanciando-se da categoria que naquele momento e naquele contexto era a principal referência a partir da qual o poder era estudado: a categoria da "repressão", como dirá François Ewald no artigo "La Philosophie comme acte".[9] Distanciando-se, portanto, da idéia de que o poder age essencialmente pela "repressão", distanciando-se também das categorias gerais de "dominação" e de "ideologia", *Vigiar e punir* é um livro que trata do poder, trata dos mecanismos de poder/saber que, segundo seu autor, conduzem os processos de objetivação e de subjetivação que constituem o indivíduo moderno.

E como o faz, qual a estrutura do texto deste livro?

## 2. O texto do livro

François Boullant, autor de *Michel Foucault et les prisons*,[10] em um artigo intitulado "L'inévidence carcérale",[11] afirma que *Vigiar e punir* é um texto absolu-

8. FOUCAULT, M. *A Verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro, NAU, 2003, 3. edição.

9. Cf. EWALD, F. "La Philosophie comme acte", *Magazine Littéraire*, no. 435, octobre 2004, p. 31.

10. BOULLANT, F. *Michel Foucault et les prisons*. Paris, PUF, 2003.

11. BOULLANT, M. "L'inévidence carcérale", *Magazine Littéraire*, no. 435, octobre 2004, p. 49-52.

tamente singular por entrelaçar de um modo tão frutífero as "lições do social" e as "lições do pensamento especulativo", combinando assim a "urgência" de um (o social) com a "paciência" do outro (o pensamento especulativo).[12]

Parece haver uma verdade nesta idéia. Se por um lado, as teses de *Vigiar e punir* referentes, por exemplo, às formas punitivas que correspondem às penas físicas, referentes ao movimento de reforma humanista do Direito penal na segunda metade do século XVIII e, em especial, suas teses referentes à prisão possuem um apelo de "urgência" e de atualidade, no sentido em que nos desafiam a encarar de frente um dos problemas mais agudos de nossas sociedades, por outro lado, a densidade filosófica do texto, sua estrutura em nada linear, requer a "paciência" e o rigor da leitura detida, capaz de aceder às interrogações maiores que impulsionam o livro.

Neste sentido, uma boa leitura de *Vigiar e punir* implica, digamos assim, uma dupla sensibilidade. Uma sensibilidade que deve se deixar conduzir pela "urgência" social dos temas tratados. É esta sensibilidade que permitirá verificar o caráter de atualidade do texto, é ela que poderá mensurar as implicações e a pertinência das análises realizadas pelo filósofo. É ela que permitirá captar o teor dessas análises a fim de confrontá-las a outros campos de investigação, como por exemplo, a sociologia, o direito penal, a criminologia. Esta sensibilidade, porém, precisa ser completada por outra. Trata-se da sensibilidade que se deixa conduzir pela "paciência" da leitura analítica, do distanciamento reflexivo, necessários à compreensão das interrogações de fundo. É ela que, por sua vez, permitirá o acesso ao pensamento especulativo, mobilizador de todo o texto. É ela que produzirá idéias capazes de se mover para além dos limites precisos em que usualmente os temas são tratados, ganhando um horizonte diferente, talvez mais crítico. E a leitura de *Vigiar e punir*, guiada por estas duas sensibilidades, propõe ainda hoje questões muito importantes.

12. BOULLANT, F. *id.*, p. 50.

A estrutura geral do texto é relativamente simples. O livro é dividido em quatro partes. A primeira refere-se mais diretamente às penas físicas (suplício) como forma punitiva dominante até o final do século XVII e meados do século XVIII. A segunda discute a forma punitiva consistente na especificação das penas proporcionais aos crimes, forma punitiva historicamente associada ao movimento de reforma humanista do Direito penal na segunda metade do século XVIII. E a terceira e quarta partes debruçam-se sobre o contexto da instituição "prisão", expressão mais concreta de uma forma punitiva relativamente recente, que se impõe historicamente nas sociedades ocidentais a partir do início do século XIX e que permanece dominante ainda hoje.

Ocorre que nenhuma destas partes limita-se a uma apresentação histórica das raízes de cada uma das formas punitivas que abordam, bem como de suas transformações e de seus limites. Não se trata, certamente, de uma "história" das penas, não se trata de uma "história" do Direito penal, pelo menos num sentido tradicional. *Vigiar e punir* não se contenta em fazer um relato sobre a formação histórica destas três formas punitivas. Sua pretensão é maior. Ela está ligada a uma questão de fundo, que parece abrir um segundo plano de análise presente neste livro, paralelo àquele primeiro, mais formal, relativo à história das três diferentes formas punitivas. Trata-se de perguntar pela "economia de poder", pela configuração ou rede de forças, ou ainda pelas tramas de caráter ao mesmo tempo político, material e social a que estariam atreladas cada uma das três formas punitivas estudadas.

Assim, a análise histórica – apoiada numa extensa pesquisa documental e construída pela referência abundante a leis, ordenanças, regulamentos de instituições, estudos da historiografia – é permeada por uma abordagem especulativa, que não se preocupa em descrever a formação histórica de uma determinada pena, mas se preocupa antes em identificar a "economia de poder" relativamente à qual determinada forma punitiva faz sentido.

Nesta linha podemos entender as regras, apresentadas por Foucault, às quais seu estudo obedece: 1) Não centrar o estudo dos mecanismos punitivos unicamente em seus efeitos "repressivos", mas recolocá-lo na série completa dos efeitos positivos que eles podem produzir (em outros termos, trata-se de tomar a punição como uma função social complexa); 2) Analisar os métodos punitivos, não como simples conseqüências de regras de direito ou como indicadores de estruturas sociais, mas como técnicas que têm sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder (em outros termos, adotar em relação às penas a perspectiva da tática política); 3) Não tratar a história do direito penal e a história das ciências humanas como duas séries separadas, mas verificar se não haveria uma matriz comum e se as duas não se originariam de um mesmo processo de formação epistemológico-jurídico (ou seja, colocar a tecnologia do poder tanto no princípio da humanização da penalidade quanto no fundamento do conhecimento do homem); 4) Por fim, verificar se o ingresso da alma no palco da justiça penal, e com ela a inserção de um saber científico no domínio da prática judiciária, não seria o efeito de uma transformação na maneira como o próprio corpo é investido pelas relações de poder (em outras palavras, estudar as transformações dos métodos punitivos a partir da análise de uma tecnologia política do corpo).[13]

Deste modo, na análise do suplício, não se trata apenas de descrever este tipo de pena. Esta descrição é importante, mas se considerada a estrutura geral do texto, ela deverá servir a um outro propósito. Foucault não se furta de apresentar uma definição das penas físicas, assim como de descrever suas principais regras e seu funcionamento minucioso quando do momento da execução. Procura também evidenciar a relação entre o corpo supliciado e uma determinada forma de estabelecimento da verdade judiciária que envolvia, por exemplo, um processo que corria em segredo e uma economia das provas diferente daquela que conhe-

13. Cf. FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*, *op. cit.*, p. 23-24.

cemos. A este tipo de análise, entretanto, sobrepõe-se um outro. Este procura situar o suplício como um ritual político e nele avaliar os papéis que ocupam cada um de seus agentes: o condenado, a lei, o carrasco, o rei, o povo-espectador que assiste aterrorizado ao teatro punitivo. Para Foucault, o suplício é a expressão de certa "mecânica de poder". Ele constitui uma das manifestações concretas do poder soberano que, agredido pelo crime cometido, expressa publicamente a sua força por meio da punição que confere ao criminoso. Infringir a lei é confrontar a vontade do poder soberano. O ritual do suplício, em sua complexidade de sinais, é a demonstração pública de um tipo de poder que se apóia numa desigualdade essencial de forças (a força do súdito e a força do soberano), a ser evocada todas as vezes que um ato a desafie.

A história do Direito penal nos ensina que o século XVIII instaurou uma crise desta forma punitiva e propôs resolvê-la com a lei fundamental segundo a qual o castigo deve ter a "humanidade" como "medida".[14] Na segunda parte de seu livro, Foucault procurará contar o nascimento desta "suavização".

É possível sintetizar os principais objetivos da reforma humanista, que ocorre na segunda metade do século XVIII, pelos seguintes princípios: "Fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir".[15] Este conjunto de princípios se vê refletido nas críticas que os reformadores endereçam à forma punitiva do suplício.

Para Foucault, a conjuntura que viu nascer esta reforma não é tanto a de uma nova sensibilidade social, que teria determinado a necessidade de formas punitivas mais "humanas", mas sim a conjuntura de uma nova política em relação

14. Cf. FOUCAULT, M. *id.*, p. 64.
15. CF. FOUCAULT, M. *id.*, p. 70.

à gestão daquilo a que denomina de "ilegalismos". O termo "ilegalismo" é utilizado pelo autor num sentido bastante específico. Para Foucault, o ilegalismo não tem exatamente o mesmo sentido da "ilegalidade". A noção de ilegalismo remete à idéia de um regime funcional de atos considerados ilegais no interior de uma determinada legislação. Assim, a idéia que parece estar ligada à noção de ilegalismo é aquela de "gestão", gestão de certo número de práticas ilegais, gestão de certo número de irregularidades. O ilegalismo é um jogo em torno das ilegalidades efetivamente praticadas. A partir da idéia de que algumas ilegalidades praticadas em um determinado momento teriam seu lugar no interior dos processos econômicos e sociais presentes em um grupo qualquer – sendo, portanto, aceitas ou mesmo incentivadas – e que em outro contexto, as mesmas ilegalidades poderiam deixar de ser toleradas – passando então a ser perseguidas – Foucault pensa que, entre aquilo que é estabelecido pela lei e as ilegalidades efetivamente praticadas, não se interpõe um sistema punitivo absolutamente neutro: o que ocorre é que nem toda prática ilegal deve ser punida e, no sentido inverso e ao mesmo tempo proporcional, nem toda lei deve ser respeitada. A punição não obedeceria, assim, a um sistema lógico-dedutivo abstrato, puramente formal, que colocaria em relação necessária crime e castigo. A punição, ao invés disso, deve ser entendida no contexto de um jogo múltiplo de interesses e forças, em que muitas vezes legalidade e ilegalidade não se opõem no plano efetivo das práticas sócias aceitas.

Em suas análises sobre a reforma humanista do direito penal, Foucault pensa que tem lugar, no momento da reforma, uma importante inversão no eixo segundo o qual os ilegalismos se organizavam. Anteriormente a este período, este eixo era descrito essencialmente pelas inobservâncias a direitos que, se respeitados integralmente, representariam entraves ao funcionamento geral dos diferentes grupos em relação ao crescimento econômico. Considerando-se o aumento geral das riquezas e o crescimento demográfico da época, explica-se a mudança no alvo principal dos ilegalismos, que se desloca dos "direitos" para os "bens".

É a partir desta perspectiva que Foucault procurará entender o real significado da reforma humanista do direito penal. Enquanto teoria penal, a reforma está mais claramente referida à luta contra o poder ilimitado do soberano, por outro lado, enquanto estratégia punitiva, liga-se às transformações no regime dos ilegalismos populares. Este segundo aspecto é aquilo que constitui, para Foucault, o cerne da reforma humanista, seu ponto de apoio concreto e, ao mesmo tempo, aquilo que permitirá sua transposição de um projeto teórico para um conjunto prático e sustentável de procedimentos.

A noção de ilegalismo desenvolvida por Foucault em *Vigiar e punir* reaparece em outros textos do autor. Na entrevista "Des supplices aux cellules",[16] o entrevistador refere-se à expressão "ilegalismo" como a uma fórmula que "supõe uma concepção inabitual da lei, da sociedade e de suas relações", comentário a que Foucault responde, num primeiro momento, aludindo à ficção que seria acreditar que as leis teriam sido feitas para serem respeitadas, ficção teórica que nos faria crer que teríamos nos subscrito de uma vez por todas às leis da sociedade a que pertencemos. Um pouco mais adiante dirá: "o ilegalismo não é um acidente, uma imperfeição mais ou menos inevitável. É um elemento absolutamente positivo do funcionamento social, cujo papel está previsto na estratégia geral da sociedade. Todo dispositivo legislativo dispôs espaços protegidos e aproveitáveis em que a lei pode ser violada, outros em que pode ser ignorada, outros enfim, em que as infrações são sancionadas". E continua: "Ao final de contas, diria que a lei não é feita para impedir tal ou tal tipo de comportamento, mas para diferenciar as maneiras de se fazer circular a própria lei".[17]

Após a análise do suplício e da reforma humanista do direito penal, *Vigiar e punir*, em sua terceira e quarta partes discute o surgimento e o significado da forma punitiva que nos é tão familiar ainda hoje: a prisão. Assim como relativa-

16. Trata-se da entrevista com R.-P. Droit, publicada com o título "Des supplices aux cellules", *in* FOUCAULT, M. *Dits et écrits, op. cit.*, v. II, p. 716-720.

17. Cf. FOUCAULT, M. *id.*, p. 719.

mente às outras formas punitivas, a prisão não será objeto, neste texto, de um estudo propriamente histórico-descritivo. Se Foucault recupera alguns aspectos importantes desta história é antes para, primeiro, pôr em cheque a "evidência" histórica da prisão como expressão de um suposto progresso da sensibilidade penal, e segundo, para situar a configuração institucional representada pela "prisão" no contexto mais amplo dos mecanismos do poder disciplinar-normalizador, característicos de sociedades cuja estrutura geral de funcionamento é determinada pelo capitalismo industrial.

Toda a elaboração da teoria penal subjacente à reforma humanista aponta para o banimento da idéia de uma pena uniforme. A prisão, como forma geral de castigo, nunca é apresentada nos projetos dos reformadores e a idéia de uma reclusão penal é explicitamente criticada por muitos deles. Ela é prevista apenas como um castigo específico para alguns crimes (para crimes que resultam de um abuso da liberdade, por exemplo). O problema é que, em poucos anos, a detenção se torna a forma essencial de castigo, de tal modo que é possível falar em uma "colonização da penalidade pela prisão".[18] Como pôde a detenção, de figura e instrumento do despotismo, tornar-se em tão pouco tempo uma das formas mais gerais dos castigos legais?

Ora, *Vigiar e punir* buscará a resposta para esta questão na identificação e na análise detida da "mecânica do poder" disciplinar. Conhecemos bem a descrição desta mecânica, com as suas funções de distribuição espacial dos corpos, controle minucioso das atividades, utilização exaustiva do tempo, composição serial das forças. Conhecemos seus instrumentos mais importantes: a vigilância contínua e hierarquizada; os procedimentos sutis de sanção normalizadora, cuja forma não é a do castigo, mas do exercício; o exame, procedimento de constituição de saberes sistematizados sobre os indivíduos. Não cabe, por certo, retomá-los aqui.

18. Cf. FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*, *op. cit.*, p. 94-95.

Importa ressaltar que o estudo da prisão (como forma punitiva dominante no horizonte penal das sociedades ocidentais modernas) realizado por Foucault em *Vigiar e punir* é inteiramente balizado pelo estudo dos mecanismos de poder que correspondem às disciplinas, ou ainda, à "anatomia política" dos corpos, característica das sociedades do final do século XVIII e início do século XIX.

Ao analisar o surgimento da prisão, interessa a Foucault descrever os mecanismos disciplinares, cujo efeito mais importante é a fabricação de corpos submissos e exercitados. A disciplina, dirá o filósofo, é o mecanismo que permite aumentar as forças do corpo em termos econômicos de utilidade e diminuir estas mesmas forças em termos políticos de obediência.[19] E onde a encontramos em funcionamento? Nas formas institucionais do final do século XVIII e início do século XIX, cujas variações, em maior ou menor grau se estendem aos dias de hoje: nas escolas, no espaço hospitalar, na organização militar, no asilo psiquiátrico, na prisão.

Esta última, por sua vez, entre todas as formas institucionais referidas, é o modelo exemplar. A prisão expressa, do modo mais preciso, a configuração das sociedades disciplinares cujo modelo é o cárcere. Para Foucault, a instituição-prisão, em detrimento de seu fracasso em termos penais de controle do crime, alcança um enorme sucesso em termos de generalização institucional, pois se configura como uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo. A penalidade-detenção surgiu no século XIX como uma coisa nova, mas se tratava, na verdade, da abertura da penalidade a mecanismos de coerção já elaborados em outros lugares.[20]

Parece ser por este viés que se pode compreender o estudo de *Vigiar e punir* acerca da prisão. É por meio dele que compreendemos as considerações sobre

19. Cf. FOUCAULT, M. *id.*, p. 119.
20. Cf. FOUCAULT, M. *id.*, p. 195.

a produção da delinqüência e sobre o dispositivo carcerário que, segundo Foucault, é o modelo das sociedades modernas. Neste sentido que a leitura de *Vigiar e punir* suscita aquela dupla sensibilidade a que nos referíamos. Uma sensibilidade guiada pela "urgência" e pela atualidade dos temas tratados e outra guiada pela "paciência" do pensamento especulativo, que permite aceder às interrogações mais profundas sugeridas pelo texto. E em que a leitura deste texto pode nos interessar após estes 30 anos de sua publicação?

## 3. Vigiar e punir e nosso contexto

Apenas a título de uma breve conclusão, talvez possamos sugerir algumas observações sobre a leitura de *Vigiar e punir* hoje. Desde a sua publicação, esta obra sofreu várias contestações. Martine Fournier – em um artigo[21] sobre *Vigiar e punir* – faz uma síntese destas contestações. Primeiro, este livro de Michel Foucault teria irritado os historiadores. Foucault, em *Vigiar e punir* como em vários de seus outros trabalhos, parece utilizar a história de uma maneira livre demais, colocando-a a serviço de sua própria problemática. As fronteiras entre os períodos que evoca são fluidas e imprecisas: sua "idade clássica", por exemplo, se estende por quase três séculos, englobando o século das Luzes e a revolução industrial. Os trabalhos de Foucault confrontam-se também, num certo sentido, com a tendência da historiografia francesa representada pela história das mentalidades, pois no lugar de deduzir grandes categorias, apoiando-se na "longa duração", Michel Foucault pensa a história em termos de ruptura. Sua análise extremamente crítica à modernidade foi igualmente objeto de crítica e sua "teoria" do poder teria reduzido o progresso dos saberes a um aumento da dominação. Também as análises específicas sobre a prisão foram alvo de críticas, principalmente devido ao suposto "funcionalis-

21. Cf. FOURNIER, M. "Surveiller et punir". Naissance de la prison, *in Sciences Humaines*, spécial no. 3, mai-juin 2005, p. 28-31.

mo" de suas ponderações, que afirmam ser a função primeira do sistema carcerário a própria produção da criminalidade.[22]

Relativamente à leitura atual de *Vigiar e punir*, parece ser menos importante "testar" estas e outras contestações (muitas delas bastante pertinentes, outras mais frágeis) do que procurar extrair deste livro certa maneira de problematizar os vários objetos de que trata.

Assim, dentre outros aspectos, pode-se ressaltar a importância da discussão em torno dos "ilegalismos", esta espécie de jogo que se efetua em torno da legalidade e que se dá segundo configurações (de caráter econômico, político e social) que extrapolam o domínio formalizado do direito. Também a discussão sobre a noção de "delinqüência", enquanto perfil normalizado de individualidade que se constitui, ao menos em nossa época, em torno do complexo crime-punição-prisão. *Vigiar e punir* problematiza, ainda, o modo de existência asilar de formas institucionais como o hospital, a fábrica, a escola, que apesar de sucessivas reformulações, têm em seu âmago um forte componente disciplinar-normalizador. Também é fundamental a abordagem realizada do modelo carcerário, segundo o qual se estruturam as sociedades modernas.

De modo mais contundente, e para além destas diferentes problematizações sugeridas por *Vigiar e punir*, a índole deste livro certamente tem ainda algo a ensinar. Esta índole ou disposição é marcada, acima de tudo, pela ruptura sistemática com a "evidência". Referindo-se ao sentido de seus trabalhos, em uma entrevista de outubro de 1982, Foucault afirmará que um dos seus objetivos seria "mostrar às pessoas que um bom número das coisas que fazem parte da sua paisagem familiar – que elas consideram como universais – são o resultado de certas modificações históricas bem precisas". E continua: "Todas as minhas análises vão contra a idéia de necessidades universais na existência humana. Elas sublinham o caráter arbitrário das instituições e nos

22. Cf. FOURNIER, M. *id.*, p. 30-31.

mostram qual o espaço de liberdade de que ainda dispomos, quais as mudanças que ainda podem se efetuar".[23]

Ao escrever uma história do nascimento da prisão, *Vigiar e punir* procura desconstruir esta forma punitiva como evidência e demarcá-la em sua contingência. François Boullant, no artigo já citado, lembra que a prisão é uma instituição recente, tem cento e cinqüenta anos de existência, mas é suficientemente antiga para já estar completamente naturalizada e banalizada. É uma imagem familiar que se funde na paisagem urbana, assim como se funde em nossas paisagens mentais.[24] Ela, como outras tantas figuras do direito, mostra-se a nós como uma evidência. *Vigiar e punir* insiste em revelar a sua contingência. Neste sentido, este livro, e mais genericamente, a filosofia, a "paciência" do pensamento especulativo (como afirmamos) é, certamente, uma via fundamental para fazer frente às "urgências" da nossa atualidade.

## 4. Referências bibliográficas

BOULLANT, F. *Michel Foucault et les prisons*. Paris, PUF, 2003.

BOULLANT, M. "L'inévidence carcérale", *Magazine Littéraire*, no. 435, octobre 2004.

EWALD, F. "La Philosophie comme acte", *Magazine Littéraire*, no. 435, octobre 2004.

FOUCAULT, M. *Surveiller et punir*. Paris, Gallimard, 1975.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1999, 21. edição.

FOUCAULT, M. *Histoire de la sexualité, I. La volonté de savoir*. Paris, Gallimard, 1976.

FOUCAULT, M. *A Verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro, NAU, 2003, 3. edição.

23. FOUCAULT, M. "Vérité, pouvoir et soi", *in Dits et écrits*, IV, Paris, Gallimard, 1994, p. 778-779.

24. Cf. BOULLANT, F. "L'inévidence carcérale", *op. cit.*, p. 50.

FOUCAULT, M. "Des supplices aux cellules", *Dits et écrits*, II, Paris, Gallimard, 1994, p. 716-720.

FOUCAULT, M. "Vérité, pouvoir et soi", *Dits et écrits*, IV, Paris, Gallimard, 1994, p. 778-779.

FOUCAULT, M. *La volonté de savoir. Cours au Collège de France. 1971.* Inédito. Disponível em texto datilografado, arquivos da *Bibliothèque Générale du Collège de France.*

FOUCAULT, M. *Théories et institutions pénales. Cours au Collège de France. 1972.* Inédito. Disponível em texto datilografado, arquivos da *Bibliothèque Générale du Collège de France.*

FOUCAULT, M. *La société punitive. Cours au Collège de France. 1973.* Inédito. Disponível em texto datilografado, arquivos da *Bibliothèque Générale du Collège de France.*

FOURNIER, M. "Surveiller et punir". Naissance de la prison, *Sciences Humaines*, spécial no. 3, mai-juin 2005, p. 28-31.

# "Decifra-me ou te devoro": o desafio das políticas de Justiça com enfoque de gênero no Brasil

Marina Pereira Pires de Oliveira

Coordenadora do programa "Medidas contra o Tráfico de Seres Humanos no Brasil", do Ministério da Justiça e do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime e gerente de Projetos da Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, desde março de 2004. Formada em Comunicação Social com habilitação em jornalismo pela Universidade de Brasília, especializada em reportagens sobre Direitos Humanos, Pobreza e questões de gênero. Aluna especial do Mestrado em Antropologia da Universidade de Brasília.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Imigração rosa choque – 3. Experiência piloto – 4. Divórcio entre escola e renda – 5. Imaginário da sedução – 6. Os filhos da mãe – 7. Conclusão.

**Resumo:** A mulher, apesar da revolução feminista, continua a ser a principal responsável pela execução de funções sociais múltiplas e ao mesmo tempo vitais para o equilíbrio da sociedade como um todo, que estão diretamente ligadas à questão reprodutiva. Na área de Justiça e de Segurança Pública, então, as dificuldades se avolumam porque a criminalidade direcionada contra a mulher tem um efeito ampliado ao provocar uma desestruturação em cadeia do tecido social no qual a vítima se insere. Uma ação violenta praticada contra uma mulher tem conseqüências para além do campo da Justiça, afetando, no mínimo, os filhos e a es-

trutura familiar. Neste artigo vamos nos ater ao exemplo do tráfico internacional de pessoas pelo que ele carrega de emblemático das dificuldades das políticas públicas com enfoque de gênero, na área de Justiça.

**Palavras-chave:** Tráfico de pessoas – Gênero – Imigração irregular.

# 1. Introdução

"*Mulher é bicho esquisito, todo mês sangra...*", resume, em tom irreverente, a música da compositora e roqueira Rita Lee. Parece reducionismo biológico, mas a frase toca no âmago da dificuldade encontrada pela política pública para enfocar o gênero de forma adequada. Isso porque a mulher, apesar da revolução feminista, continua a ser a principal responsável pela execução de funções sociais múltiplas e, ao mesmo tempo, vitais para o equilíbrio da sociedade como um todo, que estão diretamente ligadas à questão reprodutiva. No século XX, às funções tradicionais de sempre vieram se somar novos papéis, concentrados na mesma pessoa, mulher: mãe, educadora, esteio da família, profissional, militante, intelectual, gestora e por aí vai.

Na área de Justiça e de Segurança Pública, então, as dificuldades se avolumam porque a criminalidade direcionada contra a mulher tem um efeito ampliado ao provocar uma desestruturação em cadeia do tecido social no qual a vítima se insere. Uma ação violenta praticada contra uma mulher (agressão física, sexual, psicológica, crimes ditos passionais, tráfico internacional de pessoas, entre outros) tem conseqüências para além do campo da Justiça *strictu sensu*, afetando sempre, no mínimo, os filhos e a estrutura familiar mais próxima. Quanto mais o gênero feminino sofre diversas formas de violência, mais o impacto do aumento desses atos criminosos se faz sentir em outros campos da vida social.

Neste artigo vamos nos ater ao exemplo do tráfico internacional de pessoas, especialmente aquele para fins de exploração sexual, pelo que ele carrega de emblemático das dificuldades que precisam ser vencidas pelas políticas públicas

com enfoque de gênero, na área de Justiça e de Segurança Pública, para alcançarem alguma efetividade. Esmiuçar um pouco mais esse crime, seu modo de operação e, principalmente, o perfil da sua vítima preferencial, nos ajudará a entender melhor os desafios a enfrentar.

Na primeira parte deste trabalho, trataremos das questões de fundo relacionadas com esse delito transnacional e as dificuldades encontradas pelo Estado para tratá-las de forma adequada. Na segunda parte, abordaremos, a partir de alguns dados de um estudo realizado por ampla rede de parceiros institucionais, no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, em 2005, o perfil das mulheres que pretendemos atingir e uma reflexão sobre como fazê-lo.

## 2. Imigração rosa choque

Desde os tempos das grandes navegações, com o descobrimento das Américas e a busca por rotas alternativas para a Índia, no final do século XV, o mundo conhece fluxos migratórios regulares e significativos entre países e continentes. A globalização dos mercados só veio intensificar essa realidade e torná-la mais próxima do cotidiano de qualquer pessoa, em qualquer vila do planeta, via meios de comunicação. A única diferença significativa entre os tempos de então e os de agora é o fato de a migração ter deixado de ser uma opção eminentemente masculina para se tornar uma alternativa buscada com freqüência cada vez maior pelo sexo feminino.

Para usar o exemplo brasileiro, em 2004 o Departamento de Polícia Federal (DPF) registrou o retorno de 22.500 brasileiros deportados (*pessoas que se encontravam em outro país e foram mandadas de volta porque estavam em situação irregular*) ou não admitidos (*pessoas que tiveram a recusa da sua entrada num país estrangeiro*). Desse total, 15.000 retornaram ao Brasil pelo Aeroporto Internacional de São Paulo, sendo que 33% desse grupo era do gênero feminino. Os números dão uma idéia da crescente participação das brasileiras nas ondas migratórias com origem em nosso país, a exemplo do que ocorre em todas as nações do mundo atualmente.

Como tudo o que diz respeito à mulher, a imigração quando praticada por elas também ganha contornos particulares: são filhos deixados para trás no país de origem, histórias de fuga da pobreza, nas quais as atividades domésticas e sexuais exercidas no primeiro mundo aparecem como a solução para os problemas enfrentados, entre outros aspectos. Deixemos claro que nem a prostituição, nem a pobreza, nem a imigração irregular sozinhas indicam, necessariamente, a ocorrência de tráfico de pessoas. O tráfico se constitui na conjugação de um ou mais desses fatores com as violências física, psicológica, sexual, o engano, o cárcere privado, a retenção de documentos, a escravidão por dívida e o lucro de uma organização criminosa transnacional com a exploração dos serviços prestados pela vítima. Na realidade, o contexto do tráfico de pessoas representa um microcosmo muito particular de universos maiores nos quais se incluem prostituição, imigração irregular e pobreza.

Entretanto, por se tratar de um delito que atinge eminentemente mulheres, a resposta das políticas públicas de Segurança e de Justiça não pode estar baseada somente em inquéritos e processos, mesmo que estes sejam fontes preciosas de informação. Buscar um enfoque de gênero no trato desta temática significa também olhar para o contexto maior – familiar, econômico e cultural – de um largo segmento populacional cujos direitos individuais e coletivos são extremamente frágeis no mundo moderno. Do ponto de vista político, essa visão obriga os governos em todos os seus níveis e os responsáveis pela Justiça e Segurança, de um modo particular, a empreenderem um enorme esforço de articulação e diálogo com os mais diversos setores com possibilidade de intervir de forma positiva no contexto de vida dessas mulheres.

## 3. Experiência piloto

Desde agosto de 2003, o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Justiça, ampliou a discussão e a participação na formulação das suas ações na área de tráfico de pessoas para setores que não são parceiros tradicionais da Justiça e da Segurança Pública – Educação, Saúde, Assistência Social, entre

outros. Em 2005, o Aeroporto Internacional de São Paulo, funcionou como um grande laboratório dessa nova prática. Em parceria com a Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo, o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC), a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a Receita Federal, a Empresa brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária (Infraero), pesquisadores, e organizações não-governamentais (ONGs), com destaque para a Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Criança e do Adolescente (Asbrad) e o Serviço da Mulher Marginalizada (SMM), realizou-se uma pesquisa pioneira no Brasil.

Iniciamos com o objetivo de traçar o perfil, até agora inédito, das mulheres e transgêneros (transexuais e travestis) que retornam ao país na condição de deportadas e não admitidas, pelo aeroporto de Guarulhos. Foram elaborados três tipos diferentes de questionários: um quantitativo, focado no perfil sócio-econômico das entrevistadas; um qualitativo, buscando motivações para a imigração e histórias de vida; e um terceiro preparado para situações especiais de mulheres que retornassem ao Brasil como conseqüência de alguma ação policial, no decorrer da pesquisa de campo. Não houve durante o período de estudo oportunidade de uso do terceiro questionário.

Foi um trabalho de articulação de órgãos com funções e interesses diversos nessa temática para trabalharem como uma equipe coesa durante os 28 dias de aplicação dos questionários (12 de março a 10 de abril de 2005) e mais cinco dias do piloto (28 de fevereiro a 04 de março de 2005). Um ensaio para uma atuação conjunta no estabelecimento de um serviço no Aeroporto Internacional de São Paulo, sob a coordenação do Ministério da Justiça, para trabalhar de forma permanente com os deportados e não admitidos que chegam àquele aeroporto.

Os problemas surgidos foram da dificuldade de transporte dos pesquisadores, alunos de Ciências Sociais do último ano da Universidade de São Paulo (USP), durante a madrugada – o pico dos vôos internacionais que chegam a Guarulhos começa às 4hs e segue até às 10hs e depois retoma às 17hs e continua

até as 23hs – até as condições físicas para a coleta de dados. As entrevistadas chegavam extremamente cansadas, depois de experiências bastante frustrantes de recusa de entrada ou de deportação, no meio de uma multidão de outros passageiros. A aplicação dos questionários se dava no momento em que as deportadas e não admitidas preenchiam as fichas de controle de entrada no Brasil distribuídas pela Polícia Federal, ainda dentro da área restrita dos terminais 1 e 2 de Guarulhos. Graças à colaboração de todos e a reunião de talentos e competências diferenciadas no leque das instituições e das pessoas que participaram conseguimos chegar a um resultado bastante significativo.

Infelizmente, não podemos dizer que os dados quantitativos obtidos representem o todo do universo pesquisado. A margem de erro contabilizada acabou sendo bem mais elevada do que o desejado, em torno de 39% para alguns itens do questionário, devido ao alto número de recusas (22,6%) em responder por parte de possíveis entrevistadas. Entretanto, o trabalho coordenado pela antropóloga Adriana Piscitelli, da Universidade de Campinas (Unicamp), cujo relatório final ainda estava em fase de elaboração no momento em que o presente artigo foi escrito, aponta tendências importantes para embasar a política de Justiça voltada para o tráfico de pessoas. O estudo também joga alguma luz sobre como esse enfrentamento se articula com a preocupação em relação aos direitos dos imigrantes ilegais.

## 4. Divórcio entre escola e renda

A questão da escolaridade das entrevistadas chama bastante atenção. Mais da metade delas possui ensino médio completo ou incompleto (57,7%). Comparando com a média de anos de estudo da população brasileira, que não ultrapassa a quinta série do fundamental, estamos trabalhando com um grupo privilegiado em termos de escolaridade. Um percentual considerável das pessoas ouvidas declarou ainda ter ensino superior completo ou incompleto (19,4%).

Os dados aparentemente contraditórios com a assunção de que se trata de um público de baixa renda empurrado para a imigração pela pobreza, entretanto, confirmam um quadro desenhado por outros estudos e pesquisas do Ministério da Educação e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Segundo levantamentos como a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad), o Censo 2000, o Censo Escolar e do Ensino Superior, entre outras fontes, no Brasil, as meninas são maioria nas salas de aula em todos os níveis (inclusive no superior) e permanecem na escola por mais tempo que os meninos. Entretanto, o aumento da escolaridade feminina não se traduziu, até o momento, em ganhos significativos de renda. As trabalhadoras brasileiras continuam, na média, apesar de mais preparadas que os homens, recebendo salários menores para desempenhar as mesmas funções.

São tendências como esta que falam de um contexto social muito além do microcosmo do tráfico de pessoas que precisam ser levadas em conta na formulação da política de atendimento e inserção social das vítimas, por exemplo. Sem desatar esse tipo de nó, ao elaborarmos políticas públicas com enfoque de gênero estaremos restringindo nossa efetividade às estatísticas de inquéritos e processos criminais, associadas tradicionalmente à Justiça e à Segurança Pública.

As informações sobre renda das entrevistadas mostram a maior parte delas concentrada em três faixas principais: a primeira, sem rendimentos (15,4%), a segunda com rendimento de até um salário mínimo (7,4%) e a terceira, com o maior percentual absoluto, com ganhos entre 1 e 3 salários mínimos (41,1%). A grande maioria também declarou estar saindo do Brasil pela primeira vez (69%). Os números reforçam a leitura feita por outros estudos de que escolaridade e renda, pelo menos no caso das mulheres brasileiras, não andam necessariamente juntos. Uma questão estrutural extremamente importante na promoção do respeito aos direitos individuais e coletivos das mulheres.

## 5. Imaginário da sedução

O estudo também salienta a tendência de autoridades dos países europeus, sobretudo Portugal, Itália, França, Espanha e Inglaterra – que, pela ordem, aparecem como os que mais "devolvem" brasileiras – de tratarem mulheres desacompanhadas e jovens, vindas do nosso país, como potenciais imigrantes ilegais.

O principal motivo alegado pelas polícias de imigração para recusarem a entrada delas foi uma suposta "falta de dinheiro para cobrir despesas de viagem". Entretanto, algumas mulheres declararam portar até US$ 2 mil em dinheiro e mais cartão de crédito internacional válido, além do bilhete de volta comprado, que é condição para a entrada como turista na Europa. Vale ressaltar a existência de um número muito maior de não admitidas do que de deportadas (somente 39 de 175 pessoas que responderam ao questionário foram deportadas no período da pesquisa).

A fala das entrevistadas relacionadas com o episódio da "devolução" ao território nacional oferece elementos importantes para uma investigação mais aprofundada sobre o porquê do alto número de recusas de entrada de brasileiras jovens e desacompanhadas na Europa. A maioria das ouvidas entendeu ter sido confundida com prostitutas. Num dos trechos dos depoimentos colhidos, lê-se o seguinte: *"(...) Eu vou procurar a Globo (rede de televisão), eu criei dois filhos, eu estou sendo injustiçada, estou puta com tudo isso, aquele monte de vagabundo, tenho um hotel, tenho dinheiro, está aqui no meu bolso, para ser humilhada desse jeito, não admito isso, não vou admitir. Tenho uma filha de 23 anos, tenho genro maravilhoso. Vem me tratar como prostituta. Não vou admitir isso".*

Poucas mulheres participantes da pesquisa, entretanto, admitiram terem feito programas no Brasil ou no exterior. Justamente por isso se mostraram, pelo menos no discurso, mais exasperadas pelo tratamento recebido das autoridades estrangeiras. As entrevistadas declararam como profissão mais freqüente: a de cabeleireira, de vendedora ou de estudante.

O imaginário das entrevistadas, entretanto, está claramente impregnado da imagem da mulher brasileira, sozinha, jovem e imigrante ilegal como prostituta. Um dado qualitativo extremamente significativo porque indica uma tendência nas ondas migratórias femininas, de baixa renda, para a Europa de estarem voltadas para o mercado do sexo, voluntário ou não. Esse pedaço do contexto de vida do segmento populacional que acaba caindo na "malha fina" das polícias de imigração e sendo devolvida ao Brasil também precisa ser levado em conta na formulação da política de enfrentamento ao tráfico de pessoas.

## 6. Os filhos da mãe

A questão dos filhos deixados em território nacional pelas pessoas ouvidas vem confirmar a importância de pensar nos dependentes desse público ao enfocar a temática do tráfico de pessoas e da imigração irregular com um recorte de gênero. Entre as entrevistadas constatou-se que mais da metade tem filhos (54,3%), a média encontrada é de um ou dois dependentes, sendo todos menores de 18 anos. Ressaltamos que os mesmos números só podem ser tomados como tendências do universo pesquisado.

Apesar disso, a informação vem confirmar a experiência empírica da Polícia Federal, nos inquéritos sobre tráfico de pessoas, bem como a impressão de ONGs que trabalham com brasileiras traficadas, profissionais do sexo e/ou imigrantes ilegais na Itália, Portugal e Espanha. Na região Norte do Brasil, a *"Rede Txai"* de enfrentamento à exploração sexual tem chamado a atenção para esse problema ao reunir relatos de crianças e adolescentes da Amazônia à procura de notícias das suas mães, que atravessaram a fronteira para o Suriname e desapareceram.

Em grande parte dos casos, as crianças e adolescentes ficam aos cuidados dos avós maternos, mas há registro de situações onde os dependentes permanecem sob os cuidados de companheiros, vizinhos, conhecidos ou mesmo o filho mais novo sob a responsabilidade do mais velho, sem qualquer adulto. Enquanto

as mães mandam dinheiro regularmente para o Brasil para custear as despesas os responsáveis dificilmente procuram as autoridades ou alguma organização de assistência. Na medida em que o recurso enviado diminui ou começa a falhar, a tendência é buscar o paradeiro dessas mulheres via consulado brasileiro, Polícia Federal ou mesmo redes de conhecidos no exterior.

A questão dos filhos costuma aparecer com grande destaque nas histórias de vida de mulheres vítimas de tráfico em dois momentos cruciais: na decisão de aceitar um convite e imigrar para outro país e no retorno ao Brasil (em geral forçado pela fuga, deportação, recusa de entrada ou outra eventualidade). No contexto da decisão, garantir um futuro mais digno para os descendentes costuma ser citado como uma das motivações mais fortes para a opção de tentar a vida no exterior. No retorno, a necessidade de encarar os familiares e conhecidos que ficaram cuidando das crianças e, principalmente, a perda da renda obtida no exterior aparecem como principais motivos de angústia, vergonha e preocupação das vítimas.

Por isso, qualquer política de assistência, promoção de direitos e inserção social dessas mulheres precisa, necessariamente, dar algum tipo de resposta para essas demandas. Sem isso, não se pode esperar a criação de condições adequadas para o desenvolvimento de um trabalho de longo prazo com pessoas traficadas. Esse problema afeta também diretamente o andamento dos inquéritos e processos criminais. Em casos de tráfico de pessoas, o depoimento da vítima representa a principal prova de qualquer inquérito; sem a colaboração da mulher, dificilmente se consegue indícios suficientes para condenar as redes criminosas na Justiça. A polícia, portanto, acaba tendo seu trabalho prejudicado e fragilizado pela falta de uma retaguarda eficiente de assistência e inserção social das pessoas traficadas.

## 7. Conclusão

Os estados de origem mais freqüente das entrevistadas também revelam outra nuance importante da problemática do tráfico de pessoas e da imigração

irregular. Goiás, Paraná e Minas Gerais aparecem como origem mais comum das mulheres ouvidas. Se levarmos em consideração o fato dos três estados terem uma colocação relativamente privilegiada no ranking do índice de desenvolvimento humano (IDH) nacional, produzido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) com base em dados de renda, escolaridade e expectativa de vida da população, estamos diante de uma opção ou decisão que não se explica e, portanto, não se pode enfocar como um problema puramente econômico ou de renda. Existe uma complexidade muito maior por trás da motivação desse grupo de pessoas em tentar a vida no exterior, mesmo correndo riscos – de violência, de exploração, de prisão, de humilhação, de deportação, entre outros.

A política pública com enfoque de gênero nessa área, portanto, tem que encarar as sujeitas dessa decisão difícil como cidadãs inconformadas com as perspectivas de vida, de futuro, de cultura, de lazer, e, principalmente, de empoderamento real com as quais se deparam em nosso país e em suas comunidades de origem. Ouvir o pensamento, os anseios e a interpretação de mundo dessas mulheres obriga o Poder Público a um exercício extremamente doloroso, mas necessário, de entender como nosso comportamento cotidiano, nossas estruturas culturais e sociais, em última análise, criam um ambiente adverso para o pleno desenvolvimento das mulheres brasileiras, sobretudo as negras, as mães solteiras ou abandonadas pelos companheiros, as moradoras do interior e das periferias das grandes cidades, as de baixa renda, apesar da sua escolaridade. Enfim, mulheres mergulhadas em estruturas familiares, econômicas e comunitárias machistas que reservam a elas a responsabilidade pela manutenção do tecido social, sem lhes permitir o acesso aos bens essenciais para o bom desempenho das funções delas esperadas.

# Justiça Constitucional e Justiça Penal

José Joaquim Gomes Canotilho
Professor catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Coimbra. Ex-Vice-Presidente do conselho Diretivo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Conselheiro de Estado (1995-2002).

**Sumário:** 1. Direito Constitucional e Direito Penal: raízes e cumplicidade: 1.1 O direito penal do inimigo (Feindstrafrecht); 1.2 A extradição de cidadãos nacionais e o mandado de prisão europeu; 1.3 A "sociedade de risco" e responsabilidade – 2. "Justiça constitucional" e "justiça penal" – 3. Justiça Penal e Justiça Constitucional: alguns casos.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional – Direito penal – Justiça – Garantismo.

## 1. Direito Constitucional e Direito Penal: raízes e cumplicidade

O terrorismo semeia o terror nas estruturas fundantes do direito constitucional e do direito penal. Estes dois direitos parecem mesmo transportar a cruz da ruptura antropológica que os dilacera. O golpe fractal vai até tão fundo que, segundo alguns autores, são as próprias raízes ônticas do direito penal (e, também, como veremos do direito constitucional) a sofrer com os exorcismos e estigmas dos novos slogans securitários tais como o Law and Order, Zero Tollerance e Broken Windows.

Do lado do direito constitucional as críticas são dirigidas contra o "garantismo", "hipergarantismo" ou "veterogarantismo" que, ao erguer-se a "cultura

dominante" e "unidimensionalizante" de criminalistas e constitucionalistas, acabou, mau grado as boas intenções dos seus defensores, por converter-se em "ideologia jurídica de suporte de organizações criminosas".[1] No banco dos réus sentam-se todos aqueles que continuam a ver no "poder coercivo do Estado", mesmo que legítimo, a expressão tirânica da "raison d'État".[2] A reserva mental com que se procede ao reconhecimento e configuração do poder coercitivo do Estado por parte da "cultura hipergarantística" justifica e explica a leitura da Constituição à luz de uma pré-compreensão negativa da autoridade do Estado. No plano do direito penal (e processual penal) as refracções do hipergarantismo explicam também a superlativização da cultura iluminístico-liberal centrada na protecção do criminoso com quase completo desprezo da vítima. O direito penal do cidadão – o Bürgerstrafrecht – equivale a um "direito penal do criminoso" e o direito constitucional das liberdades e garantias implica a centralidade do "direito constitucional à liberdade do crime".[3] Os custos constitucionais e penais do hipergarantismo não devem subestimar-se. Por um lado, radica na cultura hipergarantística o longo e dramático processo das "desvitimizações". Só nos tempos mais recentes se conseguiu a "redescoberta da vítima" e se ousou falar da carta dos direitos das vítimas de actos criminosos.[4] Consequentemente, também não é de admirar que o giro antropológico, quer no direito constitucional quer no direito penal, seja paradoxalmente tributário da "consciencialização cidadã" provocada pela criminocracia, ou seja, pela criminalidade organizada ostensivamente aniquiladora do

1. Precisamente nestes termos, Gldio Gemma, "Costituzionalismo, Costituzione e criminalitá organizatta", in *Archivio di Diritto Costituzionale*, 4/2004, p. 179.

2. O autor mais exposto à crítica referida no texto parece ser L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale, Bari, 1989. Uma análise do garantismo pode ve-se no livro organizado por Gianfrmaggio (org.), *Le Ragione del garantismo*. Discutendo com Luigi Ferrajoli, Torino, 1993.

3. A fórmula pertence a Mantovani, Diritto Penale, p. 721, mas importantámo-la de Gemma, "Costituzione, cit., p. 148.

4. Vide, desde logo, Normaneau, "Pour une charte des droits des victims de actes criminels", in *Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, 1983, p. 211.

sistema de direito do Estado de direito democrático-constitucional. A exuberância de Unrecht imposta pelos macropoderes criminosos obrigou à dramática revisão dos dogrnas garantísticos: deve dar-se prioridade à tutela da vítima em relação à protecção do criminoso; deve afirmar-se como teleologia intrínseca do direito penal e processual a tutela do inocente ("das vítimas inocentes") e não do autor considerado culpado. A condensação normativo-constitucional e normativo-penal dos direitos do arguido não é cautelosamente posta em causa, mas insiste-se na injustiça da absolutização dos direitos dos réus culpados quando eles extravasam da tutela da inocência ou da aquisição da verdade e se traduzem, em último termo, na infra-valoração da tutela primárias das vítimas (essas, sim, os "verdadeiros inocentes").

O discurso "anti-garantístico" insinua, como é bom de ver, que a "Constituição dos direitos" e o "direito penal da liberdade" devem ser lidos ao contrário. O repto atinge o seu paroxismo nos tempos mais recentes em campos minados de "inimizades" e de prevenção. É aqui que mais uma vez é posta à prova a ideia deste ponto do nosso trabalho, ou seja, raízes e cumplicidade dos direitos constitucional e penal.

## *1.1 O direito penal do inimigo (Feindstrafrecht)*

Não é esta a altura para, em termos sistemáticos e globais, analisar as várias refracções, no campo do direito constitucional, do movimento jurídico, cultural e ideológico, que se costuma designar por *Feindstrafrecht*. Carecemos de competência para uma pronúncia crítica fundamentada sobre as dimensões penais estruturantes deste mesmo movimentos.[5] Alinharemos, por isso, apenas algumas considerações que julgamos relevantes para o tema deste trabalho. Em

5. Há literatura acessível, começando, desde logo, pelo texto básico do corifeu deste movimento: G. Jakobs/M. Cancio Meliá, *Derecho Penal del Enemigo*, 2003, Madrid. Veja-se também na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* o artigo.

primeiro lugar, para não haver dúvidas que o direito penal contra o inimigo pretende ser uma "terceira velocidade" na perseguição do crime assente numa caixa de valores jurídicos, dogmáticos e ideológicos, substancialmente diferente do direito penal liberal-iluminístico. Este – o chamado Bürgerstrafrecht, ou seja, direito penal do cidadão – estrutura-se... segundo um código de princípios de direito penal e de direito processual que agora encontram dignidade constitucional formal na maioria das leis fundamentais (princípio da legalidade, princípio da não retroactividade das leis penais, princípio de *non bis in idem*, princípio da inocência do argüido, princípio das garantias de defesa do réu, princípio do acusatório, princípio da reserva do juiz etc.).

O "Direito penal contra o inimigo"[6] que hoje exerce profunda influência sobre alguns sistemas penais, designadamente o norte-americano e o europeu, tem testado o acerto das suas propostas constitucionais e penais em três sectores das políticas e legislações criminais – a legislação anti-terrorista, a criminalidade organizada e a delinquência sexual (pedofilia e pornografia *on line*). Um traço comum da legislação inspirada no "direito penal contra o inimigo" é o que na doutrina germânica se designa por "criminalização antecipada" (Vorfeldkriminalisierung) fundamentalmente reconduzível a: (1) tutela marcada e intencionalmente antecipada de bens jurídicos (segurança, ordem, bens materiais e pessoais); (2) centralidade do paradigma do crime de perigo indirecto de forma a possibilitar a incriminação de condutas que, em abstracto, se revelam inidóneas e desadequadas para criar aquelas situações de perigosidade legitimadoras de antecipação de intervenção penal; (3) formulação estrutural dos pressupostos (Tatbestände) incriminadores com especial subvaloração dos pressupostos objectivos essenciais do direito penal caracterizadores do Täter(Gesinnung)strafrecht; (4) inversão do *onus probandi* atenuando a presunção de inocência do argüido; (5) radicalização da pena de prisão nos seus limites máximos e mínimos e intensificação do rigor repressi-

6. Dizemos contra o inimigo e nãi porque o genitivo de sugere sentidos contraditórios.

vo nas várias modalidades de execução de penas acompanhada de bloqueio a políticas criminais alternativas.

Associada a estas deslocações dogmáticas do direito penal está a radical mudança de rumo quanto à teleologia intrínseca do próprio sistema penal e das bases antropológicas em que ele assenta. Por um lado, o funcionalismo sistêmico claramente assumido pelos defensores do "direito penal contra o inimigo" justifica a idéia de res *nullius* em que se transformam os réus. O "inimigo" nega-se a si próprio como pessoa, aniquila a sua existência como cidadão, exclui-se de forma voluntária e a título permanente da sua comunidade e do sistema jurídico que a regula. Mas não só isto. Agora o fim da pena já não é o de uma função geral preventiva socialmente integradora mas sim o da repressão expiatória através da segregação e neutralização do criminoso que, pelo seu comportamento, desestabilizou as expectativas normativas condivididas pelos cidadãos, colocando-se em guerra contra o Estado e a comunidades.[7]

É fácil de ver que a desestabilização do sistema penal, nos seus princípios e na sua dogrnática, equivale também a uma radical alteração dos princípios fundantes e dos princípios estruturantes do direito constitucional. A própria natureza e caracterização dos dois direitos como "direitos fragmentários", um porque (o direito constitucional) se deve conceber como "ordem quadro fundamental", e, outro, (o direito penal) porque se autolimita como ultima ratio à protecção dos bens jurídicos criminais nos quadros do ordenamento jurídico-constitucional, sofre os efeitos da expansão do "inimigo". A pressão recai sobre as Constituições obrigando-as a rever os respectivos textos sobretudo no âmbito das liberdades e das garantias, transformando as regras em excepções e as excepções em regras (ex.: quanto às hipóteses de violação do domicílio, quanto à intercepção das comunicações, quanto à vigilância da privacidade, quanto à extradição de nacionais).

7. Cfr. G. Jakobs, "Introduccion: la pena como contradición o como aseguramiento", in G. Jakobs/M. Cancio meliá, *Derecho Penal del enemigo*, cit., p. 21.

O Estado de direito democrático-constitucional volta a albergar o estado de exceção como estado de necessidade sem as restrições do "direito de necessidade". O direito penal abre-se a novos tipos de ilícito e acolhe conceitos de eficácia que põem em dúvida a sua radical autolimitação de direito de *ultima ratio* em instrumento de polícia e de cruzada contra os "inimigos". Um direito penal de permanência com as mutações naturais da sua historicidade evolui para um direito penal de emergência.

A cruz antropológica, de que falávamos no início, de constitucionalistas e penalistas, revela-se, pois, tragicamente pesada. A racionalidade instrumental orientada para os resultados (Folgenorientierung) legitima-se na incontornável tarefa, interna e internacional, de combate a todas as formas de terrorismo,[8] colocando o Direito Constitucional e o Direito Penal e a sua Wertorientierung, em emergência defensiva.

## *1.2 A extradição de cidadãos nacionais e o mandado de prisão europeu*

A cruz antropológica é também pesada na reconfiguração jurídica e política de institutos tradicionais como o da extradição ou de institutos modernos como o mandato de detenção europeu. Vamos "capturar" aqui algumas dimensões deste último instituto, pois é a compreensão dos valores "segurança, liberdade e justiça" erguidos a fundamentos do Terceiro Pilar da União Européia que nos vai permitir ilustrar mais um foco de tensão entre os princípios fundantes do direito constitucional e do direito penal iluminístico-liberais, com os novos esquemas de processualização do espaço penal europeu.[9] Os aspectos que nos parecem mais significativos podem esquematizar-se da forma que se segue.

8. Cfr., por exemplo, ª Cassese, "Terrorism as na International Crime", in A. Bianchi (org.), *Enforcing International Law Against Terrorism*, Oxford, 2004, p. 213 ss.

9. Cfr. Os trabalhos de Schünemann, sobretudo o último: "Fortschritte und Fehlttritte und Fehlttritte in der Strafrechtspflege der EU", in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2004, p. 202 ss; Vide ainda Lugato, "La tutela dei diritti fundamentali rispetto al mandato di arresto europeo", in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, p. 27 ss.

i) – atenuação progressiva do princípio de legalidade penal, sobretudo nas dimensões determinabilidade/tipicidade, num quadro pluralista das fontes de direito penal[10] conducente um esquema reticular e circular de soluções pluralistas, híbrido de políticas legislativas, de actuações judiciais, de dimensões jurisdicionais e de métodos de investigação policial;

ii) – desestadualização e desconstitucionalização do sistema penal e afirmação de uma fungibilidade tendencial entre os ordenamentos penais dos estados membros;

iii) – institucionalização de um sistema de cooperação judiciária onerado por uma clara ambiguidade funcional, dado que, para uns, o mandato de prisão europeu se reconduz a uma extradição simplificada e, para outros, de territorialidade européia,[11] e que radica sobretudo na atenuação da regra da dupla incriminação para um extenso leque de ilícitos penais;

iv) – no plano estritamente constitucional, salienta-se a violação do princípio da legalidade, na dimensão positiva de reserva de lei, pois existe o risco de reconhecer poder incriminatório a entidades diversas dos legisladores democráticos (ex.: Conselho Europeu), além de se suscitarem problemas quanto às exigências de determinabilidade de incriminação e ao princípio da não retroatividade;

Não interessa aqui proceder a uma análise crítica completa do mandato de detenção europeu. Tão pouco será oportuno reforçar as acusações que têm sido feitas a este instrumento de cooperação judiciária centrado na sua maldade congênita quanto à observância de princípios constitucionais e penais estruturantes como o princípio da igualdade, da legalidade e da culpa. Mais uma vez – e isto é que interessa realçar – a idéia de um *jus commune criminalis*. A nível europeu ou de um *corpus juris* penal pressupõe a resolução de problemas constitucionais

10. Cfr., especificamente no campo do direito penal, M. Delmas-Marty, *Le flou de droit*, 2.ª ed., Paris, 2004.

11. Veja-se, por exemplo, Heintschel-Herinegg-Rohlff, "Der Europäische Haftlefehl", in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2003, p. 45.

(expressos no Tratado de Constituição Europeia, art. III-257 e ss) como o da definição de uma competência penal directa da União Europeia, o reconhecimento mútuo de decisões judiciais (se necessário, através da aproximação das legislações penais) e a observância dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.[12] A afirmação de um novo espaço jurídico e a operacionalização de uma rede judiciária europeia poderão exigir aos juristas formados segundo o arquétipo liberal-ilurninístico aberturas constitucionais e penais a favor da cooperação e coordenação, entre autoridades policiais e judiciárias, mas com duas condições fundamentais. A primeira é a de que as deslocações dogmáticas do direito penal não impliquem a completa subversão dos princípios antropológicos em que ele assenta. A segunda, é a de que o alargamento das muralhas incriminatórias e tipificadoras esteja ao serviço de valores (elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia) e não ao serviço de "guerras" contra inimigos que coloquem o direito constitucional e o direito penal ao serviço das exceções perenes típicas dos estados constitucionais autoritários. O Estado de direito constitucional deve permanecer fiel aos seus princípios fundantes e rejeitar as insinuações vindas de vários quadrantes culturais, a começar pelo direito penal. Neste contexto, parecem-nos justas as palavras de Ferrajoli: "O Estado de direito não conhece amigos nem inimigos, mas só inocentes e culpados".[13]

## *1.3 A "sociedade de risco" e responsabilidade*

O terceiro campo de experiências constitucionais e penais localiza-se na nebulosa política e jurídica da chamada sociedade de risco. Seria de todo em todo

12. Cfr. Werigend, "Der Entwurf einer Euro"paischen Verfassug und das Strafrecht", in *Zeitschrif für die gesammte Strafrecht*, 2004, p. 275 ss; Bartome (org.), Diritto Penalle Europeo. Spazio giuridico e rete giudiciaria, Padova, 2001.

13. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit. p. 321.

estultícia da nossa parte convocar para esta conversa as estimulantes análises que U. Beck e W. Luhmann dedicaram à sociedade de risco.[14] Aqui interessa apenas o aproveitamento que alguns autores fazem do "sentimento de insegurança" (Unsichereitsgefühl) e da "angústia tecnológica" típica da "sociedade de risco", para alicerçar novas teleologias e novas metodologias no direito constitucional e no direito penal. Também aqui, estes dois direitos parecem ter o mesmo fado.

A nosso ver, impõe-se uma clarificação prévia. Uma coisa é falar-se dos problemas de risco típico da civilização tecnológica (riscos químicos, atômicos, medicamentosos e ambientais) e das questões jurídicas a eles associados ("nova" definição de novos bens jurídicos, nova dogmática da ilicitude, da culpa e do nexo de causalidade) e outra, muito diferente, é articular o risco com dimensões psicológicas e ideológicas de forma a poder falar-se do risco existencial causado pelo outro (o "inimigo", o da outra "tribo" política, religiosa ou ideológica) e legitimadora do recurso a ações preventivas e repressivas constitucionalmente legitimadas e instrumentalmente concretizadas por um "direito penal de risco". Por outras palavras: o risco legitimador dos princípios da precaução e da prevenção para a defesa do ambiente e dos direitos das gerações futuras não pode e não deve ser invocado para, seguindo a fenomenomologia das *labelling theories,* combater a "organizações de risco" quanto à segurança e defesa dos cidadãos.

Como salientamos no número anterior, é possível que o direito constitucional e o direito penal tenham de abrir-se a novos paradigmas, ou porque os cânones clássicos se revelam hoje inadequados ou porque se revela inútil a tentativa da sua adaptação aos novos pressupostos de fato. Mas também estaremos de acordo que o princípio de precaução e da prevenção hoje erguidos a princípios constitucionais e jus-intemacionais estruturantes do direito ao ambiente e à qualidade de vida não correspondem à antecipação da tutela através da formatação de crimes

14. Cfr. Precisamente U. Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine Modern, Frankfurt/M, 1986; W. Luhmann, Soziologie des Risikos, Berlin, 1991.

de perigo abstrato, de crimes de perigo hipotético e de "crimes de tentativa". Tão pouco os crimes de perigo abstrato podem dogmaticamente identificar-se com a responsabilidade pelo tipo e modo de produção (ex.: caso Seveso).

Se as observações anteriores estão corretas, então talvez se pudesse dizer que a articulação da sociedade de risco com o "sentimento de insegurança", como faz Jakobs para forçar, em termos sistémico-funcionais, a reorientação do direito constitucional e do direito penal, outra coisa não é senão uma abusiva translação das angústias tecnológicas[15] para as angústias civilizacionais causadas pelas dialécticas paranóides dos terroristas humanos.

## 2. "Justiça constitucional" e "justiça penal"

O título da nossa intervenção indicia também, segundo cremos, o objecto da própria intervenção. Propomo-nos debater dois problemas:

(1) "justiça constitucional" e "justiça comum" – qual é afinal o problema nuclear entre estas duas justiças?

(2) "justiça constitucional" e "justiça penal" (comum) existe alguma especificidade dentro da "justiça comum" no que respeita à "justiça penal"?

Pretendemos, assim, retomar um tema que, em si, não é novo, mas que tem levantado nos últimos anos acesas discussões, sem que, muitas vezes, se compreenda qual é afinal o problema subjacente às relações entre a "justiça constitucional" e a 'justiça comum". Além disso, e como estamos em diálogo com a "tribo" dos criminalistas, pareceu-nos avisado averiguar se a "justiça penal" apresenta dimensões particulares, dentro da chamada "justiça comum", no que diz respeito às relações com a justiça constitucional. Colocada assim a questão, é fácil de intuir que subjacente à problemática das "justiças" está o problema da articulação de "direitos". Mais concretamente: não se pode falar de es-

15. Veja-se, a este respeito, o recente trabalho de Luigi Stortini, "Angostia Tecnologica ed Exorcismo Penale", un *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1/2004, p. 71 ss.

quemas de relação reconduzíveis basicamente aos conteúdos jurídico-processuais. Falar de justiça constitucional implica convocar o direito constitucional. Discutir a "justiça administrativa" pressupõe conhecer o direito administrativo. Questionar a justiça penal significa dever tomar em. Consideração o direito penal substantivo. E aqui começa o problema. A convocação do direito constitucional para a solução de controvérsias civis, administrativas, penais, coloca, por si só, várias questões jurídicas e dogmáticas. Convém, por isso referi-las no começo desta intervenção.

Numa síntese tendencialmente redutora, talvez seja legítimo dizer que as actuais controvérsias em torno das relações entre o direito constitucional e o direito ordinário e a justiça constitucional e a justiça comum se reconduzem a três núcleos problemáticos: (1) a dilatação dos conteúdos materiais constitucionais; (2) a irradiação dos princípios constitucionais – mas sobretudo dos direitos fundamentais – para todo o ordenamento jurídico; (3) a transformação da aplicação do direito pelos tribunais comuns em interpretação obrigatória desse direito segundo os parâmetros dos direitos fundamentais.

Tentemos a desambiguação do primeiro leque de questões. Aquilo que chamamos a dilatação dos conteúdos materiais constitucionais sugere que a densidade de normação material tem incontomáveis incidências no plano do controlo. Com efeito, não é a mesma coisa submeter a apreciação da conformidade de actos jurídicos (normas, em princípio) a uma fiscalização judicial quando as normas constitucionais se autorestringem a regras, tanto quanto precisas e determinadas (ou determináveis), ou quando essa fiscalização é feita segundo um parâmetro constitucional onde confluem vários precipitados normativos desde regras plenas de determinabilidade até normas-tarefa e princípios-fim abertos a espaços de conformação e de valoração das entidades concretizadoras (legislador e tribunais). Mas não só isto. O reconhecimento de uma dupla dimensão normativa – subjectiva e objectiva – às normas dos direitos fundamentais (sobretudo dos direitos, liberdades e garantias) abre o caminho para a compreensão destes direi-

tos como um sistema de princípios (de bens, de valores) susceptíveis de irradiação para todos os domínios do direito. Chegados aqui, era quase inevitável que surgissem as outras duas questões atrás indicadas: a da irradiação destes princípios para todos os ramos da ordem jurídica, desde o direito privado ao direito penal, passando pelo direito administrativo e direito processual, e a da ponderação dos mesmos princípios em caso de conflito entre eles. A irradiação dos princípios dos direitos fundamentais para todos os ramos da ordem jurídica transformando-os em "decisões básicas" e "fundantes" do direitos historicamente autônomos tem merecido sérias objecções por parte dos cultores destes mesmos direitos. Fala-se de "contaminação", de "clonização", de "desintegração" do direito pelo direito constitucional e a jurisprudência constitucional. Assim, por exemplo, no campo do direito civil salienta-se que a "constitucionalização" do direito privado ameaçará não apenas a sua autonomia funcional mas também põe em causa as suas próprias raízes legitimadoras: o princípio da autonomia privada, ela própria o lugar indispensável da liberdade privada. Os cultores do direito penal acentuam também que os princípios estruturantes da sua riquíssima doutrina e dogmática foram elaborados sem coacção do direito constitucional. Estão aqui especialmente presentes a doutrina dos bens jurídico-penais, o conceito de ilícito material, os critérios da dignidade (Strafwürdigkeit) e da necessidade (Strajbedürftigkeit) penais, o pensamento do direito penal como *ultima ratio*, os princípios da legalidade criminal etc. Iremos ver que é, precisamente, a propósito de alguns destes princípios que a "constitucionalização" dá mais intensidade às trocas recíprocas entre o direito constitucional e o direito penal.

O terceiro problema – da ponderação de "princípios ("valores", "bens") no caso de conflito irremediável entre esses princípios – associado a idéia de irradiação está na origem da transmutação do problema metodológico da aplicação do direito em problema metodódico – metodológico de interpretação da Constituição. Na verdade, se a ponderação incorrecta da aplicação dos princípios é susceptível (sempre ou quase sempre) de conduzir à violação de um direito

fundamental constitucional, isso significa a transformação ilimitada e universal de questões de direito ordinário em problemas de direito constitucional. Os princípios constitucionais – dir-se-ia por outras palavras – erguem-se a determinantes heterónomas de concretização do direito ordinário.

A convergência da dilatação dos conteúdos materiais constitucionais, a irradiação para as várias "ordens jurídicas" internas e a infiltração dos princípios na ponderação decisória acabam por gerar um fenômeno totalizante de hiperconstitucionalidade. A ingerência constitucional tornar-se-ia particularmente perturbadora no plano jurisdicional onde se sustenta existir um modo próprio de dizer o direito ancorado numa dogmática específica. Assim, a jurisdições civis não compreendem a vantagem de substituir, por exemplo, a dogmática civil dos direitos de personalidade por uma teoria constitucional de direitos fundamentais pessoais. Do mesmo modo, a jurisprudência penal não reconhece qualquer vantagem em abrir mão da dogmática personalista em torno dos bens jurídicos por uma doutrina principal de direitos fundamentais quando está, por exemplo, em causa a proteção da intimidade da vida privada.

A nosso ver, há que distinguir aqui dois problemas. O primeiro diz respeito à compreensão da Constituição como ordem fundamental ou como ordem-quadro do Estado. Como a idéia de lei paramétrica e de lei superior é indiscutível, parece lógico que o problema reside na dilatação dos conteúdos materiais da Constituição, pois a prevalência da Constituição existe apenas na medida do seu próprio âmbito material. Independentemente da "extensão da matéria", a teleologia intrínseca de fundamentalidade não significa que a Constituição se converta em supercódigo totalizante a ponto de liquidar não apenas a autonomia e especificidade jurídica de ramos de direito tradicionais mas também a *autopoiesis* da dogmática sobre eles estruturada. Sendo assim, acompanhamos, em parte, as críticas dirigidas à "omnipresença" do direito constitucional e a "omnijuridicização" dos tribunais constitucionais.

Dissemos que, só em parte, acompanhamos as críticas. Com efeito – eis o segundo problema – não raro as críticas andam associadas a pré-compreensões científicas e filosóficas que estão longe de merecer a nossa concordância. Afirmar-se, sem mais, a autosuficiência do direito civil, a "autovinculação de contratos", a "libertação" do direito civil, e, em especial, os contratos, dos direitos, liberdades e garantias, apelando para a história, as pré-compreensões, o direito natural, a natureza das coisas, é dar como demonstrado aquilo que é preciso demonstrar: a legitimação e legitimidade dos princípios e regras reveladas nesses espaços normativos. Do mesmo modo, se parece desejável, no campo do direito penal, não forçar muito a dependência constitucional da teoria jurídico-penal dos bens jurídico-criminais já nos parece mais que duvidoso que ainda se sustente a revelação autoreferencial da "dignidade penal" e da "necessidade penal": A decisão sobre o que é Strafwürdig e Strafbedürftig deve ter em conta os contornos jurídico-dogmáticos da doutrina de direito penal e da dogmática jus-criminalista, mas num Estado de direito democrático (e, no futuro, noutras constelações pós-nacionais) a seleção normativa quer do "penalmente relevante" quer do "dever de penalização" pertencerá ao legislador democrático nos quadros da Constituição e de outras normas (tratados) a que Portugal esteja juridicamente vinculado. Neste contexto, o caminho mais razoável é o de tentar uma constitucionalização adequada que evita quer a hipertrofia da "superconstitucionalização" quer a fuga ao quadro normativo-constitucional através da defesa de uma "miniconstitucionalização". Colocadas assim as coisas, o problema que devemos enfrentar será então este: quais os instrumentos organizativo-funcionais, metódicos e dogmáticos capazes de oferecerem rentabilidade a uma constitucionalização adequada? Mais ainda: como é que, para além, da diferenciação e autonomia material do direito constitucional e do direito ordinário, podemos recortar espaços de competência e de funções capazes de manter, no plano da obtenção do direito nos casos concretos, a prevalência dos tribunais ordinários na aplicação do direito e o reconhecimento como tarefa primária do Tribunal Constitucional o controlo da conformidade jurídico-constitucional dos actos normativos?

## 3. Justiça Penal e Justiça Constitucional: alguns casos

Depois do que afirmamos, poderá parecer que não terá grande sentido insistir no problema da autonomia de justiça penal perante a justiça constitucional. Quase todos os problemas discutidos se relacionam com a idéia de referencialidade global da Constituição e com a tipologia estrutura das normas constitucionais. Não é metodologicamente correcto discutir as relações entre a "justiça constitucional" e a "justiça ordinária" desprezando a natureza das normas relevantes para a solução do caso. Com efeito, as normas constitucionais são muito mais indeterminadas (ou até omissas) quando se trata de "questões comerciais" ou de "questões civis processuais" do que quando estamos perante problemas relativos ao direito penal e ao direito processual penal. Mesmo assim – e tomando como ponto de análise este último complexo juridico-material – compete ao legislador densificar a regulação jurídico-penal e juridico-processual penal. Não admira, por isso, que quando as questões penais são remetidas para o nível constitucional, elas transportam já o problema prático da "decisão com margem de insegurança" que é típica da jurisprudência constitucional.

Vários critérios têm sido avançados para evitar a transformação ilimitada de questões de direito ordinário e respectiva aplicação pelos tribunais em questões juridico-constitucionais cuja última palavra pertence aos tribunais constitucionais. Seria excessivo sobrecarregar-vos com uma teoria dos limites da jurisprudência constitucional desde propostas teorético-constitucionais (defesa de concepções formais de Estado de Direito, defesa da noção de Constituição como lei-quadro, defesa de teorias de Tatbestand restrito quanto ao âmbito protegido de direitos fundamentais, defesa da redução do controlo jurisdicional compensada por uma participação mais activa e intensa de uma publicidade pluralista) até propostas de limites jurídico-funcionais (*judicial self-restraint*, *political question-Doktrin*) delimitação de espaços jurídico-funcionais) todas elas se revelam de difícil operacionalidade prática para circunscrever o "espaço de determinação" de um

tribunal ordinário (que é também no âmbito de competência um "pequeno tribunal constitucional") e o espaço de determinação de um Tribunal Constitucional cujo âmbito de competência se limita a questões de natureza jurídico-constitucional. O acolhimento de uma "referencialidade global" ou de uma "relevância" global dos princípios e regras constitucionais não significa ou implica uma determinação global pela Constituição. Uma coisa é a Constituição ser relevante e, outra, é ser determinante. Nas zonas de fronteira entre "relevância" e "determinação" é que se vêm localizar os problemas mais complexos. Assim, por exemplo, o direito constitucional e o direito penal consagram o princípio da proporcionalidade quanto à restrição de direitos. Mas como é que o Tribunal Constitucional controla a aplicação do princípio da proporcionalidade por um tribunal ordinário? O direito constitucional e o direito penal pressupõem e exigem esquemas de ponderação no caso de conflitos de direitos, mas como é que, por exemplo, no caso de conflitos entre a protecção da personalidade e a liberdade de. opinião (que, não se esqueça, são direitos, liberdades e garantias) se procede a uma ponderação justa quando se trata de discutir a censurabilidade jurídico-penal do slogan "os soldados são assassinos"? Os esquemas de ponderação transportam ainda dimensões atinentes ao princípio da personalidade: o "aborto" ou "interrupção da gravidez" coloca as questões de "excesso de medida" (Ubermassverbot) e de "eficiência de proibição" (Untermassverbot). Tratando-se, como se trata, de uma questão de política criminal, qual o "espaço de apreciação" da constitucionalidade feito por um tribunal? É o mesmo quando a "inconstitucionalidade" é apreciada por um tribunal constitucional ou por um tribunal ordinário? Alguns exemplos permitirão uma aproximação ao problema.