ISSN 1415-5400

IBCCRIM
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

# Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

57




novembro-dezembro de 2005

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

Bimestral Ano 13 n. 57 novembro–dezembro de 2005

**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
Escolas Profissionais Salesianas
CNPJ 60.927.290/0001-45

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

EDITORA AFILIADA

Impresso no Brasil

# Diretoria da gestão 2005/2006

## Diretoria executiva

**Presidente**
Maurício Zanoide de Moraes

**1º Vice-Presidente**
Maria Thereza Rocha de Assis Moura

**2º Vice-Presidente**
Sérgio Mazina Martins

**1º Secretário**
Tatiana Viggiani Bicudo

**2º Secretário**
Theodomiro Dias Neto

**1º Tesoureiro**
Roberto Mauricio Genofre

**2º Tesoureiro**
Ivan Martins Motta

## Coordenadores – chefes

**Biblioteca**
Cleunice Valentim Bastos Pitombo

**Boletim**
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

**Cursos**
Carlos Alberto Pires Mendes

**Estudos e Projetos Legislativos**
Maria Elizabeth Queijo

**Internet**
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal

**Relações Internacionais**
Marina Pinhão Coelho

**Revista Brasileira de Ciências Criminais**
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

**Iniciação Científica**
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

**Pós-Graduação**
Alvino Augusto de Sá

**Redes Internacionais**
Flavia D'Urso

**Núcleo de Pesquisas**
Renato Sergio de Lima

## Comissões Especiais:

**Convênios**
Mariângela Lopes Neistein

**Estudos e Debates**
Carmen Silvia de Moraes Barros

**História**
Rafael Mafei Rabelo Queiroz

**Monografias**
Angélica de Maria Mello de Almeida

**Seminário Internacional**
Theodomiro Dias Neto

## Coordenadores estaduais

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

IBCCRIM

# Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

## Diretoria da Revista

**Coordenadora**
Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

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

**Conselho Diretivo da revista:**

Adauto Alonso S. 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, Mario Sergio Sobrinho, 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. 58 – janeiro-fevereiro – 2006

A nova lei de falências: aspectos penais e processuais penais

**Cezar Roberto Bitencourt**

Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha

**Hans Joachim Hirsch**

Ciência do direito penal e jurisprudência

**Ingeborg Puppe**

Crimes tributários nos Tribunais Superiores

**Heloisa Estellita**

Direito constitucional e direito penal

**José Joaquim Gomes Canotilho**

"Decifra-me ou te devoro" (O desafio das políticas de Justiça com enfoque de gênero no Brasil)

**Marina Pereira Pires de Oliveira**

# Sumário

1. Direito Penal

Aspectos do resultado no direito penal 9
**Helena Moniz**

O sistema prisional face às organizações criminosas: um olhar a partir da constituição penal global 44
**Jorge Carlos Fonseca**

O princípio da insignificância e os crimes contra a ictiofauna 72
**Júnior A. Taglialenha**

¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad? 106
**Sebastian Scheerer**

2. Processo Penal

Direito de acesso aos autos no processo penal: breve análise crítica 121
**Denise Neves Abade**

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto? 159
**Kai Ambos**

3. Crime e Sociedade

O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura 213
**Fernando Salla e Marcos César Alvarez**

A violência e a criminalidade na sala de estar 248
**Tadeu Antônio Dix Silva, Alexandre Dantas e Maria Clara Veronesi de Toledo**

**4. O Direito em Ação**

*Habeas corpus* impetrado por membros da Procuradoria do Estado de São Paulo: impossibilidade do cumprimento de medida sócio-educativa em presídio 329

**Cyro Saadeh, Flávio Américo Frasseto, João César Barbieri Bedran de Castro, Luciana Maschietto Talli, Luciano Alves Rossato, Paulo Gonçalves Silvia Filho, Renata Flores Tibyriça, Suzana Soo Sun Lee e Telma Berardo**

**4.1 Jurisprudência Comentada**

O reingresso de estrangeiro – Crime instantâneo ou permanente? 350

**Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho**

**4.2 Ementário de Jurisprudência** 357

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

**5. Índice Alfabético Remissivo** 409

**Normas de publicação** 415

# 1. Direito Penal

# Aspectos do resultado no direito penal*

Helena Moniz
Assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
Investigadora do Centro de Direito Biomédico.

**Sumário:** 1. As diversas utilizações da noção de "resultado" no direito penal – 2. A concepção do "bem jurídico" e o seu reflexo no conceito de resultado – 3. A concepção dualista do ilícito e seu reflexo no conceito de resultado – 4. O resultado nos crimes de perigo – 5. O resultado nos crimes negligentes – 6. O resultado no "direito penal da sociedade de risco" – 7. Um duplo conceito de resultado.

**Resumo:** Este trabalho tem como objectivo principal uma clarificação do significado do conceito de resultado no âmbito do Direito Penal. A doutrina penal refere-se ao resultado tanto para caracterizar os crimes materiais ou de *resultado*, como para distinguir entre crimes de *resultado*-violação e crimes de *resultado* de perigo. Com vista à delimitação do âmbito do conceito de resultado e pretendendo demonstrar que é utilizado com diferentes significados, o trabalho analisa aquele conceito tendo em conta não só a evolução da noção de bem jurídico, como da concepção do ilícito. Segue-se uma breve análise do resultado no âmbito dos crimes de perigo, dos crimes negligentes e da sua viabilidade perante as exigên-

* Dedicado ao Senhor Professor Jorge de Figueiredo Dias.

cias da sociedade de risco. Conclui-se, então, que o conceito de resultado deve ser entendido como um conceito com um duplo significado, e que deverá ser feita uma distinção ao nível da classificação dos crimes quanto à conduta.

**Palavras-chave:** Bem jurídico – Resultado – Crimes de perigo – Crimes materiais.

## 1. As diversas utilizações da noção de "resultado" no direito penal

O conceito "resultado" é utilizado no âmbito do Direito Penal[1] com diversos significados. Assim, quando pretendemos caracterizar um certo tipo legal de crime, na sua vertente objectiva, quanto à conduta, distinguimos entre aqueles que exigem para a sua consumação a produção de um *resultado*, e aqueles outros cuja consumação se basta com a *acção*, sendo os primeiros crimes materiais ou de resultado, em que o "tipo incriminador pressupõe a produção de um evento como consequência da actividade do agente",[2] e os segundos crimes formais ou de mera actividade.[3] Mas não são estas as únicas situações em que recorremos àquele conceito. Na verdade, não raro falamos em crimes de *resultado*-violação (ou crimes de dano) e em crimes de *resultado* de perigo (ou crimes de perigo concreto).[4]

1. O resultado também constitui um elemento do tipo legal de crime decisivo ao nível do processo penal – foi Armin Kaufmann quem pela primeira vez mencionou este aspecto – uma vez que todo o procedimento penal está influenciado pelo resultado – para mais desenvolvimentos cf. Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Köln, 1982, p. 276.

2. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Textos de Direito Penal. Doutrina Geral do Crime*, Lições ao 3.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, elaboradas com a colaboração de Nuno Brandão, Coimbra, 2001 (ed. policopiada), p. 30.

3. Para Maurach e Zipf esta distinção é infeliz, pois consideram que *todo* o crime consumado tem um resultado; para estes autores a melhor distinção seria aquela que tivesse por base a conexão que ocorresse entre o resultado e a conduta; assim, enquanto que nos normalmente designados crimes de mera actividade a própria acção constitui o *terminus* da própria tipicidade, nos crimes de resultado, o resultado acontece ao nível do pensamento de forma separada da própria conduta – *Strafrecht. Allgemeiner Teil Teilband I*, Heidelberg: C.F.Müller Juristischen Verlag, 1992, p. 286.

4. *Passim* COSTA, Faria, *O perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

Sendo certo, todavia, que a classificação crimes de dano/crimes de perigo é feita tendo por base a forma como o bem jurídico é afectado pela conduta do agente. E assim ainda temos que acrescentar àqueles dois tipos um outro – o dos crimes de perigo abstracto – onde normalmente a doutrina dominante não identifica qualquer resultado.

Perante isto, parece-nos que o conceito de resultado passou a ser utilizado com significados diversos.[5] Podemos dizer que o conceito de resultado é o mesmo quando falamos em crimes materiais e em crimes de resultado de perigo? Não estamos perante situações diferentes, em que por vezes se faz referência a um conceito naturalístico de resultado e outras vezes a um conceito jurídico? Além disto, se a classificação entre crimes de perigo e crimes de dano é realizada tendo por base a influência da conduta do agente sobre o bem jurídico, porque falamos em crimes de *resultado* de perigo? O que eu pretendo é, pois, verificar se não existe alguma modificação na noção de resultado a partir de algumas ideias desenvolvi-

5. Igualmente demonstrando que o conceito de «evento» ora é utilizado como referido à lesão do bem jurídico, ora como modificação do mundo exterior cf. MAGLIO, Maria Grazia/ GIANNELLI, Fernando, "L'evento del reato", *Rivista Penale*, 2001, n. 2, p. 125 ss. Podemos dizer, no entanto, que o problema se põe com mais acuidade no sistema italiano dada a letra do art. 40º do Código Penal italiano, onde expressamente se refere que ninguém pode ser punido por crime se o *resultado/evento danoso ou perigoso*, do qual depende a existência do crime [o que logo nos limita a aplicação do dispositivo aos crimes de dano e aos crimes de perigo concreto? ou aos crimes materiais ou de resultado?], não for consequência da acção ou da omissão. Como se vai determinar que o "resultado de perigo concreto" é consequência da acção? Segundo as regras da imputação objectiva ou teoria da conexão do risco? As mesmas dúvidas podem ser colocadas perante o art. 43º, § 1, n. 1 do Código Penal italiano (onde se volta a referir ao resultado/ evento danoso ou perigoso enquanto consequência de uma acção ou omissão).

Para estes autores não existe crime sem resultado, não existem crimes de mera actividade (*ob. e loc. cit.*, p. 126) – "crimes formais, não são crimes sem resultado, que não existem, mas aqueles que não apresentam, ao lado do evento jurídico, um evento naturalístico" – ou seja, têm a ideia de que qualquer crime tem sempre um resultado jurídico (podem é não ter um resultado naturalístico), sendo certo que, no entanto, um crime apenas deve ter um resultado, no sentido de que mesmo que o legislador pretenda proteger diversos interesses com o tipo legal de crime, um deles é absorvente. E concluem, um crime com vários resultados, no sentido de lesão do bem jurídico tutelado, é um "monstro pluricéfalo" (*idem*, p. 127). No âmbito da doutrina portuguesa, e dando conta dos diferentes conceitos de resultado, cf. Taipa de CARVALHO, *A Legítima Defesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 108, nota 169.

das pela doutrina; verificar se, nomeadamente, o termo "resultado" é sempre utilizado pela doutrina e pelo legislador com o mesmo significado.[6]

Posso desde já distinguir dois conceitos que estão subjacentes a toda esta temática. O conceito de resultado em sentido material, enquanto "mutação física", e o conceito de resultado no sentido jurídico-penal, enquanto "afectação do bem jurídico".[7]

Aquele resultado em sentido material pode ser visto como uma consequência *material* da acção (ou uma modificação do mundo exterior perceptível pelos sentidos) ou como uma consequência *formal* (ideal) enquanto modificação da realidade imaterial captável intelectualmente.[8] Outros autores, como Jescheck[9] ou Maurach e Zipf[10] ou ainda Baumann e Weber,[11] distinguem entre resultado

6. Uma rápida leitura pelo CP português permite verificar que o termo "resultado" é diversas vezes utilizado e nem sempre com o seu significado técnico-jurídico – cf. arts. 3.º, 7.º, 10, s 1 e 2, 18º, 22º, n.º 2 al. b), 119º, n. 4, 142º, n.º 1, al d), 145º (epígrafe), 158º, n. 2, al. d), 219º, n. 1, al. a), 221º, n. 1, 230º, 255º, al. b), 258º, n. 2, 283º, n. 1, al. b), 285º (epígrafe), 301º, n. 2, 338º, n. 1, 339º, n. 1, al. b), 362º, n. 1, todos do CP; por vezes o CP refere-se expressamente ao "resultado típico".

Aludindo a esta imprecisão no âmbito do direito italiano cf. FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna: Zanichelli Editore, 2002 (3.ª reimpressão), p. 193: consideram que há alguma confusão quanto ao conceito de "evento" dado que a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico é vista por vezes como um resultado pelo legislador. E daí a identificação entre o conceito de ofensa e o de evento.

7. No sentido desta distinção ZAFFARONI, Eugenio Raul/ ALAGIA, Alejandro/ SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 435.

Ainda se pode descortinar um terceiro sentido para o termo "resultado" em que o conceito se identifica com a realização do tipo – assim, JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlim: Walter de Gruyter, 1991, 6/75: considera o resultado como uma componente da acção e do ilícito, embora não seja uma componente necessária ou suficiente, e em que "o resultado completa a acção da tentativa, convertendo-a em acção de consumação, assim como converte o ilícito da tentativa em ilícito da consumação".

8. Assim, Luzon PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid: Editorial Universitas S.A., 1996, p. 348.

9. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner* Teil, Berlin: Duncker & Humblot, 1996[5], p. 260 e 274.

10. Como nota 4.

11. BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld: Verlag Ernst und Weiner Gieseking, 1995[10], p. 201/2.

em sentido estrito e resultado em sentido amplo, sendo o primeiro o resultado material, enquanto efeito separável espácio-temporalmente da acção,[12] e o segundo a própria acção, enquanto efeito do impulso de vontade do autor.

No que respeita ao sentido técnico-jurídico, o resultado enquanto lesão ou colocação em perigo do bem jurídico pode ser uma consequência da acção, como acontece nos crimes de perigo concreto, ou pode ser a própria conduta, como, em regra, acontece nos crimes de perigo abstracto.[13]

Assim, haverá situações em que o tipo legal de crime incorpora não só um resultado em sentido jurídico, mas também um resultado em sentido material. Será o caso em alguns dos designados crimes materiais ou de resultado – em que para além da lesão do bem jurídico protegido pelo tipo, ainda se verifica uma modificação do mundo exterior, perceptível sensorial ou intelectualmente, distinta da acção.[14]

Mas, quando nos referimos ao resultado enquanto efeito derivado (e separado) da acção ele constitui um elemento do tipo de ilícito objectivo, e em função da sua consagração naquele assim vamos caracterizar o tipo legal de crime; ou seja, a verificação daquela exigência irá ser importante para determinar a consu-

12. Ou nas palavras de Fiandaca e de Musco "um resultado conceptual e fenomenicamente separável da conduta" – *Diritto Penale cit.*, p. 191. Segundo os autores resultado material enquanto evento naturalístico pode constituir uma circunstância agravante ou simplesmente uma condição objectiva de punibilidade (*idem*, p. 192).

13. Neste sentido, Luzon PEÑA, *Curso... cit.*, p. 349.

14. Também neste sentido, Luzon PEÑA, *Curso... cit.*, p. 349. Este Autor diz-nos ainda que há situações em que o tipo exige a produção de um resultado material que é em si mesmo independente da lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, mas coincidente com uma perigosidade abstracta ou futura da conduta; dá, então, como exemplo o crime de falsificação de documentos em que se exige a criação de um objecto com um mínimo de aparência enganosa e, todavia, este resultado pode não supôr sequer uma verificação de um perigo concreto para o bem jurídico. Trata-se, pois, de uma situação idêntica à que Eduardo Correia designou como sendo *crime material de resultado*, isto é, trata-se de "um crime formal considerado o resultado final que se pretende evitar, mas é um crime material considerado o facto (modificação exterior) que o põe em perigo" [*Direito Criminal*, I, p. 288; quanto ao crime de falsificação de documentos, cf. o meu *O crime de falsificação de documentos (da falsificação intelectual e da falsidade em documento)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999 (reimpressão), p. 23-4].

mação do crime, para classificar o tipo legal de crime em crime material, para determinar o nexo de ligação entre a conduta e aquele resultado; mas, por outro lado, quando nos referimos ao resultado enquanto lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, já se trata, por um lado, de uma noção com influência na concepção do ilícito e, por outro lado, determinante na classificação do tipo como crime de dano ou de perigo.

## 2. A concepção do "bem jurídico" e o seu reflexo no conceito de resultado

A ideia de bem jurídico apareceu não só como forma de separar o Direito Penal da moral (Feuerbach), mas também com uma função garantística, que ainda hoje se mantém.[15] A protecção de bens jurídicos, *maxime* de bens jurídico-penais, constitui o limite de intervenção do direito penal. Foi a evolução da concepção de bem jurídico de um dado da realidade para um dado ideal que tornou possível uma melhor delimitação da noção de resultado. Na verdade, a noção de resultado enquanto elemento do tipo legal de crime evoluiu lado a lado com a noção de bem jurídico. Apenas quando a noção de bem jurídico permitiu distingui-lo do objecto de acção se tornou mais claro o que era o resultado do crime. Assim, foi possível fazer uma distinção entre objecto de acção e objecto de protecção ou bem jurídico. Esta distinção era praticamente impossível com o primeiro conceito de bem jurídico de Birnbaum (dado da realidade empírica colocado sob protecção da ordem jurídica[16]). Porém, a partir do entendimento do bem jurídico não como realidade do mundo exterior, mas como expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade aquela dicotomia tor-

15. Esta função garantística é, no entanto, posta em causa por Jakobs – cf. *Strafrecht cit.*, 2/7ss.

16. "Tal concepção dava afinal lugar, no seu positivismo estreito, a confundir o objecto da tutela jurídico-criminal com o objecto da acção, ou seja, a pessoa ou coisa sobre que, no plano causal, a actividade criminosa se exerce" – Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, I, Coimbra: Almedina, 1993 (reimpressão), p, 278.

nou-se possível.[17] Assim, *objecto de acção* é uma manifestação real da noção abstracta de bem jurídico, "é a realidade que se projecta a partir daquela ideia genérica e que é ameaçada ou lesada com a prática da conduta típica".[18]

Na verdade, o resultado enquanto resultado típico consiste num efeito sobre o "objecto da acção" – isto é, o *quid* em que se concretiza o bem jurídico tutelado. Mas esta distinção nem sempre é clara. Vejamos algumas concepções de bem jurídico-penal que, de forma decisiva, vão limitar a noção de resultado e consequentemente permitir uma verdadeira distinção entre os crimes de resultado e os crimes de perigo.

Para Jescheck, por exemplo, o termo "lesão" não deve ser entendido naturalisticamente, como deterioração de um determinado objecto de acção, mas como actuação contrária ao valor ideal que deve estar protegido pela norma, como lesão do bem jurídico. É nesta lesão do bem jurídico que se verifica um dano para a comunidade, que permite entender o crime como um "comportamento socialmente danoso".[19] No seguimento desta concepção, Jescheck considera que o que integra o desvalor de resultado é a lesão ou colocação em perigo do *objecto de acção* e não do bem jurídico. E isto dado o entendimento do bem jurídico como "um interesse vital da comunidade a que o direito penal concede protecção",[20] como "valores ideais da ordem social",[21] constituindo o *objecto de acção* o objecto *real* sobre que recai a acção típica, e tornando-se o resultado um efeito separável espácio-

17. Para o entendimento do bem jurídico como valor fundado nos valores sociais, cf., entre nós, Faria COSTA, *O perigo... cit.*, p. 182 ss.

18. Figueiredo DIAS, *Textos de Direito Penal cit.*, p. 32.

19. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...* cit., p. 234.

20. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...* cit., p. 256. Isto não faz com que Jescheck deixe de considerar que a lesão ou colocação em perigo do objecto de acção se integre no desvalor de resultado e na forma e modo de realização do facto o desvalor de acção; e este é composto não só por um desvalor referido a facto (no que se refere às diversas modalidades externas de que se pode revestir o comportamento do autor), como um desvalor referido ao autor (abrangendo com isto as específicas circunstâncias decorrentes da pessoa do autor) – *idem*, p. 240.

21. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...* cit., p. 259.

temporalmente da acção;[22] o que nos acaba por permitir distinguir o resultado do bem jurídico ou objecto de protecção do tipo. Distinguindo-se, pois, entre "lesão" enquanto actuação contrária ao valor protegido pela norma, e resultado enquanto lesão ou colocação em perigo do objecto de acção, e desta distinto.

Por seu turno, para Roxin, os bens jurídicos são certas circunstâncias ou finalidades úteis para o livre desenvolvimento do indivíduo no âmbito de um sistema social global.[23] E Figueiredo Dias entende por bem jurídico a "expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso".[24]

Em todos estes autores, objecto de protecção é o bem jurídico tutelado pela norma, havendo portanto uma clara distinção entre este o objecto de acção; o resultado é uma consequência espácio-temporalmente distinta da acção, enquanto materialização daquela lesão do bem jurídico ou do perigo concreto para o bem jurídico no objecto de acção.

É, pois, esta noção de bem jurídico, enquanto expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade, que permite distingui-lo do objecto sobre o qual eventualmente se exerce a acção (que em alguns casos, como no crime de homicídio, por exemplo, pode coincidir com o titular daquele interesse que se pretende proteger). Mas, se parece fácil determinar qual o objecto de acção nos tradicionalmente designados crimes de dano, quando estes assumem a forma de crimes materiais, o mesmo não se pode dizer em relação ao objecto de acção nos crimes de perigo. Nestes, objecto de acção será ainda o objecto real sobre que re-

22. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*... cit., p. 274.

23. ROXIN, *Strafrecht. Algemeiner Teil, Band I*, München: Beck, 1997³, § 2, nm. 9. O autor adverte ainda que não se refere a interesses mas a circunstâncias, pois considera que com este conceito abrange também estados previamente regulamentados pelo direito como os deveres de cumprimento de normas, não se limitando aos interesses.

24. Figueiredo DIAS/ Costa ANDRADE, *Direito Penal Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, Coimbra: FDUC, 1996, ed. policopiada, p. 53.

cai a acção típica. Sendo certo, todavia, que muitos casos haverá, se não forem mesmo a maioria, em que a conduta se confunde com o próprio objecto de acção. Seguindo ainda Roxin: "nos crimes de perigo concreto *a realização do tipo pressupõe que o objecto de acção seja encontrado realmente em perigo* no caso individual".[25] A partir daqui parece fácil fazer uma distinção entre o bem jurídico e o objecto de acção, e esta vai-nos permitir distinguir os crimes não só em função do reflexo da conduta sobre o bem jurídico protegido, mas também em função da conduta do agente relativamente ao objecto de acção.

Pelo que as duas classificações dos tipos legais de crime tendo em conta a conduta e o bem jurídico, se completam, uma vez que uma tem por base o efeito que a conduta produz no objecto de acção e a outra tem por base o efeito que a conduta produz sobre o bem jurídico. Esta diferente classificação de uma mesma figura não põe em causa a concepção dualista do ilícito,[26] nem sequer confunde o resultado com o bem jurídico. Uma coisa é o efeito, material ou de perigo, que se produz sobre o objecto de acção; coisa distinta é o efeito sobre o bem jurídico.[27] É claro que se o tipo legal de crime protege bens jurídicos eminentemente pessoais, como por exemplo o do homicídio, há como que uma justaposição entre o objecto de acção e o titular do bem jurídico, encabeçados na mesma pessoa. Todavia distinguem-se, dado que no crime de homicídio o objecto de acção não é tanto a

25. *Strafrecht cit*, § 10, nm. 123. E acrescenta: se nestes casos não se produz o resultado apenas se deve a uma casualidade.

26. Considerando que há uma confusão entre resultado típico e desvalor de acção, cf. Laurenzo COPELLO, *El resultado en Derecho Penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 1992, p. 86.

27. Esta distinção entre objecto material e bem jurídico foi igualmente realizada por Welzel, embora não tenha retirado as consequências desta distinção para o conceito de resultado – cf. *Derecho Penal Aleman*, trad. da 11ª edição alemã por Bustos Ramírez e Yáñez Pérez, Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997⁴, p. 5. Welzel define bem jurídico como "todo o estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões" (*idem*). Porém, diz-nos que este pode assumir a forma de objecto psicofísico ou espiritual, ideal, revelando ainda aqui o bem jurídico como o objecto da agressão. Por tudo isto Welzel entende o resultado e o desvalor de resultado como a lesão (ou colocação em perigo) do bem jurídico (*ob. cit.*, p. 74-5), pelo que quando falta o resultado falta também o desvalor de resultado (sobre isto, ver por todos, cf. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt: Athenäum Verlag, 1972, p. 169-170).

pessoa (enquanto síntese de um corpo e de uma "alma"), mas o corpo da pessoa, ao passo que o bem jurídico é a vida daquele corpo, que por ser pessoa se trata da vida humana. Ora, o interesse da vida humana, enquanto bem jurídico-criminal, é titulado por uma pessoa e não por um corpo.[28]

## 3. A concepção dualista do ilícito e seu reflexo no conceito de resultado

O resultado tem também relevo ao nível da ilicitude. Na verdade, decisivo para a delimitação do carácter ilícito de uma conduta é não só o desvalor de acção como o desvalor de resultado (para os defensores daquilo que posso designar como teoria dualista).

Todavia, existem alguns Autores que, apesar de considerarem que a ilicitude penal deve ser avaliada pelos dois factores, dão primazia a um deles. Por exemplo, entre nós, Faria Costa parece considerar como paradigma da conduta criminosa o desvalor de resultado,[29] assente num "desvalor de cuidado".

Para este penalista, a modernidade colocou o sujeito no centro das atenções, o que levou ao "florescimento de um ilícito-típico ancorado no sujeito".[30]

28. Igualmente em sentido idêntico considerando que o resultado material – morte de uma pessoa – é a lesão do objecto do crime, e o resultado jurídico enquanto lesão do bem jurídico é a lesão do interesse social e individual da vida, cf. Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valenia: Tirant lo Blach, 1999, p. 222.

29. "A prioridade na compreensão da legitimação da actividade criminalizadora tem de arrancar de uma ideia de desvalor de resultado" (*O perigo...*, p. 41, nota 35); "a dimensão histórica do tempo de hoje, não obstante a emergência do desvalor de resultado de perigo, imprime ainda a dominância do desvalor de resultado de dano/violação" (*ob. cit.*, p. 606, nota 11). Por isto mesmo considera que o desvalor de resultado dano/violação consome o desvalor de resultado de perigo (*idem*). Isto não significa que não dê algum relevo ao desvalor de acção. Na verdade, chega a afirmar que "o desvalor de acção, bem como o desvalor de resultado, porque ofensivos ou lesivos de bens jurídico-penais, são desvalores com dignidade penal e merecimento de pena" (Faria Costa, *O perigo...*, p. 312).

30. Faria Costa, "Ilícito típico, resultado e hermenêutica (ou o retorno à limpidez do essencial)", *RPCC* 12 (2002), p. 12 (de ora em diante as páginas referir-se-ão a esta publicação; todavia, este mesmo artigo foi publicado em *Problemas Fundamentais de Direito Penal. Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002, p. 27-40).

Pelo que a pedra angular do ilícito-típico será o desvalor de resultado[31] entendido como um "desvalor de cuidado" (Faria Costa).[32] Ou seja, não utiliza o binómio valor/desvalor de resultado e passa a utilizar valor/ desvalor de cuidado que se consubstancia em resultados: "o "valor de cuidado" incorpora e traduz uma evitação de resultados penalmente desvaliosos enquanto o "desvalor de cuidado" cristaliza, em termos jurídico-penais, a não evitação (causação) de resultados desvaliosos".[33] Assim, para Faria Costa, a não punição de um crime de coacção, porque com ele se pretendeu evitar um suicídio [art. 154º, n.º 3, al. b) do CP], é prova evidente de que o legislador dá um relevo especial ao desvalor do resultado, "um desvalor do resultado que é a não-evitação (causação) de resultados desvaliosos, que se sustenta na categoria onto-antropológica do "desvalor de cuidado"".[34]

31. "Ilícito típico...", *cit.*, p. 12. Este desvalor de resultado pode ser uma desvalor de resultado danoso ou um desvalor de resultado perigoso sendo certo, no entanto, que existe uma diferença entre ambos: o ordenamento jurídico-penal "valora mais intensamente o desvalor de resultado danoso que o desvalor de (resultado) perigoso", daqui retirando a consequência de que não é a mesma coisa matar ou tentar matar – Faria Costa, *O perigo...*, p. 408. Além disto, "é justamente através dos efeitos sofridos no bem jurídico – alterações jurídico-penalmente relevantes do mundo, isto é, das relações jurídico-sociais – que nos podemos aperceber da qualidade (danosos?, perigoso?) do próprio comportamento" – Faria Costa, *O Perigo...*, p. 405, nota 95.

32. E ainda: "o direito penal encontra a sua razão de ser e o seu fundamento, em nosso juízo, na dimensão onto-antropológica de uma relação de cuidado-de-perigo. O que faz com que a ilicitude penal material se manifeste na perversão ou ruptura daquela precisa relação de cuidado-de-perigo. (...) a comunidade politicamente organizada só se sente na necessidade de intervir penalmente quando a repercussão socialmente relevante – que varia, é óbvio, conforme aos momentos históricos – do rompimento da relação de cuidado-de-perigo é tida como insustentável. Para além de que aquele desvalor só é apreendido socialmente, em linha de máxima, se se reflectir ou consubstanciar em um desvalor de resultado" – Faria Costa, "Ilícito típico...", p. 13. Faria Costa assenta toda esta ideia na análise que faz de diferentes situações em que o agente pratica o crime de homicídio, ou por legítima defesa, ou por direito de necessidade, ou porque quis (dolo directo), ou porque se trata simplesmente de um inimputável, afirmando que a diferente punição deriva do diferente ilícito-típico e do sujeito (é o sujeito que recorta o ilícito-típico).

33. Faria Costa, "Ilícito típico...", p. 19.

34. Faria Costa, "Ilícito típico...", p. 22. Em sentido idêntico, já em 1992 (*O perigo...*, p. 634) afirmou: "O cuidado do «eu» para com o «outro», que a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo expressa e envolve, pode suscitar, fundamentalmente, três específicas formas de desvalor: o desvalor de dano/violação, o desvalor de perigo e o desvalor de cuidado-de-perigo". Assim, enquanto o desvalor de dano/violação fundamenta o ilícito-típico dos crimes de resultado (material), o desvalor de perigo

Por seu turno, Taipa de Carvalho[35] situa-se, por assim dizer, no lado oposto, considerando como fundamental o desvalor de acção/conduta;[36] o desvalor de resultado, enquanto lesão do bem jurídico, será determinante ao nível da necessidade de pena, enquanto "necessidade de pacificação social". Taipa de Carvalho utiliza sempre neste contexto o termo resultado enquanto dano (do bem jurídico protegido pela norma), como elemento do tipo legal de crime.[37]

fundamenta o ilícito-típico dos crimes de perigo concreto ou resultado (jurídico) de perigo. Por fim, o desvalor de cuidado de perigo era inerente aos crimes de perigo abstracto (embora tenha afirmado que "o desvalor de cuidado-de-perigo fundamenta o ilícito-típico dos crimes de perigo abstracto, *independentemente da existência de um concreto e identificável bem jurídico*" – p. 634, itálico meu; apesar da aparência isto não significa que Faria Costa não mantenha ainda aqui uma referência ao bem jurídico – a p. 634, nota 156 afirma: " o referente primeiro que envolve a relação de cuidado-de-perigo é ainda o valor – o bem jurídico –, a determinante axiológica", e mais tarde: "os crimes de perigo abstracto só se podem verdadeiramente justificar quando, se bem que unicamente através de um cuidado-de-perigo, se quer ainda proteger um bem jurídico com dignidade penal" (p. 641), ou ainda "uma acção é perigosa, não porque carregue em si mesma o modo-de-ser-perigoso; uma acção é perigosa porque efectivamente pôs em perigo um determinado bem jurídico" (p. 641, nota 175).

35. *Legítima Defesa...*, p. 79 ss, 107 ss, em particular, p. 141-5: "o ilícito penal é constituído exclusivamente pelo desvalor da conduta, isto é, pela acção ou omissão violadora da norma de determinação (ou de cuidado), violação que pressupõe a susceptibilidade, a perigosidade ou adequação (geral ou concreta) da sua conduta para lesar o bem jurídico, para cuja protecção a norma foi criada. Donde que sem desvalor da conduta não há ilícito penal, e este afirma-se e identifica-se sempre com o desvalor da conduta. O desvalor de resultado (...) é sempre jurídico-penalmente relevante e pode ser assumido pelo legislador, numa perspectiva político-criminal preventiva, como condição de punibilidade (ilícito negligente) ou impedimento da atenuação modificativa da punibilidade do ilícito (ilícito doloso grave)". Na base desta concepção está o entendimento da norma penal como norma de proibição de comportamentos e não de resultados. Pode-se dizer que este entendimento segue a doutrina de Welzel, para quem o resultado em nenhum caso era um elemento indispensável à existência do ilícito (WELZEL, *Derecho Penal Aleman* cit., p. 74-5).

36. Quem levou mais longe a primazia do desvalor de acção, na esteira da doutrina finalista, foi Zielinski – *Desva.*. – embora tenha considerado que o resultado teria algum relevo como indício de ilícito e em sede de pena. Sem subscrever as posições mais radicais também Hirsch é um defensor do primado do desvalor de acção – cf. "Der Streit und Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschft", *ZStW*, 1981, p. 831 ss e 1982, p. 239 ss. Também neste sentido, HORN, Eckhard, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1973, p. 97.

37. E logo nos adverte que o resultado como elemento do tipo legal de crime e como condição de punibilidade, não deve ser confundido com as "condições objectivas de punibilidade", pois estas por vezes não constam do tipo legal de crime, não se exigindo uma qualquer conexão com o agente (*Legítima defesa cit.*, p. 143-4). Mais uma vez se enquadra na esteira de Welzel em que resultado e desvalor de resultado são entendidos como lesão do bem jurídico.

Da simples referência a estas duas posições quase que podemos considerar que cada uma acentua um aspecto da realidade. É certo que sem desvalor de resultado (como quer que aqui o conceito de resultado deva ser entendido[38]) a punição da conduta não se legitima, por faltar uma vertente da ilicitude.[39] Do mesmo modo, sem desvalor de acção também não se legitima a punição.[40]

38. Sendo certo, no entanto, que não é de todo indiferente. Na verdade, quando pensamos naquelas situações previstas, por exemplo, entre nós no art. 38º, n. 4 do CP ("Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa") dizemos que o agente ainda é punido porque há desvalor de acção, mas não há desvalor de resultado e por isso a situação, nesta medida, é equiparada à tentativa. Mas o certo é que aqui há um resultado material (por exemplo, destruição da coisa, sem se saber que havia consentimento para a acção) enquanto algo distinto da acção, mas não há desvalor de resultado enquanto lesão do bem jurídico (também no sentido de que nestas situações não há desvalor de resultado cf. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*...cit. p. 329-30; pelo contrário, no sentido de que o ilícito penal não pode existir sem resultado externo, e considerando que também a tentativa pressupõe um resultado – ROXIN, *Strafrecht cit.*, § 10, nm. 99.). Ver, por todos, Costa ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 521 ss.

39. Igualmente no sentido de que a produção do resultado enquanto concretização de um perigo da acção ilícita facilita a justificação da punição devido a uma maior necessidade punitiva, cf. DENCKNER, Friedrich, "Erfolg und Schuldidee. Zur Diskussion um die systematische und sachliche Bedeutung des Erfolgs im Strafrecht", *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1989, p. 441ss, em particular, p. 451. Também Roxin considera que o juízo abstracto da necessidade de pena é substancialmente influenciado pela produção ou não do resultado, com excepção dos crimes de perigo comum e de alguns crimes de perigo (*Strafrecht*..., § 10, nm. 100); também neste sentido, STRATENWERTH, Günter, "Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht", *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Göttingen: Otto Schwartz, 1975, p. 177ss** (180?).

40. É curioso verificar que Quintero Olivares justifica a necessidade de determinação da ilicitude não só através do desvalor de acção mas também através do desvalor de resultado pelo facto de existirem crimes qualificados pelo resultado: criticando aqueles que dão apenas relevo ao desvalor de acção afirma que "se o desvalor de acção é o que dá sentido ao comportamento típico, não é possível admitir que possa haver condutas típicas integradas por acções valiosas ou indiferentes para o direito, que todavia se tornam antijurídicas porque acabam por ofender facticamente um bem jurídico. Isto é o que ocorre com os crimes qualificados pelo resultado que foram retirados do nosso direito [espanhol] positivo" – *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 1996, p. 251. Para este autor do âmbito do desvalor de resultado faz parte não só a lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, mas também a forma como se produz esta lesão ou colocação em perigo (*idem*, p. 253). No âmbito do desvalor de acção integram-se as condições objectivas do autor, os elementos subjectivos do ilícito e o dolo e a negligência do tipo (*idem*, p. 254-9). Parece-me que nos crimes agravados pelo resultado o legislador considera o desvalor de resultado mais grave tendo em conta de que se trata de uma maior lesão de bens jurídicos, de uma maior violação das expectativas comunitárias na norma violada; ao que acresce um desvalor de acção aumentado pela violação de um perigo típico ligado à conduta base (cf. Figueiredo DIAS, *Responsabilidade pelo resultado e Crimes Preterintencionais*, Coimbra, 1961 (ed. policopiada; publicação disponível na

Entre nós, Figueiredo Dias considera que o carácter ilícito de uma conduta não se determina apenas em função do desvalor de acção ou do desvalor de resultado, mas em função de ambos;[41] "a conduta não é considerada ilícita apenas em função da violação ou colocação em perigo do bem jurídico, ou seja, apenas em função do desvalor de resultado [aqui resultado é entendido não como resultado em *sentido material ou naturalístico* – como modificação do mundo exterior –, mas em sentido *teleológico-normativo* – como lesão do bem jurídico[42]] mas também em função do desvalor de acção – enquanto comportamento derivado da pessoa, enquanto comportamento derivado de um "centro ético de imputação".[43]

Biblioteca da Faculdade de Direito de Coimbra); Figueiredo Dias, «Crime preterintencional, causalidade adequada e questão de facto», separata da *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1971, n.os 2, 3 e 4). Pelo contrário, para Faria Costa a ilicitude é agravada em função da violação da relação de cuidado-de-perigo que nestes casos é mais violada (cf. "Ilícito típico...", p. 21-2).

41. Também considerando que cada um tem o seu papel no ilícito, cf., entre outros, Maurach/Zipf, *Strafrecht... cit.*, p. 215 (para estes AA. apenas as condutas socialmente adequadas não teriam desvalor de acção, *idem*, p. 219; para o que se deva entender por *adequação social* cf. Maurach/Zipf, *ob. cit.*, p. 220); na doutrina espanhola, por exemplo, Luzón Peña, *Derecho penal cit.*, p. 333-5 – este A. considera que o desvalor de resultado assume a vertente de "desvalor de facto" nos crimes de mera actividade, para assim criar um conceito extenso de resultado, ou resultado em sentido amplo, abrangendo com este não só o resultado material enquanto consequência distinta da acção, mas também a conduta em si como resultado. Distingue ainda no âmbito do desvalor de acção, o desvalor subjectivo de acção ou desvalor de intenção (que pode assumir a forma de dolo, negligência ou uma combinação típica de dolo-negligência) e o desvalor objectivo de acção (que consiste numa certa perigosidade de acção de forma a que tenha um mínimo de adequação para produzir o resultado lesivo). Em sentido idêntico, cf. Jakobs, *Strafrecht...*, 6/76.

No âmbito da doutrina alemã, Jescheck considera que para além de um desvalor de acção e de um desvalor de cuidado, existe também um *desvalor de atitude interna* considerado como "um especial grau de reprobabilidade da atitude interna do autor" (Jescheck/Weigend, *Lehrbuch...* cit., p. 51).

42. E neste sentido posso dizer que o desvalor de resultado é diferente nos crimes de dano e nos crimes de perigo dado que a protecção do bem jurídico é distinta. Cfr. Taipa de Carvalho, *A Legítima Defesa cit*, p. 109, nota 169.

43. Na verdade, por trás desta concepção está o entendimento da norma penal não só como norma de valoração ou norma de comportamento, mas também como norma de determinação ou norma de sanção – cf. Figueiredo Dias, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1987[4], p. 129; por seu turno, Faria Costa entende a norma penal primariamente como norma de valoração (*O perigo...*, p. 409, nota 105 e p. 444, nota 178) e daí o primado do desvalor do resultado enquanto "desvalor de cuidado". O que não significa um total abandono do desvalor de acção, ou um entendimento da norma penal exclusivamente como norma de determinação que tem como destinatários os homens (*O perigo...*, p. 275).

Perante isto, qual é então a concepção de resultado utilizada quando se fala em desvalor de resultado?

Para Puppe, o resultado são "as modificações prejudiciais para um bem".[44] Mir Puig, por sua vez, considera que os tipos descrevem resultados, entendidos como lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos; para este penalista, tanto há desvalor de resultado nos crimes de dano como nos crimes de perigo, quer eles sejam crimes de perigo abstracto quer sejam crimes de perigo concreto.[45] Distingue, no entanto, entre *crimes de resultado separado* e crimes de resultado *não separado*. Nos crimes de resultado separado (como seria o caso do crime de homicídio) o desvalor de resultado pressupõe que aquele se possa imputar a uma conduta perigosa, como resultado dela.[46]

44. "Der Erfolg und seine Kausale Erklärung im Strafrecht", *ZStW* 92 (1980), p. 863 ss, 880 *apud* Jakobs, *Strafrecht...*, p. 232, nota 19.

45. MIR PUIG, *Derecho penal*, 6.º ed., 2002, p. 167 (6/46). Porém, o desvalor de resultado é maior nos crimes de resultado do que nos crimes de perigo. Com esta noção Mir Puig dizia que também nos crimes de perigo abstracto existe um resultado, visto que há uma colocação em perigo *ex post*, pois exige-se que a conduta seja estatisticamente perigosa – *Derecho Penal*, 5.º ed., 1998, p. 139, nota 43 (para uma perspectiva crítica desta posição cf. COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 1999, p. 300). Todavia, considera que o desvalor de resultado inerente aos crimes de perigo concreto é maior do que nos crimes de perigo abstracto – nestes últimos o resultado enquanto colocação em perigo não é separado da conduta, como acontece ao nível dos crimes de perigo concreto – *Derecho Penal*, 6.º ed, 2002, p. 140 (6/47).

Porém, na edição mais recente – *Derecho Penal*, 6.ª ed., 2002 – Mir Puig já não caracteriza assim os crimes de perigo abstracto. Não só refere expressamente que deixa de considerar o "perigo estatístico" da conduta dos crimes de perigo abstracto como constitutivo do desvalor de resultado (p. 24), como considera que aquilo que distingue os crimes de perigo concreto dos crimes de perigo abstracto é o facto de nos primeiros o tipo exigir como resultado da acção "a *proximidade* de uma *concreta* lesão", enquanto nos crimes de perigo abstracto "não se exige tal *resultado* de proximidade de uma lesão de um concreto bem jurídico, bastando-se com a perigosidade da *conduta*" (*Derecho Penal*, 6.º ed, 2002, p. 228: 9/64; considera ainda que o perigo é sempre uma característica da conduta *ex ante* e não do resultado) – com isto Mir Puig parece querer aproximar os crimes de perigo abstracto dos crimes de mera actividade. Porém, esta ideia de perigosidade subjacente aos crimes, mesmo aos crimes de resultado não é inteiramente inovadora dado que remonta a Binding a consideração dos crimes de resultado como "crimes de perigo condicionado pelo resultado" (cf. ZAFFARONI, *Derecho Penal cit.*, p. 452).

46. *Derecho Penal*, 6.º ed., p. 167 (6/48); quanto ao desvalor da conduta é aferido pela perigosidade para o bem jurídico segundo um observador médio – "o desvalor de resultado expressa um estado de coisas último que o Direito Penal quer evitar (a lesão ou colocação em perigo típica indesejável

Para Figueiredo Dias, vimos que o resultado, no âmbito do desvalor de resultado, é entendido como a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico protegido pelo tipo legal de crime, ou seja, no seu sentido técnico-jurídico, ou nas palavras daquele penalista, no sentido teleológico-normativo. E mesmo na concepção de Faria Costa, entendendo o desvalor de resultado como um desvalor de cuidado, enquanto não evitação de resultados desvaliosos, é ainda um resultado desvalioso tendo como referente o bem jurídico.

Assim, quando nos referimos ao desvalor de resultado, estamos a referir-nos ao resultado enquanto lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico-criminal, ao resultado na sua função delimitadora da conduta típica.[47] E é exactamente esta mesma noção a utilizada quando procedemos à identificação do tipo legal de crime em função do reflexo da conduta do agente sobre o bem jurídico protegido pelo tipo. Por isso, acaba Laurenzo Copello[48] por concluir que, nesta concepção, resultado típico e desvalor de resultado coincidem.

## 4. O resultado nos crimes de perigo

Quando nos referimos aos crimes de perigo, estamos a classificar o tipo legal de crime tendo em conta a protecção dispensada ao bem jurídico-criminal.

para o bem jurídico), o desvalor da conduta exige que aquela situação indesejável se deva a uma conduta suficientemente perigosa para um espectador ideal situado *ex ante* na posição do autor. Se a lesão do bem jurídico não aparece como realização do risco próprio de uma conduta desfavorável para um homem prudente, não poderá desvalorar-se como resultado objectivamente imputável": *Derecho Penal*, 6.º ed., 2002, p. 168 (6/51).

No que se refere aos crimes de mera actividade o desvalor de resultado apenas exige a conduta típica, lesiva ou perigosa [*Derecho Penal*, 6.º ed., 2002, p. 168 (6/52)]; quanto ao resultado nos crimes de resultado, este não é constituído apenas nem pela exteriorização da conduta nem apenas pela lesão do bem jurídico [*Derecho Penal*, 6.º ed., 2002, p. 219 (9/18)].

47. Para uma visão da dupla função do resultado cf., entre nós, João CURADO NEVES, *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos (contributo para uma teoria da imputação objectiva em Direito Penal)*, Lisboa: AAFDL, 1989, p. 19 ss; cf. também, DENCKNER, "Erfolg und Schudidee" *cit.*, p. 447 ss, e ainda Zielinski, sobre a "função de comunicação ou intermediação" – *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlim: Duncker & Humblot, 1973, p. 240 ss e 310 ss.

48. LAURENZO COPELLO, Patricia, *El resultado en Derecho Penal* cit., p. 56.

E assim, consoante esta protecção, referimo-nos aos crimes de perigo abstracto, aos crimes de perigo concreto e aos crimes de perigo abstracto-concreto.[49] Subjacente à noção de crime de perigo está, pois, uma certa concepção de perigo – o perigo enquanto *ratio* de tutela; todavia, ainda nos podemos referir ao perigo enquanto elemento do tipo legal de crime (como acontece com os crimes de perigo concreto) ou ao perigo enquanto requisito da actividade criminosa (por exemplo, na condução perigosa de veículo rodoviário).[50]

Para Welzel o núcleo do crime está na acção (a ilicitude é a desaprovação do facto referida ao autor), mas ao seu lado existem as consequências resultantes da acção que poderão ser de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico protegido pela norma. E, assim, distingue entre os crimes que criaram um perigo e aqueles outros em que basta que normalmente se associe à acção a ocorrência de perigos. Ou seja, neste entendimento do desvalor do resultado confundido com o próprio resultado típico, o conceito de resultado não mais é um resultado material ou naturalístico, mas um resultado técnico-jurídico ou normativo.

Outra terá que ser, pois, a noção e o entendimento dos crimes de perigo quando seguimos uma concepção do ilícito predominantemente baseada no desvalor de resultado. Assim se compreende que, para Faria Costa, o resultado seja, igualmente, a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico, enquanto violação da relação onto-antropológica de cuidado de perigo.[51] No entanto, enquanto elemento caracterizador do tipo legal de crime, Faria Costa refere-se ao evento enquanto modificação do mundo exterior que se consolida em um dano ou num concreto perigo, enquanto "manifestação inequívoca da alteração da ordem das coisas".[52]

49. Cf. *infra* o que se diz sobre os crimes de aptidão ou idoneidade.

50. Para uma consideração destes diversos sentidos, cf. entre outros, MAGLIO/ GIANNELLE, *ob. cit. supra*, p. 126.

51. Parece, então, que o resultado enquanto elemento do tipo legal de crime é ainda a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico.

52. Cf. *O perigo...*, p. 322, nota 86 e p. 323.

E com isto podemos dizer que segue uma concepção dualista na noção de resultado/evento. Porém, não quer isto dizer que, mesmo na distinção entre crimes materiais e crimes formais, Faria Costa utilize um conceito naturalístico ou material; o resultado é a tal modificação inequívoca da alteração da ordem das coisas de modo que, por exemplo, a imputação de um facto ou juízo ofensivo da honra constitui um resultado e daí a classificação do crime de difamação no âmbito daquela categoria.

Por outro lado, a verificação ou não do resultado, em Taipa de Carvalho, sendo um elemento influenciador da necessidade de pena, é entendido como um efeito derivado da acção e dela distinto. Por fim, para Figueiredo Dias, em que o determinante é não só o desvalor de acção como o desvalor de resultado, o resultado no âmbito do ilícito é entendido como lesão ou colocação em perigo do bem jurídico; todavia, enquanto elemento do tipo legal de crime é um efeito da acção e desta separável.

E aqui está exactamente o problema dos crimes de perigo abstracto – onde está o resultado derivado da conduta e desta separável?[53] E serão diferentes as conclusões no que se refere aos crimes de aptidão ou crimes de idoneidade? Será, então, necessário distinguir estes crimes (de acordo com as concepções actuais) dos "velhos" crimes de perigo abstracto-concreto, bem como dos crimes de perigo abstracto.

No que se refere aos crimes de aptidão (*Eignungsdelikt*), Roxin considera-os como crimes de perigo abstracto,[54] embora acabe por defender que há al-

53. Por isso alguns autores consideram, partindo de uma interpretação restritiva, ser os crimes de perigo abstracto crimes sem resultado baseados exclusivamente no desvalor de acção – assim WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlim: Duncker & Humblot, p. 301 ss.

54. *Strafrecht...*, § 10, nm. 123; § 11, nm. 127 s. É curioso verificar que Frisch pretende transformar o mais possível os puros crimes de perigo abstracto em crimes de aptidão – os crimes de perigo abstracto seriam casos de comportamento em que mediante um juízo *ex ante* se consideravam aptos a provocar resultados que deveriam ser evitados; esta transformação seria realizada não através de uma incondicional "cláusla de aptidão positiva" (Hoyer), mas através da exclusão da punibilidade quando em concreto se verifique uma exclusão da aptidão para a produção do resultado – cf. FRISCH, Wolfgang, "An den Grenzen des Strafrechts", *Beiträge zur Rechtswissenschaft (Festschrift für Wlater Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburstag)*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischen Verlag, 1993, p. 69 e ss, em especial, p. 93).

guns crimes de perigo concreto em que, ao lado da necessidade de efectiva colocação em perigo do bem jurídico, se exige ainda que as condutas sejam aptas a produzir determinado efeito.[55] Hoyer,[56] por seu turno, considera os crimes de aptidão como casos em que a conduta constitui uma *fonte de perigo* para o objecto de tutela, considerando, no entanto, que a conduta apenas é fonte de perigo nas situações em que tende a causar um efeito lesivo; pelo que a efectiva verificação do resultado material ou do perigo concreto constitui a demonstração de que aquela conduta era fonte de perigosidade.[57]

Parece, pois, que posso dizer que nos crimes de aptidão o legislador não se basta com o perigo, em abstracto, para os bens jurídicos; também não exige em concreto a verificação do perigo; exige que a conduta em abstracto seja perigosa, exige que em concreto, tendo em conta todo o circunstancialismo envolvente, se verifique que efectivamente naquele caso a conduta era apta a produzir o perigo, não se exigindo a verificação em concreto do perigo. O que significa que poderá haver situações em que, apesar de em abstracto a conduta se afigurar perigosa, a conduta em concreto não foi apta, idónea, a produzir qualquer perigo. Ou seja, se estivéssemos perante um crime de perigo abstracto o agente era punido (a conduta tinha sido considerada perigosa em abstracto, independentemente do facto de aquela concreta conduta não se afigurar perigosa dado o circunstancialismo especial que a

55. Roxin refere-se aos crimes previstos nos §§ 130 (instigação ao ódio) e 166 (ofensa a culto, comunidade religiosa ou associação ideológica) em que as condutas devem ser aptas a perturbar a paz pública (*Strafrecht...*, § 11, nm. 128.

56. Cf. Hoyer, Andreas, *Die Eignungsdelikte*, Berlim: Dunker & Humblot, 1987.

57. Paulo Sousa Mendes vai mais longe e considera que então nesta situação estaríamos perante um crime agravado pelo resultado: "Claro que a ocorrência efectiva de qualquer resultado (de perigo concreto ou de dano), contanto que seja causado pelo agente (de uma forma que lhe seja objectivamente imputável), serve logo de demonstração cabal da perigosidade da própria acção e, ademais, dá lugar à responsabilização do agente pelo correspondente crime agravado pelo resultado (se estiver previsto)" – *Vale a pena o direito penal do ambiente?*, Lisboa: AAFDL, 2000, p. 120 (ainda sobre esta matéria, cf. entre nós, Augusto Silva Dias, "Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)", *RPCC*, 1998, p. 515 e ss, em especial, p. 520-5).

envolvia); se o crime for construído sob a forma de crime de aptidão o agente não é punido, dado que aquela conduta não era idónea à produção daquele perigo. Se, pelo contrário, se tratar de um crime de perigo concreto poder-se-ia concluir que a conduta em abstracto era perigosa, em concreto era idónea a produzir o perigo, mas o perigo concreto não se chegou a verificar e o agente não é punido.[58]

Os crimes de perigo concreto têm sido considerados como crimes de resultado de perigo, embora se justifique esta designação devido ao facto de o tipo exigir que, em concreto, se verifique um *perigo para o bem jurídico*. Mas os crimes de perigo concreto também se caracterizam pelo facto de serem aqueles em que a conduta do agente cria um perigo para o objecto de acção, perigo este que constitui o efeito da conduta sobre o objecto de acção e é espacio-temporalmente distinto da acção.

Nos crimes de perigo abstracto podemos ter ou uma situação em que não há objecto de acção, tratando-se de um crime de mera actividade (quanto à conduta); ou há um objecto de acção e a conduta cria um perigo concreto para o objecto de acção, e neste caso ou o legislador deu relevo a este perigo concreto e construiu o tipo exigindo a sua verificação para que o agente seja punido, ou o legislador pretendeu antecipar a tutela penal (como parece ser a norma neste tipo de crimes) e o perigo concreto para o objecto de acção é irrelevante, por não fazer parte do tipo. No que se refere aos crimes de perigo abstracto-concreto parece tratar-se de crimes de mera actividade, sendo certo que a classificação enquanto crime de perigo abstracto-concreto tem por base apenas o efeito da conduta sobre o bem jurídico.

No que se refere aos crimes de aptidão, a conduta constitui uma fonte de perigo para o bem jurídico, para o objecto de tutela; todavia, nestes crimes o agente só é punido se existir idoneidade da conduta para que dela derive para o objecto de acção a verificação de um resultado material ou de perigo – ou seja, ao lado da conduta ser uma fonte de perigo para o objecto de protecção, *a conduta tem que ser idónea a produzir um efeito lesivo sobre o objecto de acção.*

58. Ou seja, talvez por isto Hoyer considera os crimes de aptidão como uma figura intermédia – cf. *Eignungsdelikte cit.*, p. 63 ss, 95 e ss.

O crime de perigo abstracto-concreto é um crime de aptidão? Consoante a forma como o tipo legal de crime seja construído, pode ser ou não.

Aquilo que caracteriza o crime de aptidão é, por um lado, a criação de um perigo abstracto para o bem jurídico e, por outro lado, a exigência de que a conduta seja apta/idónea a produzir um efeito lesivo (material ou de perigo) sobre o objecto de acção; sendo esta exigência descrita ao nível do próprio tipo de ilícito objectivo.[59] No que se refere ao crime de perigo abstracto-concreto, há a criação de um perigo abstracto para o bem jurídico (motivo que levou o legislador a criar o tipo legal de crime), todavia o agente apenas é punido se se verificar um perigo em concreto para o bem jurídico. Quanto à conduta, é um crime de mera actividade independentemente da idoneidade ou não da conduta para produzir um efeito lesivo sobre o objecto de acção. Todavia, quando há um concreto perigo para o bem jurídico, e se trata de um crime em que a conduta incide sobre um objecto de acção criando um perigo para este, então pode dizer-se que a conduta é idónea a produzir pelo menos um efeito lesivo sobre o objecto de acção. Haverá casos em que o crime de perigo abstracto-concreto tem objecto de acção, e então é um crime de aptidão se o tipo expressamente exigir esta idoneidade;[60] se não exigir, é apenas um crime de perigo abstracto concreto e quanto à conduta um crime de mera actividade.

59. Poderá haver situações em que se trata de um crime de mera actividade com objecto de acção; todavia o efeito que eventualmente se venha a verificar sobre o objecto de acção (o efectivo dano ou o perigo) é no fundo a demonstração de que a conduta era fonte de perigosidade, todavia este resultado (enquanto efeito sobre o objecto de acção espacio-temporalmente distinto desta) não é relevante ao nível do tipo – a não ser para efeitos de desistência relevante, permitindo distinguir a consumação formal da consumação material/terminação; nos casos em que a verificação deste resultado possa ser relevante então o legislador deve construir crimes agravados pelo resultado (seguindo aqui a ideia de Paulo Sousa Mendes, *Vale a pena um direito penal do ambiente loc. cit. supra*).

60. Pode-se então dizer que a tipificação de um comportamento como um crime de aptidão pode limitar o âmbito de tutela penal de forma a não considerar, por exemplo, um crime contra o ambiente simplesmente como crime de desobediência a regras de carácter administrativo, mas como crime em que esta desobediência só se transforma em conduta censurável juridico-penalmente se de algum modo for idónea a lesar o bem jurídico.

## 5. O resultado nos crimes negligentes

Também ao nível dos crimes negligentes a ilicitude é determinada não só em função do desvalor de acção, como em função do desvalor de resultado.

Para alguns,[61] o desvalor de acção é avaliado em função de uma violação de um dever objectivo de cuidado, devendo, no entanto, ter-se em conta a cognoscibilidade do resultado ou do perigo. Para outros,[62] o desvalor de resultado é essencial ao nível dos crimes negligentes, pois sem ele não há sequer ilicitude da conduta.

Entre nós, Faria Costa considera que, ao nível dos crimes negligentes, não só o desvalor de dano/violação mas também o desvalor de resultado de perigo integram a ilicitude dos crimes negligentes, constituindo o resultado (material) a consolidação do próprio desvalor de perigo.[63] Um pouco numa linha semelhante, Fiandaca e Musco[64] consideram que o evento, nos crimes

61. Por exemplo, Quintero OLIVARES, *Curso de Derecho Penal cit.*, p. 300-1 (Todavia, considera que a previsibilidade ou não do resultado não é elemento bastante para afirmar se o comportamento é ou não prudente; este elemento apenas nos diz se se trata de uma negligência consciente ou inconsciente; o relevante é a violação ou não de uma norma de cuidado). Na doutrina alemã, entre outros, MAURACH/ZIPF, *Strafrecht cit.*, p. 218.

62. Assim, Luzón Peña considera que em certas circunstâncias o resultado é que nos permite qualificar certas condutas como condutas negligentes, ou seja, parece que é o resultado que constitui o requisito que nos permite qualificar a vertente subjectiva do tipo – *Derecho penal cit.*, p. 337 – o que aliás está de acordo, com a ideia de que a ilicitude é gradual em função do desvalor do facto e em função do desvalor de acção, consoante o agente actue com dolo, com negligência ou com uma combinação dolo-negligência (*idem*, p. 342-3). Já no âmbito da doutrina alemã Jeschech nos diz que a ilicitude não se esgota com o desvalor do resultado e constitui também parte integrante da ilicitude o *modo* e a *forma* de realização do facto (*Lehrbuch*, p. 239-240).

No entanto, no âmbito da doutrina alemã Jescheck considera que o conteúdo da ilicitude da violação do dever de cuidado nos crimes negligentes não se vê aumentada nem diminuída pela produção ou não do resultado (JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*... cit., p. 582). Mas, isto não faz com que se deva considerar o resultado como mera condição objectiva de punibilidade dado que aquela violação do dever de cuidado deve projectar-se no resultado (*idem*, p. 530).

63. *O Perigo*..., p. 503-4.

64. *Diritto Penal cit.*, p. 501.

negligentes, constitui uma concretização do risco que a norma de conduta violada pretendia prevenir.[65]

Certo é que, para muitos, a punição a título de negligência apenas pode ocorrer nos designados crimes de resultado, exigindo a produção de um efeito previsto no tipo legal de crime derivado da conduta do agente.[66] Perante o nosso Código Penal, podemos igualmente afirmar que apenas se pune o comportamento negligente em condutas tipificadas no âmbito de um crime material ou de resultado? Não me parece. O art. 292º (condução de veículo em estado de embriaguez ou sob influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas[67]) constitui um crime de perigo abstracto[68] punido a título de negligência.[69] Isto não significa que não se trate de um crime material atendendo à classificação do tipo em função da

65. Armin Kaufmann defende que ao nível dos crimes negligentes se deve manter a exigência de resultado no seu sentido "clássico" – *Strafrechtsdogmatik... cit. supra*, p. 148 e 275 – embora acabe por defender que no âmbito das "lesões de cuidado" fosse vantajoso criar crimes de perigo abstracto: *idem*, p. 149.

66. Na doutrina alemã, cf., por exemplo, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*...cit., p. 515; STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht AT I*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2000[4], § 15, nm.57; TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze – Kurz Kommentar*, 2003[51], § 22, nm.2; embora se considere que no regime alemão outra não podia ser a interpretação tendo em conta a redacção do § 22 do StGB que se refere expressamente à representação do facto pelo agente. No entanto, esta tem sido, igualmente, a posição da doutrina portuguesa, invocando o requisito da "decisão" exigido no art. 22º, n.º 1 – cf. entre outros, Figueiredo DIAS, *Direito Penal* (Sumários e notas das lições ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-76), Coimbra, 1976 (ed. policopiada), p. 13 s. Contra a possibilidade de punição da tentativa nos casos de dolo eventual cf. Faria COSTA, *Tentativa e Dolo Eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*, Coimbra: BFDUC (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia), separata, 1987.

67. "1. Quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada, com uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição. 2. Na mesma pena incorre quem, pelo menos por negligência, conduzir veículo com ou sem motor, em via pública ou equiparada, não estando em condições de o fazer com segurança, por se encontrar sob influência de estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo perturbadores de aptidão física, mental ou psicológica".

68. Neste sentido, Paula Ribeiro de FARIA – cf. *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, dir. Jorge de Figueiredo Dias, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, art. 292º, § 2.

69. Cf. Paula Ribeiro de FARIA, *Comentário... cit.*, art. 292º, § 9, 10.

conduta. Todavia, desde logo poderíamos aqui problematizar a punibilidade de um crime de perigo a título negligente (dado que não se trata de uma solução pacífica no âmbito da doutrina). Mas, por exemplo, no âmbito da doutrina alemã, Jescheck admite a existência de crimes negligentes de perigo a partir de um duplo conceito de perigo. Assim, temos, por um lado, uma violação de um dever de cuidado que exige que a acção tenha criado um perigo para o bem jurídico protegido e, por outro lado, "o resultado consiste precisamente no facto de um determinado objecto de acção ter sido posto em perigo pela inobservância do cuidado".[70] Trata-se, no entanto, de dois conceitos de perigo: um em relação à perigosidade da própria acção (perigo abstracto) e outro em relação à colocação em perigo de um objecto de acção (perigo concreto).

Decisivo é o facto de o crime de condução de veículo em estado de embriaguez constituir um crime de mera actividade;[71] na verdade, não se vislumbra qualquer objecto de acção, nem mesmo um efeito distinto separável da conduta punida.[72]

Tudo isto nos permite dizer que, pelo menos no âmbito do nosso Código Penal, existe a previsão de um crime de mera actividade em que o agente pode ser punido mesmo que tenha actuado simplesmente com negligência.[73]

70. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch... cit*, p. 583.

71. Paula Ribeiro de Faria não o afirma expressamente; todavia, em sede de tentativa, acaba por dizer que a acção tentada configura já uma consumação, justificando o facto com a caracterização do tipo como sendo de crime de perigo abstracto (*Comentário... cit.*, art. 292º, § 13).. Não será por se tratar de um crime de mera actividade?

No âmbito da doutrina alemã, Jescheck parece admiti-los – cf. *Lehrbuch... cit*, p. 589, assim como Stratenwerth – *Strafrecht AT* cit., p. 409.

72. Caso se verifique, por exemplo, um efeito de perigo concreto para a vida ou integridade física de outra pessoa, será aplicado o disposto no art. 291º ("1. Quem conduzir veículo, com ou sem motor, em via pública ou equiparada: a) Não estando em condições de o fazer com segurança, por se encontrar em estado de embriaguez ou sob a influência de álcool, estupefacientes (...); ou b) Violando grosseiramente as regras de circulação rodoviária (...) e criar deste modo perigo para a vida ou para a integridade física de outrem (...), é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa") (cf. *Comentário... cit.*, art. 292º, § 15).

73. Figueiredo Dias afirma que "o tipo de ilícito negligente considera-se preenchido por um comportamento sempre que este discrepa daquele que era *objectivamente* devido em uma situação de perigo para bens jurídico-penalmente relevantes, para deste modo se evitar uma viola-

Sabendo, no entanto, que o resultado assume um papel de relevo ao nível dos crimes negligentes, isto apenas significa que, em grande número de tipos legais de crime, o comportamento tipificado exige a verificação de um resultado enquanto efeito da conduta sobre o objecto de acção; trata-se, pois, normalmente, de situações tipificadas segundo o modelo dos crimes materiais ou de resultado. Todavia, como vimos, haverá casos em que a mera conduta negligente já é punida; o que não significa que não haja desvalor de resultado enquanto lesão ou colocação em perigo do objecto de protecção.

## 6. O resultado no "direito penal da sociedade de risco"

O actual paradigma penal[74] baseia-se num primado da política criminal, tendo o direito penal exclusivamente por função a protecção subsidiária de bens jurídicos-penais – "fundamentais à vida comunitária e ao livre desenvolvimento da pessoa"[75] – e tendo exclusivamente finalidades de prevenção geral positiva ou de integração e de prevenção especial positiva ou de socialização. No que se refe-

ção juridicamente indesejada. O tipo de ilícito do facto negligente não deixa pois, em caso algum, integrar-se completamente pela mera *causação de um resultado*" (*Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 353); mas não basta isto, é ainda necessária uma violação de um dever objectivo de cuidado que impende sobre o agente e que o conduziu à produção do resultado típico. Mas este resultado típico é um resultado material ou pode ser um resultado de perigo sobre o objecto de acção?

74. Sobre as possíveis consequências da sociedade de risco no Direito Penal, cf., entre nós, os importantes trabalhos de Figueiredo DIAS, "O direito penal entre a «sociedade industrial» e a «sociedade de risco»", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 583 ss; *idem*, "Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente. Um quarto de século depois", *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 376 ss; *idem*, "O papel do Direito Penal na protecção das gerações futuras", *Boletim da Faculdade de Direito (volume comemorativo)*, Coimbra, 2002 (separata); com uma perspectiva diferente, cf. de Faria COSTA, entre outros, "O fenómeno da globalização e o direito penal económico", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 531 ss; "A linha (algumas reflexões sobre a responsabilidade em um tempo de "técnica" e da "bioética", *O Homem e o Tempo (Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira)*, Porto: Fundação Eng. António de Almeida, 1999, p. 397-411.

75. Figueiredo DIAS, "O direito penal entre a «sociedade industrial» e a «sociedade de risco»" cit., p. 586.

re ao meu problema, e dada a íntima relação entre, por um lado, a noção de bem jurídico e, por outro lado, o reflexo desta noção na distinção em relação ao objecto de acção, em que medida as exigências da "sociedade de risco" (Ulrich Beck) influirão na noção de bem jurídico?

Segundo Hassemer, aquilo que caracteriza o direito penal a partir da década de 60 é o facto de se tratar de um direito voltado para as consequências; fundamentalmente dirigido para a protecção do bem jurídico, com finalidades de prevenção geral e especial.[76] Parece, então, nas palavras deste penalista que o direito penal orientado para a protecção do bem jurídico vai desaparecer, e com isto a referência do direito penal ao "dano". Em vez de lesão de bem jurídico fala-se em risco,[77] em vez de dano fala-se em perigo – nas palavras de Hassemer "hoje não podemos esperar que a criança caia no poço, é preciso antes prevenir".[78]

76. HASSEMER, Winfried, *História das ideias penais na Alemanha do Pós-Guerra*, Lisboa: AAFDL, p. 1995, p. 42 ss – todavia, segundo o Autor estas ideias não têm mais condições de prosseguir. Aliás, são as próprias mudanças da sociedade que têm imposto que a dogmática penal esteja ocupada não tanto com problemas relativos ao tipo penal como outrora, mas sim com problemas relativos às diversas constelações ao nível da imputação (*idem*, p. 72).

77. Elucidativo disto mesmo é o título do § 2, VII em ROXIN, *Srafrecht...cit.*: "Direito penal de perigo, direito penal de risco e o futuro do direito penal: o fim da protecção dos bens jurídicos?". Sobre os problemas do direito penal perante a sociedade de risco, cf, por todos, PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1991.

78. HASSEMER, Winfried, *História...*, p. 77-8. E assim é fácil chegar à conclusão que Hassemer chega – "Há muitas razões para se supor que os problemas "modernos" da nossa sociedade levarão ao aparecimento e ao desenvolvimento de um direito de intervenção correspondentemente "moderno": na zona de fronteira entre o direito administrativo, o Direito Penal e a responsabilidade civil por actos ilícitos. (...) sem problemas de imputação, sem pressupostos da culpa, sem um processo meticuloso – mas, então, também, sem a imposição de penas criminais" (*idem*, p. 82) Com uma posição idêntica cf. SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de le política criminal en las sociedad postindustriales*, 2001². Sobre a transformação do Direito Penal em um Direito Penal simbólico, cf. ROXIN, *Strafrecht...cit.*, § 2, nm. 2; HASSEMER, "El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz"", *Doctrina Penal*, ano 13, n.º 49-52, pp. 193-203. Contra a não utilização do Direito Penal para a resolução dos novos riscos integrantes desta nossa sociedade, cf. STRATENWERTH, que propõe a "criação de normas de conduta dirigidas ao futuro" – "Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?", *ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)*, 1993, p. 679-696.

E é neste contexto que nos questionamos quanto à importância do "resultado" perante este novo (?) contexto.

Sendo certo, no entanto, que partilhamos da ideia de que estas novas realidades não vão necessariamente fazer desaparecer o bem jurídico-criminal como núcleo essencial do direito penal.[79] Mas, não já numa perspectiva demasiado minimalista do bem jurídico referida exclusivamente aos bens jurídicos individuais e numa concepção exclusivamente antropocêntrica, mas numa perspectiva que integre também como referente do direito penal os "autênticos bens jurídicos sociais, trans-individuais, transpessoais, colectivos"[80] com o mesmo nível de exigência tutelar autónoma.

Sabendo que o maior ou menor relevo dado ao desvalor de acção e ao desvalor de resultado depende da função que se dá ao direito penal,[81] cabe-nos agora tentar analisar em que medida a noção de resultado está a ser modificada de acordo com as exigências impostas ao direito penal pela sociedade de risco, ou por este "mundo imundo" (nas palavras de Faria Costa[82]) onde o sujeito não é mais o centro do universo jurídico. Na verdade, podemos considerar que, aumentando a previsão de crimes de perigo abstracto tendo em conta as exigências da sociedade actual, então parece que o desvalor de acção passa a ter um relevo maior.[83] Porém,

79. Assim, entre nós, cf. Figueiredo DIAS, "Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente", cit..

80. Segundo Figueiredo Dias o facto de aquilo que caracteriza a "sociedade de risco" ser uma cada vez mais ténue relação entre a conduta criminosa e o resultado, isto não implica necessariamente a alteração dos critérios de imputação, devendo ser, no entanto, cada vez mais um critério de criação ou potenciação do risco – "O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade e risco'" cit., p. 603.

81. Assim, García Pablos de Molina, *Derecho Penal. Introducción*, p. 85 ss; ver também SILVA SANCHÉZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992, p. 298 ss.

82. Para Faria Costa a sociedade de risco é uma criação nominalista de um sociólogo alemão sem uma densidade específica. A ideia da sociedade de risco é uma ideia afunilada da sociedade, redutora do mundo ao imundo. Pelo que, o tempo de hoje não vai ficar um tempo de risco. Na verdade, a informação e proliferação de poderes são os elementos caracterizadores do nosso tempo. (*Programa de doutoramento*, ano lectivo 1999/2000, FDUC).

83. Neste sentido, Luzón PEÑA, *Derecho penal cit.*, p. 337.

se, por um lado, as exigências da sociedade actual impõem uma nova compreensão do bem jurídico a partir de uma concepção menos antropocêntrica e se legitimam a punição de delitos contra bens jurídicos colectivos, nada impõe que a tipificação destas condutas seja realizada necessariamente através de tipos de crime de perigo abstracto.[84]

Considerando que perante as exigências actuais podemos dizer que a tipificação dos comportamentos criminais passará a basear-se não numa simples ideia de danosidade social, não já em função de um resultado (danoso), mas em função de um critério de risco não permitido. Ou seja, na sociedade de risco, o desvalor do comportamento é apreendido socialmente antes mesmo da sua consubstanciação num resultado.[85]

Mas aquela construção dualista do bem jurídico traz algumas dificuldades à sua distinção em relação ao objecto de acção? Não me parece. Pensemos num tipo legal de crime como o de poluição (art.[86] 279º) onde, na verdade, o bem jurídico protegido se integra nesta concepção e ainda podemos dizer que existe um objecto de acção, e um resultado. Na verdade, parece fácil distinguir, em crimes como este, entre um resultado enquanto efeito derivado da conduta sobre o objecto de acção,[87] e o resultado em sentido jurídico enquanto lesão do bem jurí-

84. Assim, Figueiredo Dias, "O papel do direito penal na protecção das gerações futuras", *BFDUC (Volume Comemorativo dos 75 anos)*, Coimbra, 2002 (separata).

85. Numa certa concepção, estas ideias poderiam ser contraditórias visto que por um lado, dizemos que não conseguimos controlar os resultados e, por outro lado, pedimos mais intervenção ao direito penal. Parece-me que isto só é contraditório se, por um lado, continuarmos a afirmar o primado do desvalor de resultado e se, por outro lado, continuarmos a negar a responsabilidade relativamente às gerações futuras.

86. "1. Quem, em medida inadmissível: a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades; (...) é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias. (...) 3. A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores de emissão ou da imissão poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo".

87. Talvez por isso Anabela Rodrigues tenha considerado que se trata de "crime de desobediência, que implica um dano para o ambiente" (*Comentário...*, cit., tomo II, art. 279º, § 46). Atentas as

dico – neste caso o resultado enquanto *lesão* do bem jurídico, dado que se trata de um crime de perigo abstracto,[88] não existe.

## 7. Um duplo conceito de resultado

Numa certa acepção do conceito de resultado, este constitui *o efeito da conduta sobre o objecto de acção*.[89] E o objecto de acção deve ser distinguido do bem jurídico protegido pelo tipo, de modo que alguns tipos legais de crimes, apesar de terem em vista a protecção de um certo bem jurídico, não têm qualquer objecto de acção.[90]

dificuldades de caracterização do tipo legal como um crime de dano ou um crime de perigo Anabela Rodrigues caracteriza-o como um crime de desobediência "às prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente" que "visa proteger *directamente* o ambiente" (*idem*, §§ 24 e 35).

88. Embora sem o afirmar expressamente Figueiredo Dias acaba por concluir que nos crimes contra o ambiente quando analisada cada acção em relação à lesão do bem jurídico, estas acções, isoladamente, não são perigosas nem significativas tendo em conta a relação entre a lesão do bem jurídico e a multiplicidade de acções, "todavia contribuem poderosamente" para a lesão do bem jurídico – e, por isso, se enquadra este tipo de crimes nos chamados crimes cumulativos (cf. Figueiredo DIAS, "El delito ecológico desde la prespectiva del Código Penal português? Hacia una nueva dogmática jurídico-penal?", artigo cedido gentilmente pelo autor, p. 20 do manuscrito*). Trata-se de situações em que se verifica uma enorme distância entre a conduta e o resultado lesivo seja ele um resultado material ou de perigo o que leva Figueiredo Dias a concluir que "é a própria referência da conduta ao bem jurídico protegido que se torna questionável" – "O papel do direito penal..." cit., p. 14 – e daí admitir neste âmbito uma categoria de delitos com uma natureza análoga à da categoria dos delitos de perigo abstracto. Mas é exactamente neste contexto que Figueiredo Dias expressamente fala em relação naturalística entre acção e objecto de acção e relação normativa entre acção e bem jurídico. Dada a distância aqui existente entre a acção e o bem jurídico "aqui se depara, de modo incontornável, com a necessidade de considerar muitas das ofensas colectivas jurídico-penalmente relevantes dentro dos tipos chamados aditivos ou cumulativos", sendo certo que "a sua punição só se revelará legítima se as condutas que venham somar-se à do agente (...) forem, mais que *possíveis*, indubitavelmente *previsíveis* e *muito prováveis* para não dizer certas" (*ob. cit.*, p. 14-5, itálico do autor).

89. Uma parte da literatura pretende distinguir os crimes de dano dos crimes de perigo exactamente tendo por base a lesão ou colocação em perigo do objecto de acção – assim, entre outros, JESCHECK/WEIGEND, *ob. cit. supra*, p. 263 s; ROXIN, *Strafrecht cit.*, § 10, nm. 122 s. Mas, é claro, que o que é decisivo para esta classificação é o facto de a conduta lesar ou colocar em perigo de lesão o bem jurídico; na verdade, aquele critério já conduziu ao absurdo (segundo STRATENWERTH, *Strafrecht AT* cit., p. 103) de classificar o crime de incêndio (grave), previsto no § 306a I do StGB, como um crime de dano.

90. Stratenwerth defende ainda a ideia de que o conceito de objecto de acção não deve ser entendido de forma demasiado restrita, não deve ser entendido simplesmente como a modificação exterior do substracto material do bem jurídico, mas também como a produção de um certo dano

Quando se faz a distinção entre crimes materiais e crimes formais, é com base neste conceito de resultado– isto é, enquanto *efeito/consequência que se produziu sobre o objecto de acção, um efeito espacio-temporalmente distinto da acção, mas não necessariamente um resultado em sentido naturalístico*; este efeito, ou é uma modificação material ou é um perigo para a pessoa, um perigo de vida, por exemplo, um perigo de lesão corporal etc. E, portanto, é preciso estabelecer uma relação de causa-efeito entre a conduta do agente e o efeito que se produziu sobre o objecto de acção. Só quando o efeito que se produziu sobre o objecto de acção deriva daquela conduta é que podemos dizer que aquele resultado é imputado àquele agente.

Ao distinguir entre o crime de perigo e o crime de dano, a distinção é feita em função da análise do crime, a partir da forma como este protege o bem jurídico; e a conduta do agente tipificada no tipo ou é lesiva do bem jurídico ou é perigosa para o bem jurídico.

No que respeita aos crimes de perigo concreto, há um resultado (enquanto efeito ou consequência da conduta sobre objecto de acção) porque há um efeito sobre o objecto de acção. No entanto, o resultado não é o perigo para o bem jurídico, o resultado é o perigo para a pessoa, por exemplo.

Isto permite dizer que no âmbito dos tradicionalmente designados crimes materiais devemos fazer uma distinção entre o que se poderia designar por crimes materiais ou de resultado em sentido estrito – enquanto crimes cuja conduta produz um efeito material sobre o objecto de acção e cujo efeito é distinto

imaterial. O que o leva a concluir que nos crimes contra a honra não basta o facto de alguém proferir uma expressão difamatória, é ainda necessário que alguém a ouça e a perceba – só com este último requisito o crime estaria preenchido (*ob. cit.*, p. 102). É certo que também entre nós não basta proferir uma expressão difamatória é ainda necessário que esta seja proferida perante terceiro (no caso da difamação) ou perante a própria pessoa ofendida (no caso das injúrias). Todavia, isto faz parte da caracterização típica da conduta. Quanto a mim isto não transforma estes crimes em crimes de resultado, tendo em conta a classificação em função da conduta (além de que, da conduta não deriva um efeito espácio-temporalmente distinto dela). É claro que com a simples expressão difamatória a vítima fica lesada. Todavia, esta lesão não é um resultado (enquanto efeito distinto de uma acção); o que se verifica é a lesão do bem jurídico e, por isso temos um crime de dano; classificação esta que não deve ser confundida com a anterior.

espacio-temporalmente da conduta que o desencadeou – e crimes materiais de perigo ou crimes de resultado de perigo – enquanto crimes cuja conduta produz um efeito não material, um perigo, sobre o objecto de acção.

No que respeita aos crimes de perigo abstracto (por exemplo, o crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, art. 292º do CP) na maior parte das vezes são crimes sem objecto de acção e de mera actividade,[91] uma vez que se pune a conduta em si mesma, sem que esta se exerça sobre qualquer objecto de acção. No entanto, por exemplo, no que se refere ao crime de falsificação de documentos (art. 256º) temos perante nós um crime de perigo abstracto (quanto ao bem jurídico) com um objecto de acção – o documento[92] – e, neste caso especial, quanto ao resultado estamos perante um crime de resultado em sentido estrito.[93]

Assim, na distinção entre crimes materiais e crimes formais, o importante é o resultado (enquanto elemento do tipo, enquanto resultado típico) entendido como efeito sobre o objecto de acção. Tendo em conta o efeito da conduta sobre o objecto de acção temos crimes materiais em sentido amplo (crimes de resultado em sentido estrito e crimes com um efeito de perigo sobre o objecto de acção) e crimes formais ou de mera actividade.

Daqui decorrem várias interrogações:

Todos os crimes de perigo abstracto são crimes sem resultado (entendido como efeito sobre o objecto de acção)? Não; porque há crimes de perigo abstracto com objecto de acção como, por exemplo, o de falsificação de documentos – o objecto de acção é o documento como meio de prova; é um crime material ou de

91. São crimes sem resultado o que não significa que não haja desvalor de resultado. Na verdade, a conduta apenas pode ser considerada ilícita quando é lesiva ou perigosa para o objecto de protecção, para o bem jurídico. Quando nos referimos ao desvalor de resultado estamos com um outro conceito de resultado enquanto lesão ou colocação em perigo do bem jurídico protegido pelo tipo.

92. Igualmente neste sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht cit.*, p. 101.

93. E assim se pode dizer que com a simples falsificação se verifica a consumação formal, havendo consumação material quando o documento falsificado é colocado no tráfico jurídico (para mais desenvolvimentos, cf. *O crime de falsificação de documentos cit. supra*, p. 29-31).

resultado quanto à conduta, mas um crime de perigo quanto ao bem jurídico.[94] Este é um caso de um crime de perigo abstracto *com* resultado.[95]

Todos os crimes de perigo abstracto são crimes com resultado? Não; porque uns são crimes sem resultado e são crimes de mera actividade, sem objecto de acção e sem resultado; outros, excepcionalmente, têm resultado.

Todos os crimes de mera actividade são crimes sem objecto de acção? Não; porque nuns casos a conduta não tem um objecto de acção, enquanto pessoa ou coisa sobre que se exerce a actividade criminosa, ou manifestação real da noção abstracta de bem jurídico (nas palavras de Figueiredo Dias); será, por exemplo, o caso do crime de condução de veículo em estado de embriaguez. Noutros casos, o crime de mera actividade tem objecto de acção, embora da conduta não derive um efeito sobre aquele objecto de acção, espacio-temporalmente distinto da acção. Por exemplo, o crime de violação de domicílio[96] parece ser um crime de mera actividade com objecto de acção – a habitação.[97]

Há, pois, crimes de mera actividade com objecto de acção, mas não são crimes de resultado uma vez que o resultado não faz parte do tipo.[98] Quanto ao ao bem jurídico podem ser crimes de perigo ou crimes de dano.

94. Já Eduardo Correia dizia que havia crimes que eram formais considerado o resultado final que se pretende evitar, violação do bem jurídico, mas crimes materiais considerado o facto (modificação exterior) que põe em perigo o bem jurídico (*Direito Criminal*, I, p. 228).

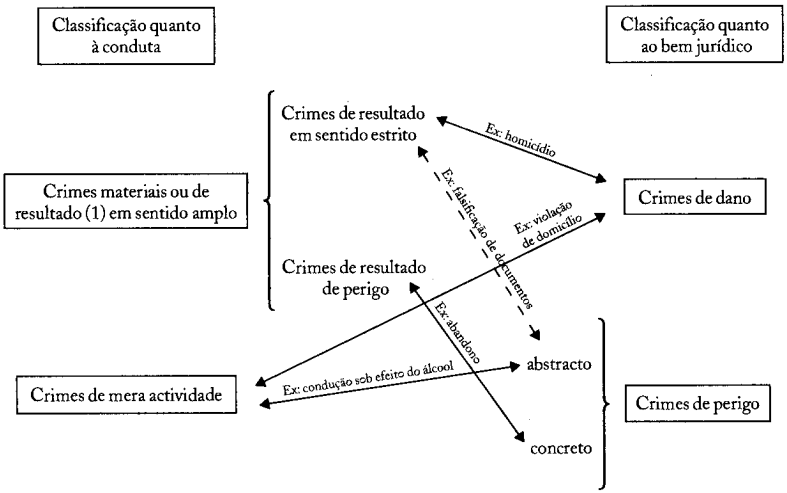
95. Igualmente no mesmo sentido, embora considerando que se deve construir um terceiro conceito de resultado circunscrito aos crimes que protegem bens jurídicos supra-individuais uma vez que nestes este resultado não incide sobre o substrato material do bem jurídico, cf. CORCOY BIDASOLO, *Delito de peligro... cit.*, p. 132 ss e 165 ss. Neste tipo de crimes primeiro dever-se-á imputar o resultado à conduta e a este resultado deverá ser imputada a idoneidade para afectar o bem jurídico.

96. Art. 190º, n. 1 do CP português: "Quem, sem consentimento, se introduzir na habitação de outra pessoa ou nela permanecer depois de intimidado a retirar-se é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias".

97. Cf. Costa ANDRADE, *Comentário...*, art. 190º, § 14. Perante o preceito análogo no Código penal alemão (§ 123), Jescheck considera que a conduta afecta o objecto de acção, todavia este efeito não é identificado como resultado típico (*Lehrbuch...*, p. 237).

98. Apesar de o resultado não fazer parte do tipo ainda se torna relevante em sede de tentativa, dado que o crime está (formalmente) consumado com a simples actividade, todavia resultado é

Sintetizando e concluindo:




(1) Resultado: efeito sobre o objecto de acção e desta distinto espácio-temporalmente

O crime de perigo concreto não é um crime de resultado de perigo porque colocou em perigo o bem jurídico protegido pelo tipo (isto apenas é relevante na classificação do tipo legal de crime em função do bem jurídico); o crime de perigo concreto, quanto à conduta, é um crime de resultado de perigo dado o efeito que a conduta produz sobre o objecto de acção. Ou seja, a noção de resultado apenas é relevante em sede de distinção entre crimes materiais e crimes formais. No âmbito da classificação entre crimes de dano e crimes de perigo o relevante é o efeito sobre o bem jurídico. E a partir da concepção actual de bem jurídico a distinção entre este e o objecto de acção terá que ser realizada.

relevante em termos de consumação material (ou terminação) e portanto em sede de desistência, nos termos do art. 24º do CP ("1. A tentativa deixa de ser punível quando o agente voluntariamente desistir de prosseguir a execução do crime, ou impedir a consumação, ou, não obstante a consumação, impedir a verificação do resultado não compreendido no tipo").

Nos casos em que o resultado faça parte do tipo já não estamos perante um crime de mera actividade, mas perante um crime material ou de resultado (em sentido estrito ou resultado de perigo conforme seja relevante tipicamente a lesão do objecto de acção ou simplesmente o efeito de perigo sobre o objecto de acção).

De tudo o exposto posso concluir que o conceito de resultado tem sido utilizado fundamentalmente com dois significados distintos: ou com o seu significado material ou com o seu significado técnico-jurídico. Na verdade, é comum na doutrina italiana distinguir-se entre o evento em sentido naturalístico, e o evento em sentido jurídico.[99] No que se refere ao resultado naturalístico tem sido entendido como o efeito distinto da acção, sendo certo que este elemento pode ser constitutivo do crime, elemento de agravação ou condicionante.[100]

Ponto é saber se o legislador, quando o utilizou nos diferentes dispositivos existentes no nosso ordenamento jurídico, disso teve consciência, ou apenas o

99. Por exemplo, PADOVANI, Tullio, *Diritto Penale*, Milano: Giuffrè Editore, 2002⁶, p. 113-6; MAZZACUNA, Nicola, "Evento", *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. IV, Torino: UTET, 1994, p. 445 ss, em particular, p. 451; SANTAMARIA, Dario, "Evento (diritto penale)", *Enciclopédia del Diritto*, vol. XVI, 1967, p. 118 ss, em particular, p. 118-9; CARACCIOLI, Ivo, "Evento", *Enciclopédia Giuridica*, vol. XIII, Roma, 1989.

100. Assim, PADOVANI, *Diritto penale cit.*, p. 114. O autor apesar de considerar o evento naturalístico como "um *quid* externo ao agente, incidindo sobre a realidade fenoménica e provocado pela acção ou omissão" considera que este não constitui um elemento *obrigatório* do crime e assim distingue entre crimes de mera conduta e crimes de resultado. Mas acaba por distinguir entre resultados ofensivos e não ofensivos, dando como exemplo destes últimos a destruição de uma coisa para conseguir o seguro – ora a destruição da coisa representa um resultado da conduta causalmente criado, todavia não exprime a ofensa em relação ao património do segurado. Ora, aqui está a possível confusão – fala-se em ofensa do facto em relação ao património, ou seja, tendo por referente o bem jurídico e todavia do que se está a tratar é da classificação do crime em função da conduta sobre o objecto de acção. E por isto acaba por distinguir entre resultado ofensivo (*evento offensivo*) e resultado não ofensivo (*evento non offensivo*), integrando no resultado ofensivo não só o evento de dano como o evento de perigo – segundo o grau de ofensa ao interesse protegido. Sendo certo, no entanto, que o resultado em sentido jurídico constitui aquele "a partir do qual se diz que um certo acto produziu a lesão ou colocação em perigo do bem tutelado" (*ob. cit.*, p. 115). Esta confusão já não parece existir em Marinucci e Dolcini (e para nos mantermos na doutrina italiana), por exemplo. Na verdade, estes autores consideram que faz parte do facto penal, entre outros elementos, o resultado (enquanto acontecimento temporal e espacialmente separável da conduta e por esta causado) e a *offesa* (enquanto ofensa ao bem jurídico protegido pela norma incriminatória, sob a forma de dano ou de perigo), afirmando ainda que haverá situações em que o crime é apenas constituído por uma acção ou omissão perigosas (que serão os crimes de mera actividade) e outros já serão integrados por uma conduta e um resultado, sendo os crimes de resultado (*reati di evento*) – cf. *Corso di Diritto Penale*, I, Milano: Giuffrè 2001³ p. 628-9; igualmente, FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo, *Diritto Penale Parte Generale*, 3.ª ed. 2002 (reimpressão), p. 191-4, embora estes autores continuem a fazer uma distinção entre resultado em sentido naturalístico e em sentido jurídico, sendo o primeiro a concretização, materialização da ofensa causada ao bem jurídico.

utilizou com o seu significado mais comum e imediato, enquanto consequência distinta da acção e desta autonomizável sensorialmente. Na verdade, parece ser esta a única acepção do termo "resultado" para efeitos do nosso Código Penal (tanto mais que em algum dispositivos se refere expressamente ao "resultado típico" enquanto elemento do tipo de ilícito). Urge, pois, interpretar estes dispositivos à luz deste duplo conceito de resultado, e assim verificar se muitos deles não terão um âmbito diferente daquele que o legislador teria pretendido – trata-se, no entanto, de um problema que deve ser analisado num trabalho autónomo.

# O sistema prisional face às organizações criminosas: um olhar a partir da constituição penal global

Jorge Carlos Fonseca

Antigo Assistente Graduado e Regente de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Lisboa. Presidente das Comissões de Reforma do Código Penal e do Código de Processo Penal de Cabo Verde. Autor material do Anteprojecto de Lei de Execução das Sanções Criminais de Cabo Verde

**Sumário:** 1. Organizações criminosas e *compressão* de direitos fundamentais: um ponto de partida – 2. Unidade de sentido da *constituição penal global*: uma resposta integrada e inter-activa do sistema penal aos problemas postos pelas redes e organizações criminosas ao mundo penitenciário – 3. Respostas específicas do sistema penitenciário.

**Resumo:** As respostas a dar aos problemas que as redes e as organizações do crime levantam ao sistema prisional deverão ser encontradas no quadro das regras e princípios contidos na *constituição penal* e não, fora dela, muito menos contra ela. As respostas particulares são, em boa medida, condicionadas ou influenciadas pelas respostas a outros problemas que se situam no âmbito estritamente penal ou processual penal ou outro (segurança pública, prevenção geral). Parte decisiva das respostas deve, no entanto, ser encontrada através de medidas específicas com impacto directo nas instituições, no regime e na vida dos estabelecimentos prisionais. Desde logo, porque aqueles efeitos favorecidos por medidas globais e articuladas nos planos penal, processual penal ou da prevenção policial ou social serão potenciados e aprofundados com medidas específicas. Deve rejei-

tar-se qualquer perspectiva que, na preocupação legítima de encontrar um novo paradigma penal capaz de servir de referência geral à adopção de políticas diferentes no âmbito criminal, acaba por esquecer ou minimizar um problema real: o da existência de reclusos que, pela sua manifesta e fundada perigosidade, exigem um regime de internamento mais restritivo e severo que o normal.

Perspectiva que esquece ou minimiza o facto de que há reclusos que exigem internamento em regime fechado, eventualmente em estabelecimento (secção ou módulo) de segurança máxima.

É o princípio de que o a pena não priva o condenado dos seus direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências específicas da respectiva execução, princípio que consideramos integrar a *constituição penal global*, a dar cobertura a uma maior restrição dos direitos do condenado que justifique o internamento num estabelecimento de segurança reforçada. Decisivo é que a afectação àquele regime de internamento se faça rodeada das cautelas e das garantias definidas na Constituição e nas leis, sem esquecer, pois, o respeito pela dignidade da pessoa e os direitos do homem. O regime fechado ou o estabelecimento de segurança máxima importarão, naturalmente, uma maior compressão ao estatuto do recluso, no que toca, por exemplo, ao regime de visitas, de frequência de revistas, de comunicação com o exterior ou de saídas. Mas deve ser assegurado que, ainda em casos destes, as restrições deverão limitar-se ao necessário e serem adequadas e proporcionadas à medida e ao grau de perigosidade manifestada pelo recluso. Propugnamos que a sua aplicação continue a ser marcada pela assunção clara de objectivos e por critérios de legalidade, necessidade, adequação e proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Crime organizado – Sistema prisional.

## 1. Organizações criminosas e *compressão* de direitos fundamentais: um ponto de partida

1.1 Tivemos a oportunidade e o privilégio de, num Livro de Homenagem ao Prof. Figueiredo Dias recentemente editado, abordar o tema do impacto da cha-

mada criminalidade organizada na ordem constitucional dos direitos fundamentais, com natural ênfase no que apelidámos constituição penal num sentido amplo.[1] Abordávamos a questão da necessidade e da medida de compressão daquela constituição exigidas pelos desafios impostos pelo crime organizado, numa perspectiva assumidamente crítica que radicava, em última análise, no princípio do Estado de direito, ou, dito de forma mais concreta e abrangente, no programa político-criminal instituído, no caso, pela Constituição da República de Cabo Verde (CRCV). Compressão que se entendia como solução ditada pela concordância prática de valores conflituantes, entre as exigências impostas pelo Estado de Direito (exangue, desfigurado, se não prestes a fenecer, sem um núcleo irredutível de direitos, liberdades e garantias individuais) e a necessidade, colectiva e inequivocamente sentida, de combater o fenómeno da criminalidade organizada. Solução que arrancava da ideia de que não há direitos fundamentais absolutos e ilimitados na sua efectivação e que o Estado de Direito exige igualmente a protecção de valores institucionais indispensáveis à sua própria subsistência, nomeadamente a viabilização de uma eficaz administração da Justiça.[2] Compressão que também se traduzia numa actualizada compreensão do paradigma penal do Estado de Direito, entendido como tutela subsidiária de bens jurídicos fundamentais, mas igualmente na adequação de mecanismos e instrumentos da coacção penal à nova fenomenologia criminal, tanto no plano interno, quanto no supra-estatal, e que atingia, ou poderia atingir, todas as componentes da *constituição penal global*, incluindo a penal, a processual penal e também a de execução das sanções criminais.[3]

1. "Direitos, Liberdades e Garantias individuais e os desafios impostos pelo combate à 'criminalidade organizada' – Um périplo pelas reformas penais em curso em Cabo Verde, com curtas paragens em Almagro e Budapeste", in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, 157 ss..

2. Neste sentido, Jorge de FIGUEIREDO DIAS, "Para uma reforma global do processo penal português" in Para uma nova Justiça Penal, Almedina, Coimbra, 1983, 206, autor que refere que "também um unilateralismo sistemático no sentido da protecção do arguido ameaçaria o Estado de Direito mesmo nos seus fundamentos...".

3. Cfr. o nosso "Reforma do processo penal e criminalidade organizada", in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Almedina, Coimbra, 2004, 411 ss..

1.2 Naquele mesmo trabalho – que invocamos unicamente por razões de comodidade – dizíamos que não seria preciso fazer uso de uma grande imaginação para verificar que a problemática em causa poderia ser vista ainda noutras incidências para além do direito penal,[4] do processo penal[5] ou do direito penal internacional,[6-7] as que habitualmente merecem mais referência ou estudo. Dizíamos até que a compressão de que vimos falando tinha incidências visíveis, quase óbvias, em muitos casos: escutas telefónicas/ inviolabilidade das comunicações; inversão do ónus da prova/presunção de inocência do arguido; responsabilidade criminal de pessoa colectiva ou da organização criminosa/princípio da responsabilidade individual; revistas e buscas domiciliárias nocturnas/inviolabilidade do domicílio; regime de prémio para os arrependidos/princípio de igualdade; jurisdição penal internacional/princípio de proibição de prisão perpétua ou de duração indefinida; presunções de culpabilidade ou de insuficiência de medidas de liberdade provisória/ princípio da subsidiariedade e excepcionalidade de algumas medidas de coacção; alargamento de prazos de fases processuais/direito a ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

Mas também poderíamos falar do confronto restrições a correspondência, visita, trabalho e outros direitos de reclusos/princípio de manutenção de di-

4. Autoria e participação; responsabilidade penal; concurso de crimes; sistema sancionatório; desistência e arrependimento activo; liberdade condicional; critérios e âmbito material de tipificação; critérios de medida e de escolha da pena; extensão do âmbito de tutela antecipada de bens jurídicos, a partir de crimes de perigo, de empreendimento, de incriminação autónoma de tentativas ou actos preparatórios de outros crimes; regime de construção de tipos qualificados ou privilegiados, etc.

5. Produção de prova; medidas cautelares e de coacção; prazos máximos de realização de fases processuais; meios de prova, admissibilidade de escutas telefónicas e sua medida e âmbito, de agente provocador, de medidas especiais de protecção de testemunhas, etc..

6. Extradição e assistência judiciária; reforço e efectividade das convenções existentes; cooperação na elaboração de políticas criminais; protecção internacional do ne bis in idem; conflitos de competência etc.

7. Veja-se, para além do que recortamos das resoluções do XVI Congresso Internacional de Direito Penal, e sobre a matéria da cooperação internacional penal nas "sociedades de risco", Paulo SILVA FERNANDES, Globalização, "Sociedades de risco" e o futuro do direito penal – Panorâmica de alguns problemas comuns, Coimbra, Almedina, 2001, particularmente 99 ss.

reitos fundamentais do condenado, com ressalva das limitações inerentes ao sentido da condenação. O tratamento da criminalidade organizada poderia impor alterações no regime de direitos dos reclusos (correspondência; visitas; comunicação com o exterior; recreio; saídas; trabalho na prisão e fora dela, etc.), no de classificação dos detidos e regime de internamento e, em geral, no concreto regime de socialização, ou até na política de condições físicas de detenção.

1.3 O que quer significar que tínhamos já a noção de que, apesar de se afirmar uma autonomia do que se pode chamar o direito penitenciário – preferimos falar de direito de execução de sanções criminais –,[8] hoje é aceite a ideia de que ele deve estar vinculado a princípios gerais do direito e do processo penal, nomeadamente no que respeita ao princípio da legalidade e seus corolários, sem esquecer que é no domínio da execução das sanções criminais que, em boa medida, se reflectem (ou não) e se efectivam (ou não) as principais opções de política criminal.[9]

8. Veja-se, sobre a questão, Borja MAPELLI CAFFARENA/Juan TERRADILLOS BASOCO, Las consecuencias jurídicas del delito, tercera edición, Civitas, Madrid, 1996, 113 ss., que falam num conceito amplo, que abarcaria a execução das medidas de internamento e da totalidade das penas, e um mais restrito, que apenas integraria a execução de penas privativas da liberdade. Cfr., igualmente, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Novo olhar sobre a questão penitenciária, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2002, autora que adopta um conceito restrito que não exclua a regulação da execução da medida de segurança privativa da liberdade, "em homenagem ao processo de incorporação de garantias inerentes ao princípio da legalidade que as caracteriza" (17, nota 19). A verdade, porém, é que a expressão «direito penitenciário» não se mostra hodiernamente isenta de alguma conotação com filosofias de execução avessas às mais modernas concepções – ao fim e ao cabo, tributárias do pensamento socializador – que exigem, mesmo na execução de medidas privativas de liberdade, uma flexibilização e abertura ao exterior das instituições penitenciárias. Sobre a noção, cfr., ainda, José BELEZA DOS SANTOS, Ensaio sobre a introdução ao direito criminal, Atlântida Editora, Coimbra, 1968, 33 ss.; FIGUEIREDO DIAS, Direito Processual Penal, Primeiro Volume, Coimbra Editora, 1984, 36 ss., autor que fala em direito de execução das penas ou das reacções criminais (37); E. CUELLO CALÓN, Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Barcelona, 1960, 748-749.

9. Assim, Américo A. TAIPA DE CARVALHO, Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, 125. Veja-se, ainda, num sentido equivalente, Enrique RUIZ VADILLO ("Apuntes sobre el perfil del juez penal en cuanto creador de la sentencia", in Estudios Criminológico-Victimológicos de ENRIQUE RUIZ VADILLO, in Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia, n. 13 Extraordinario, San Sebastian, 1999, 151), ao considerar que o preceituado no art. 25.2 da Constituição espanhola de 1978 (as penas privativas da liberdade e as medidas de segurança devem estar orientadas para a reeducação e reinserção social dos condenados) constitui elemento essencial dos princípios de política criminal inspiradores da legislação punitiva.

## 2. Unidade de sentido da *constituição penal global*: uma resposta integrada e inter-activa do sistema penal aos problemas postos pelas redes e organizações criminosas ao mundo penitenciário

2.1 Mas vamos dizer mais – no que irá interessar ao tema que hoje aqui nos traz –: há uma unidade de sentido no que denominámos constituição penal global ou, se nos quisermos referir à sua substância de valores, ao programa político-criminal dela constante. É a ideia ou o critério do Estado de Direito – se o entendermos como passível de autonomização conceptual face à ideia do Estado de democracia –, ele próprio sustentado na afirmação incondicionada da dignidade da pessoa humana [e, exprimindo-nos com a linguagem da CRCV, da inviolabilidade e inalienabilidade dos Direitos do Homem como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça (art. 1.º, n.º 1)] que consubstancia a matriz fundante e constitui o traço de união entre as diferentes «porções» de uma tal constituição; é ela que dá âncora a princípios hoje comummente reconhecidos como sendo o da culpa (no sentido de que não há pena sem culpa e não pode haver medida da pena que exceda a medida da culpa); o da presunção de inocência do arguido, o da necessidade ou da intervenção mínima ou aquele que se traduz, no domínio da execução das sanções criminais, pelo teor do que vem expresso no art. 33.º da CRCV (mas idêntico ou afim de outras constituições, como é também o caso de Portugal – art. 30.º, n.º 4): "nenhuma pena ou medida de segurança tem, como efeito necessário, a perda dos direitos civis, políticos ou profissionais, nem priva o condenado dos seus direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências específicas da respectiva execução". Preceito (o que, na Constituição da República Portuguesa – CRP –, corresponde ao citado) que FIGUEIREDO DIAS considerou certeiramente "... elemento integrador do programa político-criminal de um Estado de Direi-

to democrático e social; quer em si mesmo, quer no que implica com o critério orientador da execução das penas...".[10]

2.2 Entende-se, assim, que o sub-princípio da proporcionalidade (em sentido estrito) – decorrência do princípio da necessidade – tenha sentido e aplicação seja no que respeita à relação crime-pena, estado de perigosidade manifestada no facto–medida de segurança, seja na escolha das medidas de coacção ou das medidas disciplinares ou dos meios coercivos no interior do estabelecimento prisional, para não dizer na definição do regime de internamento a que ficará sujeito o recluso ou, ainda, e seguramente, o estatuto do recluso, melhor a medida de eventuais restrições aos direitos fundamentais dos reclusos.

2.3 O que não quer dizer que a ideia ou critério de proporcionalidade (bem assim o de adequação, naturalmente) não deva ter valência autónoma para cada um dos problemas equacionados (por exemplo: o facto de estar prevista pena mais grave para facto punível que se traduza num maior grau de ilicitude não implica, no plano processual, que seja aplicável concretamente medida de coacção mais grave; a condenação por crime punido com pena de prisão de duração longa não significa necessariamente pressuposto para atribuição de um regime de internamento mais severo para o recluso[11]); da mesma forma que os princípios atrás definidos como substância da constituição penal não se explicam nem se esgotam uns nos outros. Expliquemo-nos: o princípio da presunção de inocência não constitui um mero correspondente processual do princípio da culpa, dele decorrendo uma série de outras exigências para além do *in dubio pro reo*, por exemplo.[12] Eles imbricam-se, mas têm justificações não coincidentes.

10. Direito Penal Português – As consequências Jurídicas do Crime, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1993, § 22, 54.

11. José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI/Isidoro BLANCO CORDERO, por exemplo, criticam o disposto no art.º 102 do RP espanhol, que considera a duração da pena como um dos critérios a ter em conta na classificação dos reclusos ("El sistema prisional en España", in Direito e Cidadania (DeC), 7, Praia, 1999, 60).

12. Cfr., por todos, JORGE CARLOS FONSECA, Um novo Processo Penal para Cabo Verde – Estudo sobre o Anteprojecto de novo Código, AAFDL, Lisboa, 2003, 41 ss.; IDEM, "Reforma do processo penal...", loc. cit., particularmente 419-425, e a bibliografia ali citada.

2.4 Perguntar-me-ão: mas o que tem isto a ver com o problema de que aqui nos ocupamos? Tema – " Problemas dos sectores penitenciários face às redes e organizações criminosas" – que parece específico no seu recorte material e autónomo na perspectiva de abordagem.

Pretendemos, no essencial, duas coisas:

2.4.1 Em primeiro lugar, deixar claro que as respostas a dar aos problemas que as redes de tráfico e as organizações do crime levantam aos "sectores penitenciários" deverão ser encontradas no quadro das regras e princípios contidos na constituição penal e, não, fora dela, muito menos contra ela. Aliás, esta asserção torna-se relevante na exacta medida em que, um pouco por toda a parte, em particular na América Latina, para não falar de países africanos (e não me refiro obviamente àqueles, infelizmente ainda muitos, que não se situam no campo da democracia pluralista e dos estados de direito), mas igualmente na Europa (caso, por exemplo, de um país como Espanha), quando se aborda o que se considera serem os problemas centrais do sistema penitenciário e seu funcionamento, refere-se o divórcio entre as normas e a realidade, a preterição, por vezes crassa, das regras legais e constitucionais. Assim, e só para citar um autor desta parte do mundo, "... um olhar pelos instrumentos do sistema universal e regional de protecção dos direitos humanos..., pelas constituições, códigos e leis que tratam da execução da pena na América Latina e no Caribe reafirma uma verdade consabida: o divórcio, tão triste quanto grotesco, entre o teórico e o real, entre o discurso e a práxis".[13]

13. CÉSAR BARROS LEAL, "La ejecución penal en América Latina y el Caribe", documento obtido na internet e respeitante a uma comunicação feita no Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, DF, 9-14 de Fevereiro de 2004, 10. Cfr., ainda, a título exemplificativo, EDMUNDO OLIVEIRA, Éducation et formation professionnelle des prisioniers en Amérique Latine, texto de comunicação apresentada na reunião da F.I.P.P., Istambul, Setembro de 2002; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, loc. cit., 66; Relatório da Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional (CEDERSP), criada no Ministério da Justiça de Portugal, pela Portaria 183/2003, de 21 de fevereiro, e presidida por Diogo FREITAS DO AMARAL (doc. obtido na internet); ASSOCIAÇÃO PARA A SOLIDARIEDADE E DESENVOLVIMENTO ZÉ MONIZ (AZM), Direitos Humanos nas prisões de Cabo Verde – Resultados de um Estudo descritivo (coordenador: Ilídio Cruz), Praia, 2000.

2.4.2 Em segundo lugar, explicitar a ideia de que as possíveis respostas para aqueles problemas que são, na verdade, específicos, não deixando de ser muitas delas específicas e autónomas, devem ser encontradas num quadro global de soluções que têm a ver com o sistema de justiça criminal no seu todo, que têm a ver, digamos, com a realização do tal programa político-criminal que subjaz à constituição penal global de que temos vindo a falar. Mas ainda mais: que as respostas particulares para os problemas postos pelas organizações criminosas ao sistema prisional são em boa medida condicionadas ou influenciadas pelas respostas a outros problemas que se situam no âmbito estritamente penal ou processual penal ou outro (segurança pública, prevenção geral, por exemplo). Vale dizer que uma tal interrelacionação caracteriza os próprios problemas existentes num segmento e noutro da ordem jurídica penal.

2.5 Vejamos um pormenor apenas e estamos a entrar no âmago do tema que ora abordamos:

2.5.1 A maioria dos relatórios, comentários, análises e estudos sobre a situação prisional em muito diferentes quadrantes aponta, entre outros, como os principais problemas com que se confronta o sistema penitenciário, a ausência do mínimo de condições materiais e de recursos humanos habilitados, droga (e seu comércio ilícito) no interior dos estabelecimentos, promiscuidade de reclusos da mais diversa natureza (grau de perigosidade, preventivos e condenados, traficantes e consumidores de estupefacientes, primários e reincidentes),[14] elevada percentagem de preventivos, corrupção na administração prisional, divórcio gritante entre as normas e a realidade, autogoverno e poderes paralelos. Alguns desses problemas (poderes paralelos, negócio ilícito de drogas no interior das prisões,

14. Cfr., a título meramente exemplificativo, EDMUNDO OLIVEIRA, Éducation..., loc. cit.; CÉSAR BARROS LEAL, "La ejecución...", loc. cit.; ANÁLIA CARDOSO TORRES / MARIA DO CARMO GOMES, "Drogas e Prisões: "relações perigosas"", in Temas Penitenciários, Série II, n. 8 e 9, 2002, passim; IDEM, Drogas e Prisões em Portugal, CIES/ISCTE, Lisboa, 2002, 129 ss. e 214; DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, loc. cit., 66; CEDERSP, passim, com indicações sobre a situação em vários países europeus.

autogovernos, ou, ainda, a corrupção do pessoal penitenciário) são – na perspectiva desses relatos e estudos – criados ou, pelo menos, potenciados e favorecidos pela existência do fenómeno do tráfico (da droga, sobremaneira) e de organizações criminosas que actuam no interior dos estabelecimentos prisionais, directamente ou pela via de intermediários – reclusos e/ou funcionários –; outros dos problemas, podendo não estar imediata e directamente ligados à questão do tráfico e/ou da criminalidade organizada são tratados também a propósito dos desafios postos aos sectores penitenciários pelas redes e associações do crime (promiscuidade; taxas elevadas de preventivos ou a sobrelotação das prisões).

2.5.2 Recortemos este trecho interessante de ANÁLIA CARDOSO TORRES e MARIA DO CARMO GOMES, num estudo, já referido, sobre drogas e prisões em Portugal: "... os que dependem das drogas tenderão, em meio prisional, a continuar a necessitar dessas substâncias. A esta procura correspondem os que se encontram na prisão e cujo modo de vida era o comércio das drogas. Estes acabam por reencontrar em meio prisional modalidades de continuar o comércio ilícito, cujos ganhos aliás se encontram aqui exponenciados por preços mais altos, em virtude da existência de maiores obstáculos colocados ao tráfico (...) o dos que inicialmente não tinham nada a ver com drogas, pode também interferir nestas relações internas. Ou porque pode ser tentado a esta nova forma de obter recursos financeiros, ou porque tratando-se de um meio fechado e muito controlado, se vê quase sempre implicado na rede de silêncios e cumplicidades (...)".[15] Retrato que poderia ser completado com as possibilidades de extensão do "negócio" aos reclusos que não estão privados da liberdade por problemas relacionados com a droga e aos quadros da própria instituição prisional.

2.5.3 Também, num espaço outro – o da América Latina – EDMUNDO OLIVEIRA diz-nos que o crime organizado persiste nas prisões e constitui, em certos locais, um poder paralelo capaz de enfrentar os organismos públicos de

15. Drogas e Prisões..., 214.

repressão, não somente pelo uso da força mas também pelo domínio de tecnologias modernas, como o uso "provocador de telefones móveis pelos prisioneiros";[16] LUÍS CARLOS VALOIS, referindo-se justamente ao Estado de Amazonas, dá-nos conta de que o traficante que chega ao sistema penitenciário faz parte da última etapa da rede que compõe o tráfico e ingressa no estabelecimento em posição de supremacia sobre os demais internos, passando rapidamente a exercer o «xerifado», comandando os demais reclusos;[17] outros, ainda no Brasil, na defesa do chamado Regime Disciplinar Especial de Segurança, assinalam a convivência do que consideram ser "... líderes violentos e sanguinários, de exacerbada periculosidade ..." com os demais presos que eles "subjugam e usam como massa de manobra em suas rebeldias obrigando-os a fazer rebeliões, motins e, até mesmo, greve de fome...".[18]

2.6 Ora bem: uma resposta adequada e tendencialmente eficaz poderá implicar, para além naturalmente de medidas específicas e institucionais de cariz penitenciário (ao nível da separação de estabelecimentos, de internamento de reclusos em estabelecimentos de máxima segurança ou da discutível e polémica medida de «dispersão» de reclusos pertencentes ou suspeitos de pertencerem a grupos terroristas) ou/e, ainda, medidas de restrição de direitos ao nível do estatuto dos reclusos considerados de extrema perigosidade, outro tipo de medidas, digamos, não propriamente ligadas à execução da sanção criminal. Se pensarmos no caso de tráfico de estupefacientes e organizações criminosas a ele ligadas, uma diferente abordagem da problemática da droga, nomeadamente no que respeita à criminalização de condutas (consumo, traficante-consumidor e, eventualmente, tráfico de drogas leves), filtrada rigorosamente pelo critério da tutela (subsidiária) de bens jurídicos fundamentais, poderá contribuir para a criação de con-

16. Loc. cit., 8.

17. Saúde, drogas e repressão, texto obtido na internet.

18. ASTÉRIO PEREIRA DOS SANTOS (Secretário de Estado de Administração Penitenciária), "Regime Disciplinar Especial: Legalidade e Legitimidade", texto retirado na internet.

dições que limitem as possibilidade de negócios no interior das prisões, senão mesmo as de potenciação de novos consumidores intramuros ou, até, de gestação de poderes paralelos no seio da instituição penitenciária e de mitigação da corrupção institucional. Diz isso de forma singela, por exemplo, LUIS CARLOS VALOIS, bem que mencionando as possibilidades de descriminalização e "consequente controle por parte de outras instâncias do Estado que não só a penal": "Não concordo irrestritamente com o pró da "redução astronômica de preços" nem com o contra do "aumento astronômico do consumo", acrescentando, entre os prós, a diminuição da corrupção institucional e o fim da superpopulação carcerária".[19]

2.7 O mesmo se poderia dizer, se tivermos em consideração o verdadeiro exército de preventivos nas prisões de alguns países, que, como vimos através de um retrato dado de prisões portuguesas, mas que, pelos números disponíveis, se aplicaria perfeitamente a outros territórios, muito dificilmente consegue evitar os inúmeros contactos com o universo das drogas no interior dos estabelecimentos, já que, como se acentua, "... também é a estes que se associa mais os consumos e dependências de drogas e os crimes relacionados directa ou indirectamente com elas".[20] Uma outra política relativamente à utilização da prisão preventiva que, aliás em conformidade muitas vezes com as normas constitucionais, não a transformasse numa espécie de antecipação da condenação em prisão e num instrumento de prevenção criminal (mormente de prevenção especial)[21] – política seguida, infelizmente, em muitos dos nossos países (o meu é indubitavelmente um deles) –, contribuiria certamente para o descongestionamento de prisões e, eventualmente, para a diminuição do mercado do comércio ilícito de drogas nos estabelecimentos. E poderíamos subscrever muitas outras opções válidas no domí-

19. Loc. cit.

20. ANÁLIA CARDOSO TORRES / MARIA DO CARMO GOMES, "Drogas e Prisões: 'Relações perigosas'", loc. cit., 12.

21. Cfr., por todos, JORGE CARLOS FONSECA, Um novo Processo Penal..., particularmente 121 ss, com indicação de vasta bibliografia sobre a questão.

nio de políticas penais ou no domínio do processo penal que, a serem levadas à prática, dariam um impulso relevante para a melhoria substancial da situação prisional, nomeadamente quanto ao problema da sobrelotação, da concentração e da "promiscuidade" de reclusos; o que, como vimos, poderá ter reflexos na contenção do fenómeno da droga e de outro tipo de criminalidade nas prisões, do clima de violência nos estabelecimentos e inclusivamente no favorecimento de políticas de socialização activa dos condenados que a elas adiram. Poderíamos referir-nos a políticas de descriminalização e despenalização (onde tal se justifique, em atenção a critérios objectivos de *dignidade penal* ou *carência* ou não de tutela penal e suficiência ou não de outras formas de tutela), de adopção de medidas alternativas à pena de prisão, de desjudiciarização (diversão) e mediação.[22] E é esta perspectiva integrada, alicerçada na convicção de que os factores geradores da actual situação incomportável das prisões estão numa relação de interacção e se condicionam uns aos outros, o que, no essencial, vem sendo advogado em vários sectores doutrinários e em concretas propostas de reforma dos sistemas penais ou dos próprios sistemas prisionais.[23]

22. Cfr., por todos, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português..., §41 ss.(65 ss.); FIGUEIREDO DIAS/Manuel da COSTA ANDRADE, Criminologia – O Homem delinquente e a sociedade criminógena, Coimbra Editora, 1984, particularmente 397 ss.; José de FARIA COSTA, Diversão (Desjudiciarização) e mediação: Que Rumos?, Coimbra, 1986, passim; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "Política criminal – Novos desafios, velhos rumos", in Liber Discipulorum..., particularmente 224-234. No Brasil, FÁBIO FÉLIX FERREIRA/SALVADOR CUTIÑO RAYA, "Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado", in Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCCRIM), 49 -2004, referindo-se às "diretrizes básicas da política criminal e penitenciária brasileira" fixadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), em consonância com a Constituição Federal vigente e outros instrumentos nacionais e internacionais (255 ss.); RENÉ ARIEL DOTTI, Curso de Direito Penal – Parte Geral, 2.ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2004, 74 ss..

23. Cfr., entre outros, CEDERSP, passim; GIUSEPPE MOSCONI, "La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effeti sull'istituizione penitenziaria", in in Rassegna Penitenziaria e Criminologica (RPC), 1-3, 2001, 30 ss.; CÉSAR BARROS LEAL, "La ejecución penal...", loc. cit., 12 ss.[(Apuntes finales (Visión del futuro)]; Ângelo Roncalli de RAMOS BARROS, "A execução penal e o sistema penitenciário – Política penitenciária nacional", texto obtido na internet e relativo ao Congresso Nacional de Execução Penal, Rio de Janeiro, 03 e 05 de setembro de 2003, 4-5.

2.8 Perspectiva integrada que não esquece a necessidade de diferenciar a política de segurança pública e a política penitenciária, em obediência a lógicas próprias, a primeira priorizando a prevenção técnica, o policiamento ostensivo e a especialização. O que não deixará de ter os seus efeitos nos impactos negativos da sobrelotação e concentração nas prisões e no propiciar melhores condições para a realização dos fins da execução das sanções criminais.[24]

2.9 Devemos, no entanto, dizer que não sufragamos inteiramente a perspectiva daqueles – por demasiado "utilitarista", diríamos – que pretendem fazer do elemento sobrelotação das prisões peça decisiva das opções de política criminal e de soluções no âmbito do direito e do processo penal, designadamente em matéria de descriminalização e despenalização, desagravação das medidas da pena, antecipação da liberdade dos condenados, redução dos presos preventivos ou, ainda, de adopção de medidas alternativas à pena de prisão. A situação de sobrelotação prisional – defendemos isto num estudo sobre a reforma da lei de execução de penas em Cabo Verde, a ser publicado brevemente –, se, em rigor, não pode ser a razão primeira e/ou decisiva de opções de política criminal ou de ideário de execução de sanções criminais, não pode ser ignorada na definição daquelas opções, ou, talvez melhor, pode reforçar a base de consistência de tais opções.[25]

24. Cfr., sobre este ponto, JORGE CARLOS FONSECA, "Reforma do processo penal...", loc. cit., particularmente 446-448.

25. Veja-se o Relatório da CEDERSP. A Comissão encontrou certas causas a montante do sistema, nomeadamente na legislação penal e processual penal, ou na sua deficiente interpretação e aplicação, que inegavelmente produzem consequências negativas no próprio sistema prisional (sobrelotação, número elevado de presos preventivos, demasiada rigidez nas possibilidades de flexibilização da execução das penas, escassa utilização da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade e, em geral, de outras penas e medidas penais não privativas da liberdade etc.). Diz-se no Relatório que, "... perante esta situação, há quem defenda, entre nós, que o legislador penal e processual penal deve nortear-se apenas pelos grandes valores e princípios da política criminal, sem se preocupar com as consequências práticas das normas por si aprovadas na situação e funcionamento do sistema prisional. Este é que terá de ser adaptado ao que resultar da lei penal e processual penal, e não o contrário", citando neste sentido, o Provedor de Justiça, "Relatório sobre o sistema prisional", 2003, parte A, vol. I, p. 26 e ss.

E continua a Comissão: "... Salvo o devido respeito, a Comissão não pode concordar com tal entendimento. Não sendo Portugal um país com elevados recursos disponíveis para aplicar ao siste-

## 3. Respostas específicas do sistema penitenciário

Tudo o que dissemos até agora não exclui que parte decisiva das respostas aos problemas – já aqui sumariamente recortados – colocados pelo fenómeno do crime organizado aos sistemas prisionais deva ser encontrada com medidas específicas com impacto directo nas instituições, no regime e na vida dos estabelecimentos penitenciários. Desde logo, porque aqueles efeitos favorecidos por medidas globais e articuladas nos planos penal, processual penal ou da prevenção policial ou social serão potenciados e aprofundados com medidas específicas.

3.1 A separação dos reclusos e a diferenciação de regimes de internamento.

3.1.1 A separação dos reclusos, seja ela feita em estabelecimentos diferentes, seja em unidades ou módulos dentro do mesmo estabelecimento, mostra-se decisiva neste âmbito. Uma política de diferenciação em função, nomeadamente, do tipo de criminalidade e da perigosidade do recluso, avaliada por critérios objectivos e feita de forma individualizada (o que exige a identificação e ponderação das condições de cada detido, com vista, sempre que possível, à adopção de um

ma prisional, o legislador penal e processual penal não deve abstrair das consequências práticas das soluções que consagra, nem o Estado pode dar-se ao luxo de aumentar indefinidamente, ano a ano, o investimento público em novos estabelecimentos prisionais. Além disso, e independentemente dos recursos financeiros disponíveis, há soluções que o conhecimento da prática prisional revela não serem as mais adequadas a uma correcta execução dos fins das penas e, em particular, a uma adequada política de prevenção criminal e de reinserção social.

Numa palavra: a orientação que se afigura sensata e realista é a de, por um lado, recomendar ao legislador penal e processual penal que também tenha em conta, inter alia, as consequências no sistema prisional das soluções que aprova, e, por outro lado, recomendar ao legislador do sistema prisional que adapte o referido sistema à evolução da realidade e à legislação penal e processual penal em vigor.". E acrescenta, na linha do raciocínio algo redutor deixado subentender no nosso texto :

"Ao Parlamento caberá, pois, em último termo, compatibilizar as grandes linhas de orientação da lei penal e processual penal com os recursos financeiros que o Estado possa disponibilizar para montar e manter um sistema prisional humano, justo e seguro, orientado para a reinserção social dos reclusos".

Numa perspectiva próxima da que, de alguma forma, criticamos no texto, cfr. MOSCONI, "La crisi...", loc. cit., particularmente 30 ss., onde, entre outras propostas e perspectivas, sugere que se "... procedere... ad ampie forme de depenalizzazione, che non si limitino, come nella legge recentemente approvata, ad abrogare le fattispecie desuete, ma rispondano ad una diversa filosofia dell' intervento penale, partendo dalle fattispecie cui si associa il maggior numero di detenzione..." (30).

programa individual de readaptação), indiscutivelmente cria melhores condições para o controlo de eventuais actividades de organizações criminosas no interior dos estabelecimentos. E, se pensarmos, no caso do tráfico de drogas, uma tal política dificulta a disseminação do negócio ilícito, a corrupção dos funcionários da instituição e a actuação de poderes paralelos, ao mesmo tempo que facilita o ambiente adequado à efectivação de políticas de ressocialização e «tratamento» dos que adiram aos programas existentes e, inclusivamente, dos toxicodependentes que, eventualmente, estejam detidos em estabelecimentos outros que não os dos reclusos ligados ao grande tráfico.

3.1.2 A separação dos reclusos – evitando, pois, o que se considerou ser "un infierno de catálogo" – contribui sobretudo e decisivamente para que haja diferenciação de regimes de internamento, eliminando-se possíveis pretextos para aplicar regime e estatutos rigorosos e severos para todos, indiscriminadamente, e sem atenção à perigosidade de cada um, e, com isso, poderá ainda reduzir os custos elevados e esbater as dificuldades que exige e implica um estabelecimento com concentração de reclusos da mais diversa natureza mas com um regime de segurança apertada aplicado de forma generalizada mas que deveria penas ser exigível para uma minoria.[26]

Pode dizer-se, sem grandes dúvidas, que é menos problemático gerir um estabelecimento prisional autónomo, em regime fechado, destinado a detidos considerados como perigosos, do que um espaço comum destinado a um mais vasto e indiferenciado universo de prisioneiros. Neste, para além dos pretextos já referidos para generalizar um regime de excepção, haverá seguramente necessi-

26. Veja-se CÉSAR BARROS LEAL, "La ejecución...", loc. cit., nota 33, onde cita GARCÍA RAMÍREZ ("... el hecho de que en una sola prisión estén individuos disímbolos trae consigo problemas graves y costos elevados: por lo pronto, la custodia ha de ser tan rigurosa y severa como se necesite para contener a los más indóciles; el edificio tiene que contar con las más poderosas y ocurrentes precauciones contra fugas, como si todos los prisioneros tuvieran la misma obsesión por evadirse y la misma capacidad para lograrlo... Porque es un hecho que los presos "imposibles" son una apertada minoría, en tanto que los manejables, más o menos, son la más holgada muchedumbre. exactamente como en la vida libre".

dade de uma maior compressão do estatuto de todos os reclusos. O que também poderá gerar um fenómeno inverso: um ambiente de desrespeito de direitos, de restrição de visitas ou de tempos livres, ou, ainda, de correspondência, pode acentuar a crise e a violência, dando o pretexto para mais segurança e inibições.

3.1.3 Quando se fala de particular e mais severo regime de internamento a ser aplicado em estabelecimento separado ou secção ou módulo separados, tem-se normalmente em vista um regime de internamento em estabelecimento de segurança reforçada (segurança máxima, regime fechado, *extra high security units* ou designações afins).[27]

Os critérios utilizados são habitualmente idênticos: elevada ou extrema perigosidade do recluso, avaliada pela observação e análise de sua personalidade, o seu percurso criminal ou o tipo de criminalidade em causa. Por vezes, usa-se o critério da duração da pena em que se é condenado ou indiciado, o que, diga-se desde já é criticável, pois um tal indício pouco poderá ter a ver com a perigosidade do recluso.[28]

E, falando de tipo de criminalidade como critério, recorta-se quase invariavelmente os tráficos, mormente o de estupefacientes, de armas, e a pertença a

27. É geralmente aceite, com designações diferentes, o seu agrupamento em três categorias ou tipos, defendidos no Congresso de Haia de 1950 e no Congresso das Nações Unidas de 1955: de grande segurança, de meia segurança e abertos. Cfr., a propósito, José GUARDADO LOPES, Achegas para a história do Direito Penitenciário Português, separata do BMJ n. 430, Lisboa, 1995, particularmente 23. No entanto, há quem ponha em causa uma tal classificação, já que ela deveria centrar-se no critério da liberdade, de acordo com recomendações das Regras Mínimas de Genebra (fechados, semi-abertos e abertos). Assim, por exemplo, Luis GARRIDO GUZMAN, «Regimen Penitenciário», in in BUENO ARÚS/ DE LA CUESTA ARZAMENDI/ GARCÍA VALDÉS/ GARRIDO GUZMÁN/ MANZANARES SAMANIEGO/ MAPELLI CAFFARENA, Lecciones de Derecho Penitenciario, Alcalá de Henares, Madrid, 1985, 72-73. Por exemplo, na Holanda apontam-se cinco escalões de segurança (very restricted, restricted, normal, extended, extra extended security), tendo em conta o nível de segurança contra fugas. As prisões são: abertas; semi-abertas para self-reporters, para penas de curta duração; para penas de longa duração; extra high security units, para presos considerados extremamente perigosos – cfr. PETER TAK, Essays on Dutch Criminal Policy, Wolf Legal Productions, Nijmegen, 2002, 148-149.

28. Em Espanha (art. 10 da LP), os estabelecimentos de cumprimento em régimen cerrado ou em departamentos especiales são destinados a preventivos e condenados de perigosidade extrema ou para casos de inadaptação aos regimes ordinários ou abertos. O que não tem deixado de merecer críticas em certos sectores, mormente pela imputação de verdadeira «fraude de etiquetas». Cfr., por exemplo, DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, loc. cit., 57 ss.; Juan BUSTOS RAMÍREZ, Control social y sistema penal, PPU, Barcelona, 1987, 96.

associações criminosas, ao chamado crime organizado. Em Espanha, por exemplo, segundo o art. 63 da LP e o art. 102 do RP, um dos critérios é a pertença a organizações criminosas ou bandos armados, "mientras no se mostren signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de las organizaciones o bandas".[29]

3.2 Comentários e reparos sobre os critérios e as práticas de "classificações" de reclusos.

Este género de critérios e práticas de «classificações» merece-nos alguns comentários e reparos:

a) Do que se trata (ou se deve tratar), com mais rigor e, sobretudo, tendo sempre em vista o ideário de socialização activa que, em nosso entendimento, deverá presidir à execução das sanções criminais, é de regimes de internamento e de classificação de estabelecimentos, e, não, propriamente de condenados, como se prevê na maioria das legislações[30] enquanto elemento de individualização da execução da pena.[31]

29. Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, loc. cit., 59; GARRIDO GUZMAN, loc. cit., 74 ss.; Antonio BERISTAIN, «Derechos y Deberes Humano-Fraternales en las prisiones? (Desde el radicalismo étnico a la Paz en el País Vasco», in EGUZKILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 12, 1998, 213 ss.

30. Um Projecto de lei de execução de penas cabo-verdiano (de PINTO MONTEIRO) previa (art. 14.º) – tal como o art.º 8.º do Dec.-lei 40/94/M, de Macau – que os reclusos fossem classificados nos seguintes grupos: segurança, semiconfiança e confiança. Os critérios tinham a ver com a idade, a situação de delinquente primário ou reincidente, a duração da medida, o estado de saúde física e mental, o cadastro disciplinar, anteriores tentativas de evasão, o estado de toxidependência, as inclinações sexuais, a forma como se associa em meio livre, o tipo de crime que praticou e o carácter violento (n. 2 do artigo). O n. 3 do preceito dizia ainda que ter-se-iam em consideração, além do mais, "as particulares necessidades do tratamento do recluso, razões de segurança, de ordem escolar e laboral que possam ser relevantes para a sua reinserção social, bem como as possibilidades de realizar um programa de tratamento comum e a necessidade de evitar influências nocivas".

31. Veja-se, por exemplo, CÉSAR BARROS LEAL, "La ejecución ...", autor que, entre outras recomendações para a melhoria do sistema penitenciário naquelas regiões do mundo, propõe "Pugnar por la clasificación de los condenados y la individualización de la pena...". No entanto, parece que a classificação tem a ver, sobremaneira, com a necessidade de afectação dos reclusos por diferentes tipos de estabelecimentos, de forma a evitar que, enquanto cita GARCÍA RAMÍREZ, a prisão se converta «... en un infierno de catálogo». O mesmo se verifica, quando recorta um preceito (art. 6.º) da Lei mexicana que estabelece as Normas Mínimas sobre a Readaptação Social dos Condenados: aquele define critérios de «tratamento» individualizado, com vista a uma classifica-

Do que se trata, enfim, é de definir regimes de detenção diferentes, a partir de determinados critérios, ou, pelo menos, de diferentes "condições de vida" na prisão.[32]

b) Deve rejeitar-se qualquer perspectiva que, na preocupação legítima (que subscrevemos no essencial pelo que já se disse atrás) de encontrar um novo paradigma penal capaz de servir de referência geral à adopção de políticas diferentes no âmbito criminal (descriminalização, desjudiciarização, aplicação mais generalizada de penas alternativas, alargamento de regimes prisionais, investimento em meios de prevenção e de realização de políticas sociais integradoras etc.), acaba por esquecer ou minimizar um problema real: o da existência de reclusos que, pela sua manifesta e fundada perigosidade, exigem um regime de internamento mais restritivo e severo que o normal.

Perspectiva que esquece ou minimiza o facto de que há reclusos que exigem internamento em regime fechado, eventualmente em estabelecimento (secção ou módulo) de segurança máxima.

c) Diríamos até que é o princípio a que, no início, nos referimos – o de que o a pena não priva o condenado dos seus direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências específicas da respectiva execução –, princípio que consideramos integrar a *constituição penal global*, a dar cobertura a uma maior restrição dos direitos do condenado que justifi-

ção dos "... reos en instituciones especializadas, entre las que podrán figurar establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas". Cfr., ainda, BUENO ARUS, El Sistema Penitenciario Español, Temas Españoles, num. 513, Madrid, 1971, 12 ss., autor que considera que "... Clasificación, separación y destino de los reclusos son conceptos prácticamente análogos, que se refiren a la distribución de la población penitenciaria en los diferentes establecimientos, atendiendo a las características personales de los internos, y especializando las instituciones, a fin de que cada una albergue a una población homogénea que... facilite la adopción de un tratamiento propio para toda ella...". No mesmo sentido esclarecedor, face ao direito brasileiro, Carmen Silvia de MORAES BARROS, " As modificações introduzidas nos arts. 6.º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal", in RBCCRIM 48 – 2004, 179 ss., 12; RENÉ ARIEL DOTTI, Curso..., 562 ss.

32. Veja-se CAROLE CARDON, «"L' organisation de la sexualité en prison comme instrument de gestion des longues peines", in Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique (RICPTS), Volume LII, n. 3, 1999, 320.

que o internamento num estabelecimento de segurança reforçada. Uma posição, a nossa, que, de alguma forma, se aproxima da do TC espanhol perante um problema concreto, nomeadamente a constitucionalidade da sanção de *aislamiento*.[33]

d) O certo é que estamos perante situações de verdadeiro confronto – a ser decidido também aqui pelo critério da "concordância prática" – entre valores conflituantes, como o são inegavelmente o da segurança e ordem do estabelecimento (com reflexos na segurança dos próprios reclusos) e o dos direitos fundamentais dos condenados: a segurança e a ordem do estabelecimento prisional enquanto pressuposto do próprio objectivo de socialização de reclusos e de defesa da sociedade e os direitos fundamentais daqueles.[34] Decisivo é que a afectação àquele regime de internamento se faça rodeada das cautelas e das garantias definidas na Constituição e nas leis, sem esquecer, pois, o respeito pela dignidade da pessoa e os direitos do homem.[35] De forma a relativizar, com fundamento, críticas que, por exemplo, em Espanha, são feitas por alguns sectores doutrinários a propósito dos

33. Veja-se MAPELLI CAFFARENA, "Contenido y Límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)", in Eguzkilore, N. 12 Extraordinario, 1998, referindo-se nomeadamente às decisões do Tribunal Constitucional 74/1985 e de 21 de Janeiro de 1987 (2/87). O TC espanhol considerou, naqeles arestos, que "... Al estar ya privado de su libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción como una privación de libertad, sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión; como ha dicho nuestra doctrina no es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por Sentencia judicial" (95). Mas ainda dá o autor notícia de decisões ulteriores do TC (em particular a de 28.2.1994) que representam uma evolução da posição contida nas decisões de 85 e 87, nomeadamente no que toca ao argumento (para a restrição de direitos no interior do estabelecimento prisional) da existência de uma "'relación especial de sujeción'" (95 ss.). Assim, diz aquele aresto de 94 que "... si bastara, sin más, la afirmación de esse interés público para justificar el sacrifício del derecho, la garantía constitucional perderia, relativizándose, toda eficacia. Por ello, no es ocioso recordar aqui que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución solo pueden ceder ante los límites que la propria Constitución imponga..." (97).

34. Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade – Seu fundamento e âmbito, Coimbra, 1982, 169 ss.

35. Veja-se a Recomendação N. R (82) 17 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, relativa à detenção e ao tratamenti de detidos perigosos, 3 ("...d' exécuter les mesures de sécurité dans le respect de la dignité humaine et des droits de l' homme").

estabelecimientos de cumprimento da pena em regime fechado ou em departamentos especiais, falando-se de «fraude de etiquetas» ou até de expressão de ideologia de *inocuización* própria de um sistema penal radicalmente autoritário.[36]

e) A possibilidade de regime de segurança máxima deverá estar condicionada a exigências fundadas e especiais de segurança e ordem do estabelecimento, valendo também os critérios de adequação e proporcionalidade.[37]

f) A afectação a um estabelecimento de segurança incomum deve ser feita na sequência de avaliação individualizada da personalidade e da perigosidade do recluso, mas tendo em consideração os ambientes cultural e de grupo do detido e, num sentido prático, a sua "tratabilidad" no contexto penal, como nos refere GAETANO DE LEO. Nesta óptica, cabe distinguir entre a criminalidade comum e outras que, "por la fuerza de rasgos específicos culturales y de grupo a los que se pertenece, causan problemas concretos de tratamiento en el sistema penal, ya sea desde un punto de vista organizativo o desde el de proyección de las actuaciones" (e dá exemplos do terrorismo, do crime organizado, o crime no mundo da política e nos negócios, certas formas de violência relacionadas com o racismo, a aficción desportiva, as desigualdades sexuais, a imigração ilegal).

Seria aqui pedagógico e também curioso mencionar palavras singelas mas lúcidas de um insigne mestre do Direito Penal português, BELEZA DOS SANTOS, num escrito datado dos anos quarenta. Referindo-se aos chamados delinquentes de correcção difícil, diz que "... a este perigo social (maior possibilidade de recaírem no crime, quando postos em liberdade...) não corresponde necessàriamente um perigo idêntico em relação ao ambiente penitenciário.

36. Vide, supra, nota 26 e autores aí citados. Cfr., ainda, TORSTEN ERIKSSON, "Alguns aspectos sobre el tratamiento de criminales en Suecia", in Revista de Estudios Penitenciarios, ano XX, Núms. 169-171, 1965, 392 ss.

37. Günther KAISER ("Ejecución penal y derechos humanos", in DeC, n. 6, Praia, 1999, 16) diz que um tal regime pode justificar-se para um determinado número de casos, mas não pode ser exagerado.

Este nem sempre existe e, quando se verifica, não é nunca da mesma espécie para todos os reclusos...".[38]

g) Palavras que fazem acentuar a importância da avaliação individualizada, e, não, como uma tarefa secundária ou custosa, muito menos como mero instrumento de fins exclusivamente disciplinares, como se assinala em Espanha, Portugal[39] ou na América Latina.[40] O que quer dizer, por exemplo, que não é imperioso que um condenado (ou indiciado) por tráfico de droga tenha que ser internado em estabelecimento de segurança máxima. Em concreto, poderá ser portador de uma perigosidade bem menor do que (...) um ladrão de cargas.[41]

h) Mostra-se útil e cauteloso, conforme se diz na Recomendação do C.M. do Conselho da Europa já citada, « ... d' établir une procédure de révision régu-

38. José BELEZA DOS SANTOS, Nova organização prisional portuguesa (Alguns princípios e realizações), Coimbra Editora, Coimbra, 1947, 57.

39. Cfr. CEDERSP.

40. Cfr., sobre uma perspectiva de sobrevalorização da segurança e da disciplina, que se traduzem num controlo desmesurado do recluso com a perda total de sua autonomia, CÉSAR BARROS LEAL, "El sistema penitenciários desde la perspectiva de los Derechos Humanos: una visión de la realidad mexicana y de sus desafios", in RBCCRIM, n. 45, 2003, 31 ss.. Cita, na p. 43, Augusto F.G. Thompson (A questão penitenciária. Petrópolis: Vozes, 1976, p.41): "Consciente de que un descuido, en lo que atañe a la seguridad y disciplina, redundará en la sujeción a sanciones, mientras un malogro en lo que respecta a la intimidación y recuperación pasará desapercibido, la administración penitenciaria se ve compelida a resaltar el carácter custodial del confiniamento carcelario, tendiendo a ejercer una vigilancia severa sobre los internos. La mejor manera de prevenir evasiones y desórdenes es imponer un régimen de asfixiante cerceniamento a la autonomía del recluso. la rigidez de la disciplina – precio alto que se paga por la seguridad – se traduce en la supresión del autodiscernimiento, de la responsabilidad personal, de la iniciativa del paciente".

41. Veja-se, neste sentido de advertência, Jean-Paul BRODEUR, "Le crime organisé hors de lui-même: tendances récentes de la recherche", in Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique, Volume LI, n. 2, 1998,: "... il est illusoire de penser conjurer le pari clandestin, les incendies criminels, le trafic de stupéfiants et les faillites frauduleuses à l'aide d'une seule et même mesure (incarcérer tous les coupables)... En exceptant les mesures générales de prévention, les seules stratégies de réaction efficaces contre les dysfonctionnements, autant dans le domaine de la santé que dans celui de la securité, sont celles qui s'a alignent de façon précise sur le problème à résoudrew, lorsqu' une solution est effectivement disponible. En d'autres termes, il faut définir une startégie d'intervention en fonction de sa cible particulière et différencier les modes d' action"(217. )

lière en vue de s' assurer que la durée de la détention de sécurité renforcée et le degré de sécurité n' excèdent pas les moyens nécessaires" (ponto 8.).

i) Deve considerar-se – como se prevê no Projecto cab-verdiano de nova Lei de execução de Sanções Criminais, no Projecto de ANABELA M. RODRIGUES ou na lei holandesa – a possibilidade de impugnação judicial da decisão que manda aplicar aquele regime.

3.3 O regime fechado e o internamento em estabelecimento de segurança máxima: a medida de compressão do estatuto do recluso e um olhar particular sobre a medida de "internamento em cela disciplinar" e a "dispersão" dos reclusos

3.3.1 O regime fechado ou o estabelecimento de segurança máxima importarão, naturalmente, uma maior compressão ao estatuto do recluso, no que toca, por exemplo, ao regime de visitas, de frequência de revistas, de comunicação com o exterior ou de saídas. Mas deve ser assegurado que, ainda em casos destes, as restrições deverão limitar-se ao necessário e serem adequadas e proporcionadas à medida e ao grau de perigosidade manifestada pelo recluso.[42] Assim, em regra, se não são justificadas restrições mais fortes em matérias como as do vestuário, ou, no âmbito de ocupação de tempos livros, como a posse de revistas, livros, jornais, aparelhos de rádio e televisão, ou, ainda, no trabalho e formação profissional (como, por exemplo, recomenda o Conselho da Europa)[43] – com a ressalva geral de isso não implicar "fundado prejuízo dos fins de execução... ou da segurança e ordem do estabelecimento" (art. 115.º do Projecto da LESC cabo-verdiana) – já podem surgir como justificadas a proibição de uso de telemóveios ou bips ou que as visitas de familiares e amigos sejam feitas em condições de vigilância mais apertada. Convém, no entanto, salientar que o regime praticado, por exemplo, na Holanda

42. A Recomendação R (82) 17, já citada, diz que se deve aplicar «... dans toute la mesure du possible, la réglementation pénitentiaire générale aux détenus dangereux» (ponto 1.), ao mesmo tempo que insite na ideia de que os estados membros deverão "... mettre en œuvre les mesures de sécurité uniquement dans les limites où elles s'imposent" (ponto 2.).

43. "... prévoir l' instruction, formation professionnelle, travail pénal, loisirs et autres activités, dans la mesure où la sécurité le permet" (ponto 7.).

– contacto com os guardas de forma tão distante quanto possível; nenhum contacto com presos de outras unidades, regulares visitas pessoais e especial *cell-check*, visitas de amigos e familiares num quarto, separados por uma parede de vidro; registo de todas as conversas com os visitantes; fora de cela, sempre com algemas – foi considerado pelo Comité de Prevenção da Tortura do Conselho da Europa como desumano.[44]

3.3.2 A opção por um regime de internamento em estabelecimento de máxima segurança não significa, de per si, automaticamente, restrições ao regime geral de definição de infracções e medidas disciplinares, aplicação de meios coercivos (p. e., uso de arma de fogo, coacção física) ou de medidas de segurança especiais (p. e., isolamento, uso de algemas).

Propugnamos que a sua aplicação continue a ser marcada pela assunção clara de objectivos (fomento da responsabilidade do recluso como factor determinante de uma convivência pacífica e baseada na ordem do estabelecimento; manutenção, com firmeza, da ordem e da disciplina do estabelecimento) e por critérios de legalidade, necessidade, adequação e proporcionalidade. Deverá haver uma tipificação das medidas e meios admissíveis, a definição da competência para a aplicação de cada um deles e a regulação do processo de sua aplicação, incluindo os meios de impugnação das medidas impostas.

3.3.3 Alguns aspectos particulares deverão aqui ser sumariamente recortados:

a) As medidas de segurança especiais e os chamados meios coercivos só podem ser aplicados quando exista perigo sério de evasão ou da prática de actos de violência contra si próprio ou contra pessoa ou coisa; só podem ser autorizados quando, de outro modo, não seja possível evitar tal perigo; devem ser proporcionais ao perigo a prevenir e manter-se apenas enquanto aquele durar;

b) Em caso algum podem ser as medidas especiais de segurança ser utilizadas a título de medida disciplinar;

44. Cfr. PETER TAK, Essays..., 150.

c) Deve-se procurar definir com rigor aspectos fundamentais ligados ao uso de "meios coercivos", designadamente da coacção física e de armas de fogo.

d) Não podendo enumerar-se taxativa ou exaustivamente os concretos meios e instrumentos coercivos em que se pode traduzir o exercício – legítimo e regulado – da "coacção física", deve ser proibida a utilização de alguns meios, os que "pela sua natureza... pela forma de sua utilização, ofendam a dignidade da pessoa do recluso", designadamente a utilização de fármacos, correntes, talas e ferros.[45]

3.3.4 É importante, neste domínio, que se assegure formação e informação adequadas ao pessoal em funções nos estabelecimentos a todos os níveis. Trata-se de capacitar os funcionários penitenciários para assegurarem a realização das finalidades da execução, no respeito da legalidade, e de mitigar as possibilidades de corrupção.[46]

3.3.5 Uma palavra sobre uma medida que, em certas latitudes, tem merecido críticas e reparos (Portugal e Espanha, nomeadamente). Falamos da medida de "internamento em cela disciplinar". Trata-se (deve tratar-se) de uma especial medida disciplinar que não deve prejudicar o regime de visitas de advogados, a possibilidade de comunicação à distância com o defensor, a privação do direito à correspondência ou o direito a permanência a céu aberto num mínimo de horas diárias. A lei deverá definir as condições a que devem obedecer tais celas em termos de habitabilidade (mobiliário, cubicagem, ventilação e luz)[47] e estabelecer um prazo máximo de duração da medida. Enfim, não cremos que, com um tal desenho legal, a medida traduza ou consubstancie "... numa sanção particularmente lesiva da dimensão pessoal do sujeito... de uma medida equiparável a uma

45. Como, por exemplo, se estatui no Projecto de LESC de Cabo Verde.

46. Vide Recomendação R (82) 17 ("... assurer une formation et une information adéquates du personnel de tous les niveuax concerné para la détention et le traitement des détenus dangereux» (ponto 10.).

47. Sobre as condições das celas disciplinares em Cabo Verde, cfr. AZM, Direitos Humanos..., 96-97, caracterizadas de tal modo negativo que, nas Recomendações, se propõe pura e simplesmente, a sua «interdição imediata" – 164.

hipotética sanção que impusesse ao recluso um regime alimentar composto exclusivamente por pão e água".[48] Posição que se aproxima, na sua fundamentação, da que foi sufragada pela Comissão de Estrasburgo (transcrita em STC 2/87), para rejeitar a qualificação de uma tal sanção disciplinar como tratamento desumano ou degradante.[49] Já o chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) introduzido no Brasil, pela via de alterações na Lei de Execução Penal em finais de 2003 (Lei 10. 792/2003) – regime que tem no isolamento celular a sua trave mestra – foi rejeitado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, "... que se nego a analizarlo, habiendo proclamado que dicho régimen es cruel, inhumano, y se opone a todas las normas, nacionales e internacionales que orientan la ejecución de la pena..."[50] e tem estado sob a crítica de alguns sectores doutrinários, inclusivamente de uma perspectiva da constitucionalidade da medida. Sobre-

48. Assim se exprime José Manuel VILALONGA, "A constitucionalidade das medidas disciplinares aplicadas aos reclusos", anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional 161/95, in THEMIS, N. 1, 2000, autor que, na discussão sobre o problema de saber se poderá um estabelecimento prisional executar as penas de prisão de todos os seus reclusos internando-os em celas de isolamento, o situa no âmbito da "legitimidade constitucional da medida de internamento... considerada isoladamente (mesmo, portanto, quando aplicada por sentença judicial)..." – 216-217.

Convém referir que, ainda de acordo com informação do autor citado, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, na decisão de 08 de Julho de 1978, procedeu à apreciação da admissibilidade da medida e concluiu pela sua legitimidade.

49. Cfr. Vicenta CERVELLÓ DONDERIS, "La huelga de hambre penitenciaria: Fundamento y límites de la alimentación forzosa", in AA. VV., Estudios Penales y Criminológicos, XIX, Universidade de Santiago de Compostela, 1996, 112-113 ("... sí lo pueden ser en virtud de la modalidad de su ejecución si por los medios empleados se producen males innecesarios..."). KAISER ("La ejecución penal...", loc. cit., 18), referindo-se ao isolamento nas prisões de terroristas e o pronunciamento, a respeito, da Comissão Europeia dos Direitos Humanos (não considerou isso como violador do art. 3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos), diz que "... El aislamento de presos será, pues, compatible ...., si existen razones fundamentales para la limitación, y si permanece asegurado un mínimo de posibilidades de información y de contacto. Es dudoso, sin embargo, si, como en algunos cantones suizos en la prisión provisional, existe un aislamiento exluyendo todo contacto con otras personas, excepto con el médico de la prisión y el sacerdote".

50. CÉSAR BARROS LEAL, "La ejecución penal...", loc. cit.. Num sentido de defesa do RDD, na invocação do princípio constitucional da isonomia, cfr. texto de ASTÉRIO PEREIRA DOS SANTOS, loc. cit., que argumenta que através de tal regime se põe um travão aos criminosos que, "mesmo aprisionados, pretendem continuar a exercer sua malévola liderança...".

tudo quando o regime é aplicado tanto a condenados quanto a preventivos desde que, e citamos palavras críticas de FÁBIO FÉLIX FERREIRA E SALVADOR CUTIÑO RAYA, "... se enquadrem nos vagos, imprecisos e polêmicos conceitos de "autor de fato que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas", ou "apresente alto risco para a ordem e a segurançado estabelecimento...".[51]

3.3.6 Enfim, neste âmbito dos problemas impostos aos sectores penitenciários pelas organizações criminosas, está o da chamada «dispersão» dos reclusos e sua legitimidade, questão que tem sido discutida sobretudo a propósito dos grupos terroristas, particularmente em Espanha por causa do fenómeno ETA e dos FIES (fichero interno de especial seguimento). Trata-se de uma questão que ultrapassa a da mera "concentração" ou "não-concentração" de reclusos, sabendo-se, como se sabe hoje, que é recomendável a segunda das opções, sobremaneira quando se tem a sério a preocupação de realizar as finalidades de socialização activa dos reclusos. Seria, aqui, lapidar e simbólica na percepção de sua mensagem a afirmação de ERIKSSON de que, entre 4 grandes princípios seguidos nos estabelecimentos modernos, estarão o "princípio do grupo pequeno", o de "empregar ao máximo as possibilidades da técnica moderna (para vigilância e comunicação interna) e "construir primeiro a fábrica e depois a prisão".[52]

Mas o problema da dispersão tem outras implicações, nomeadamente porque importa o afastamento da ideia cara a uma certa política criminal de que, em princípio, os privados da liberdade devem estar próximos de seus familiares e amigos.

Aqui estarão em jogo interesses vários e em confronto: saber se, em certas situações, aquela proximidade "dificulta os fins democraticamente estabelecidos para as instituições penitenciárias (a reeducação e a reinserção social do condenado concreto... e a guarda e segurança dos restantes reclusos)" – como pretende Antonio BERISTAIN – ou se os direitos dos funcionários à segurança ou os in-

51. Loc. cit., 257-258.

52. Loc. cit., 392-394.

teresses das vítimas deverão prevalecer, é problema que não pode ser resolvido com a singeleza que se nos apresenta o reputado autor citado [("É a administração penitenciária (e não o condenado) que tem competência para afectar o destino do condenado; é a lei que formula os critérios que devem guiar a administração para decidir] mas, sim, aplicando criteriosamente os princípios que aqui temos salientado – necessidade e proporcionalidade. Certo é que tais princípios apontam para que a "dispersão" seja feita apenas em situação de excepcionalidade (de perigo para a ordem do estabelecimento e para os demais reclusos) e que não deva valer o argumento – igualmente invocado por BERISTAIN – de que muitas vezes devemos decidir "*in dúbio pro victima*".[53-54]

53. "Derechos y Deberes...", loc. cit., 223-225 e 229.

54. Repetimos o que dissemos noutra ocasião: não tem qualquer sentido a ideia, não raras vezes invocadas para, digamos, refrear a vigência da presunção de inocência – ideia ventilada a propósito precisamente da criminalidade violenta ou organizada, para além de outros casos, naturalmente – ligada à necessidade de protecção dos interesses das vítimas criminais, mormente os interesses das vítimas de crimes violentos. Se é hoje inegável que a protecção dos interesses da vítima é uma exigência de justiça e de um Estado social de Direito – não existe uma qualquer colisão ou relação de exclusão com a inarredável consideração de princípios fundamentais do Estado de direito como a tutela da inocência do arguido, com todos os seus corolários, mormente os atinentes às garantias defesa. Aliás, uma consideração adequada e proporcionada da vítima no sistema de justiça penal não deve postergar a própria ideia de ressocialização do condenado. Cfr. JORGE CARLOS FONSECA, "Reforma do processo penal...", loc. cit., 422; IDEM, "Principios del proceso penal y prisión provisional en Cabo Verde", in Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales, coordinador Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La-Mancha, Cuenca, 1997, 115 ss.; JORGE CARLOS FONSECA (org. e coord.)/LOURENÇO LOPES, Estudo sobre a protecção às vítimas de crimes violentos (em particular as mulheres) – Relatório Provisório, AMJ, Praia, 2002, 109.

# O princípio da insignificância e os crimes contra a ictiofauna

Júnior A. Taglialenha
Delegado de Polícia Federal em Três Lagoas/MS.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. A influência da pesca sobre a degradação dos recursos *ictios* – 3. Classificação do crime de pesca – 4. Subsídio para a aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a pesca.

**Resumo:** Ordinariamente, quando nos deparamos com a diminuição dos recursos *ictios* acabamos atribuindo tal situação à pesca, sem levarmos em conta os demais fatores que influenciam a abundância dos peixes. Em conseqüência, a providência reclamada pela sociedade consiste em limitar a pesca, em um pensamento simplista. Isso tanto é verdade que a Lei 9.605/98 acabou incriminando diversas condutas relacionadas com a pesca. Por outro lado, tendo em vista o caráter abstrato da lei, ela acaba atingindo situações que, de fato, necessitariam de aplicação de pena, pois feitas de forma predatória, bem como outras situações em que a incidência de pena se revela excessiva e desnecessária, pois desprovidas de lesividade. Nesse último caso é que se deve aplanar os rigores da lei penal, através da aplicação do princípio da insignificância.

**Palavras-chave:** Pesca predatória – Princípio da insignificância – Crime – Lesividade.

## 1. Introdução

Desde o início dos tempos os produtos provenientes da pesca têm se destacado em importância para a sobrevivência humana. No mais das vezes, o peixe,

como recurso natural, tem sido uma das principais fontes de alimento para determinadas populações.

Apesar dessa inquestionável importância, os recursos *ictios* têm sido alvo de constantes depredações por parte dos seres humanos, que, na busca de sua sobrevivência, ou, não raro, movido por sua insaciável ambição e ganância, tem desrespeitado a natureza e destruído aquilo que levou milhares de anos para ser formado.

O Brasil, país pródigo em recursos naturais, tem se mostrado igualmente pródigo na arte de destruir o meio ambiente, quer seja através de desmatamentos desordenados, poluição dos rios, construções de hidrelétricas sem qualquer preocupação ambiental, desperdícios de recursos hídricos, caça e tráfico de animais silvestres, inclusive animais em extinção, etc., além da prática predatória da pesca.

Com a finalidade de coibir a prática da pesca predatória, a Lei 9.605/98 incriminou diversas condutas, atendendo, assim, os vários clamores da sociedade, não devendo perder de vista o forte apelo político das regiões onde o turismo em virtude da pesca estava sendo ameaçado em razão da rarefação dos peixes causada pela pesca predatória, tal como o Estado de Mato Grosso do Sul, o qual, aliás, foi um dos pioneiros em disciplinar, por meio de lei estadual, a pesca.

Antes da edição Lei 9.605/98, em matéria penal quase nada existia no sentido de sua proteção. Certo é que alguns dispositivos impediam a pesca de cetáceos (Lei 7.643, de 18.12.1987), outros puniam a pessoa que causasse a morte da fauna ictiológica através do uso direto ou indireto de agrotóxico (Lei 7.653, de 12.02.1988) e outros a pesca com a utilização de explosivos e veneno (Lei 7.679, de 23.11.1998). É de se registrar que a Lei 5.197/67, modificada pela Lei 7.653/88, punia com pena de reclusão de um a três anos a conduta de praticar pesca predatória, usando instrumento proibido, explosivo, erva ou substância química de qualquer natureza, porém essa norma foi revogada implicitamente pela Lei 7.679/88, que manteve como crime apenas a conduta de pescar mediante explosivos e substâncias tóxicas.

Vale ressaltar que, muito embora a Lei 7.679/88 tenha mantido como crime apenas a pesca feita com explosivos ou substâncias tóxicas, ela não deixou totalmente desprotegida a fauna aquática, vez que proibiu a pesca:

"I – em cursos d'água, nos períodos em que ocorrem fenômenos migratórios para reprodução e, em água parada ou mar territorial, nos períodos de desova, de reprodução ou de defeso;

*II – espécies que devam ser preservadas ou indivíduos com tamanhos inferiores aos permitidos;*

*III – quantidades superiores às permitidas;*

*IV – mediante a utilização de:*

*a) explosivos ou de substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante;*

*b) substâncias tóxicas;*

*c) aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos.*

*V – em épocas e nos locais interditados pelo órgão competente;*

*VI – sem inscrição, autorização, licença, permissão ou concessão do órgão competente." (art. 1.º).*

Assim, com exceção das condutas mencionadas no inciso VI, *a* e *b*, que constituíam crime, as demais poderiam ser apenadas administrativamente com pena de multa (art. 4.º da Lei 7.679/88). Não era, portanto, inexistente a proteção aos recursos aquáticos, porém em sua defesa era maior a proteção administrativa do que a penal, que somente incidia nos casos mais graves, ou seja, quando a pesca era praticada irracionalmente através do uso de explosivos e substâncias químicas, que afetam toda a biodiversidade aquática, além da poluição das águas pelo uso incauto de agrotóxico, que viesse a provocar a mortandade de peixes, embora essa última conduta não esteja diretamente relacionada com a pesca propriamente dita.

As demais formas de pesca, com exceção da pesca de cetáceos, somente sofriam limitações no âmbito administrativo, sem conseqüências no âmbito penal.

Com a edição da Lei 9.605/98 a proteção penal à ictiofauna tomou outros rumos. Atualmente a lei ambiental, em seus arts. 34 e 35, incrimina diversas condutas que dizem respeito à pesca. Com efeito, dispõe os mencionados artigos:

*"Art. 34 Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:*

*Pena – detenção de (1) um ano a (3) três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.*

*Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:*

*I – pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;*

*II – pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;*

*III – transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.*

*Art. 35 Pescar mediante a utilização de:*

*I – explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante;*

*II – substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente:*

*Pena – reclusão de (1) um ano a (5) cinco anos."*

Além disso, outras condutas, que embora não digam respeito diretamente à pesca, prejudicam a ictiofauna também foram incriminadas.

Entre elas destaca-se a norma contida no art. 33, que pune a conduta de *"provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécies da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras*, a do art. 38, que pune a conduta de "*destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente*", especialmente quando se tratar de mata ciliar, a do art. 39, que igualmente ao art. 38 visa proteger as florestas consideradas de preservação permanente, punindo quem cortar árvores nesses locais e

a do art. 54, que pune quem causa poluição de forma a provocar a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

Foi ampla, portanto, a proteção penal a esse importante recurso.

Porém, existem muitas situações em que a conduta do pescador se adequará ao tipo penal, sem que tenha ocorrido uma ofensa relevante ao bem penal tutelado, máxime se levarmos em conta que o art. 34 da Lei 9.605/98 constitui norma penal em branco, cuja regulamentação é um grande cipoal, confusa, muitas vezes editadas sem qualquer critério jurídico, em frontal desacordo com os princípios da taxatividade, lesividade e certeza.

Tome-se como exemplo a pesca efetuada em local proibido, cuja proibição exista não para preservar os recursos íctios, mas sim para não dificultar a navegação naquele local. Tal conduta se amoldará ao tipo penal previsto no *caput* do art. 34 da Lei 9.605/98, que incrimina a conduta de pescar em lugares interditados por órgão competente, muito embora não se possa falar em dano ambiental que justifique a imposição da pena.

Para corrigir distorções como esta, em que o dano ao bem jurídico tutelado é desproporcional à pena a ser imposta é que existe o princípio da insignificância.

Certo é que a seleção de bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios utilizados nessa seleção, conforme salienta Maurício Antonio Ribeiro Lopes,[1] constituem função do Poder Legislativo e somente a ele compete verificar se determinado bem jurídico possui ou não relevância, se ele merece ou não tutela do Direito Penal.

Contudo, deve-se ter em vista que ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social, não dispondo de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves.[2]

1. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*.- 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 89.

2. ZIPF, Heinz, Introducción a la política criminal, Madrid, Ed. De Derecho Reunidas, 1979, p. 102, *apud LOPES*, Mauricio Antonio Ribeiro, *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.

Para corrigir eventual injustiça na aplicação do tipo penal quando aplicado em casos de lesão mínima ao bem jurídico tutelado, surgiu o Princípio da Insignificância.

Segundo Francisco de Assis Toledo, foi Claus Roxin quem propôs a introdução, no sistema penal, do princípio da insignificância,[3] que permite excluir do campo da ilicitude penal, condutas sem maiores conseqüências, aquelas que causam dano de pequeníssima monta ao bem tutelado, pois a irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena.

A tipicidade penal, assevera Maurício Antônio Ribeiro Lopes, "exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. (...) Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal, porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado".[4]

Não se deve perder de vista que o sistema punitivo do Estado destina-se à tutela jurídica de bens sociais. Segundo Francisco de Assis Toledo a tarefa imediata do direito penal é, "eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos".[5]

Além disso, o direito penal possui caráter subsidiário e fragmentário, que significa que a repressão penal somente deve incidir quando houver agressão socialmente intolerável ao bem tutelado. No dizer de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, "nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal

3. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.

4. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 89.

5. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, 14.

limita-se a castigar ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, posto que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica".[6]

Vale observar que o princípio da insignificância não se trata de critério de seleção de bem jurídico tutelado, pois este compete ao Poder Legislativo, mas sim diz respeito ao grau de intensidade de ofensa ao bem jurídico escolhido pelo legislador como digno de proteção penal.[7] Ou seja, o princípio da insignificância deve ser aplicado sempre que o bem jurídico anteriormente selecionado pelo legislador como relevante sofrer lesão mínima, insignificante, de modo a não justificar a aplicação da sanção penal, tal como a pesca de alguns poucos lambaris em período em que a pesca seja proibida.

## 2. A influência da pesca sobre a degradação dos recursos *ictios*

Quando o crime refere-se à lesão ao meio ambiente, muitas vezes nos deparamos com uma pesada carga de sentimentalismo que sobrepuja as razões jurídicas e lógicas de incriminação, tanto que não são poucas as vozes que negam que exista lesão insignificante ao meio ambiente, de modo a justificar a aplicação do princípio da bagatela. Nada mais errado do que isso. Existem sim lesões que são relevantes, que causam dano ao meio ambiente de modo a justificar a aplicação da pena e, por outro lado, existem outras que sequer arranham o equilíbrio ecológico, e mesmo que formalmente possam ser típicas, certo que materialmente são atípicas, diante da inexistência de possibilidade de dano relevante.

Todos, sem exceção, causamos algum dano ao meio ambiente. Quando ligamos nossos carros para nos dirigirmos ao serviço, estamos produzindo polui-

6. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*,- 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93.

7. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 90.

ção (dano ao meio ambiente). Quando tomamos banho ou lavamos a louça estamos produzindo esgoto (dano ao meio ambiente). Se fumamos, estamos produzindo poluição (dano ao meio ambiente). Se consumimos produtos embalados em latas, garrafas, materiais plásticos etc., estamos produzindo lixo (dano ao meio ambiente). Assim, se partirmos da falsa premissa de que qualquer dano deva ser punido sem exceção, obviamente devemos chegar à conclusão que tais condutas também deveriam ser incriminadas.

Porém, tais condutas, embora lesivas ao meio ambiente, são socialmente aceitas. E existem mesmo condutas que formalmente se amoldam a um tipo penal, porém a agressão ao bem jurídico é tão ínfima, que não deve sofrer uma sanção penal, tal como ocorre no caso da pesca de uma tilápia (peixe que se reproduz o ano todo e se prolifera com facilidade) em época de piracema. Seria mesmo risível levar à barra do cárcere pessoa que tenha cometido tão ínfima e insignificante conduta.

Veja que a Lei 9.605/98 em alguns tipos penais exigiu expressamente a ocorrência de dano significante ao meio ambiente para que a conduta seja considerada típica. A propósito, o art. 54, *caput*, somente incrimina a circunstância de causar poluição se ela puder resultar em danos à saúde humana ou provocar a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. Por aí bem se vê que o próprio legislador não se contentou para a incriminação da conduta que cause um pequeno dano ao meio ambiente, mas exigiu que o dano fosse significativo. Pois bem, se a poluição, que sem dúvida é atualmente a pior forma de agressão ao meio ambiente e a que está trazendo maior mazela à humanidade, tal como a mudança climática, somente é punida quando possuir certa gravidade, porque então se punir outras condutas quando trouxer ofensa insignificante ao meio ambiente?

Ademais, em outros países também existe a exigência da ocorrência de dano relevante ao meio ambiente para caracterizar o crime ambiental. Tome-se como exemplo o art. 278 do Código Penal português, que define o crime de danos contra a natureza, redigido da seguinte forma:

"1. Quem, não observando disposições legais ou regulamentares, eliminar exemplares de fauna ou flora ou destruir *habitat* natural ou esgotar recursos do subsolo, de forma grave, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2. Para os efeitos do número anterior o agente atua de forma grave quando:

a) Fizer desaparecer ou contribuir decisivamente para fazer desaparecer uma ou mais espécies animais ou vegetais de certa região;

b) Da destruição resultarem perdas importantes nas populações de espécies de fauna ou flora selvagens legalmente protegidas;

c) Esgotar ou impedir a renovação de um recurso do subsolo em toda uma área regional.

3. Se a conduta referida no n. 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa."

Importante notar que em Portugal o crime de danos contra a natureza surge como um crime de desobediência qualificada pela ocorrência de um dano ambiental e esse dano deve ser revestido de um caráter de especial gravidade.

Quando o problema se refere à pesca, não são poucos os que entendem ser ela perniciosa e que o desaparecimento dos peixes se deve exclusivamente à sua prática, num pensamento simplista, esquecendo-se que o sumiço dos peixes em nossos rios deve-se também, e até com maior intensidade, a outros fatores, tais como a poluição, o assoreamento dos rios, o desmatamento das matas ciliares, a erosão nos leitos dos rios, a construção de barragens, a eliminação de lagoas e alagadiços marginais, etc.

Por outro lado, os produtos provenientes da pesca têm importância ímpar para a sobrevivência humana, pois, no mais das vezes, o peixe, como recurso natural, tem sido ao longo dos tempos uma das principais fontes de alimento para determinadas populações. Assim, diferentemente do que ocorre em outros delitos, que somente trazem mazelas à sociedade, como o tráfico de drogas, a pesca é uma forma útil e necessária ao homem e, portanto, somente deve ser punida em

casos absolutamente necessários, ou seja, quando ela for realmente predatória, quando causar sérios riscos de comprometer os estoques pesqueiros.

Ademais, como já mencionado, a pesca desempenha papel secundário na destruição desse importante recurso natural, sendo que outros fatores contribuem ou chegam a ser mesmo a principal causa de degradação da ictiofauna.

Segundo Melquíades Pinto Paiva[8] as causas da redução dos recursos íctios podem ser divididas em dois grupos: os determinados por causas naturais e os determinados pela ação do homem.

Dentre as causas naturais de redução da ictiofauna encontram-se as *friagens* nos lagos amazônicos e a *dequada* no pantanal mato-grossense, que causam grande mortandade de peixes. Esses fenômenos naturais não são passíveis de serem evitados pelos homens.

Contudo, as maiores causas de redução da ictiofauna deve-se à ação antrópica. Dentre elas as que causam maior degradação desse recurso relacionam-se com a alteração do meio aquático e de suas condições físico-químicas, como o desmatamento das margens dos rios, a poluição, a construção de barragens, o assoreamento e erosão dos leitos dos rios, bem como a destruição dos lagos e alagadiços marginais.

O desmatamento das margens dos cursos d'água produz sérios desequilíbrios nas condições ambientais, repercutindo de maneiras diversas no meio fluvial. Inicialmente, a mata ciliar funciona como um verdadeiro "filtro", impedindo que diversas impurezas cheguem até a água. Ademais, a vegetação marginal concorre para a consolidação das margens, oferecendo resistência contra o esforço contínuo de desgaste e erosão das margens, além de constituir em refúgio para diversas espécies aquáticas. Além disso, a mata ciliar é fonte de alimentos para diversas espécies que se alimentam diretamente de seus frutos, tal como o pacu, além de contribuir para a adubação do fundo dos rios, fornecendo nutrientes para a alimentação dos peixes.

8. PAIVA, Melquíades Pinto. *Peixes e Pescas de Águas Interiores do Brasil.* Editerra. P. 57.

A destruição da faixa de vegetação marginal, segundo Pedro de Azevedo,[9] traz como primeira e principal conseqüência o êxodo de várias espécies, que são forçadas a abandonar continuamente os centros mais populosos, em busca de locais em que as condições da natureza permaneçam inalteradas. A supressão da vegetação ao longo do curso d'água pode levar ao desaparecimento de várias espécies por inanição.

Vale notar que a ausência de matéria orgânica nos leitos dos rios resulta em ausência de alimentos para os peixes, impedindo a sua abundância. Isso tanto é verdade que em barragens de hidrelétricas como a de Jupiá, no município de Castilho/SP, apesar de sua grande extensão, devido à falta de alimentos para os peixes, existe uma quantidade insatisfatória de peixes, muito embora a prática de pesca predatória nessa região se situe basicamente à jusante da barragem. Diferentemente, na hidrelétrica "Sérgio Motta", no município de Primavera/SP, em razão de existir grande quantidade de matéria orgânica, tendo em vista o fato de o enchimento do reservatório ter sido recente e haver grande quantidade de vegetais encobertos pela água, a quantidade de peixes é muitíssimo maior, apesar de aí o esforço de pesca ser significativamente maior do que no reservatório de Jupiá.

O art. 38 da Lei 9.605/98 incrimina a conduta de destruir ou danificar floresta de preservação permanente, tal como a mata ciliar. Contudo, é de se ver que em boa parte do país as matas ciliares já foram retiradas, havendo assim necessidade de reflorestamento. Com certeza para que possa ocorrer efetiva preservação dos recursos ictios, mais importante que processar pescadores por ter capturado irregularmente dois ou três peixes consiste em adotar ações que visem a recuperar as matas ciliares.

9. AZEVEDO, Pedro de. Exploração racional da ictiofauna: fatores de redução: poluição e piscicultura: notas sobre poluição, ictiologia e piscicultura. Faculdade de Saúde Pública da USP. Instituto de Pesca – C.P.R.N. – S.A.

Outra grande causa de degradação da biota aquática é a poluição. Poluição, segundo Carlos Ernani Constantino[10] "é a contaminação dos diversos ambientes vitais (terra, água, ar), pelo fato de o homem introduzir neles substâncias ou energias nocivas, acarretando vários danos ao bom desenvolvimento da vida de todos os seres – humanos, animais e vegetais –, bem como provocando prejuízos à própria conservação dos recursos naturais disponíveis". Em termos amplos, toda alteração no meio que afete os seres aquáticos pode ser considerada como agente de poluição das águas.[11] De modo mais restrito, a poluição dos rios decorre do aporte excessivo de material em suspensão, nutrientes, matéria orgânica e substâncias tóxicas, em conseqüência de projetos de mineração, desenvolvimento agrícola com uso intensivo de fertilizantes e pesticidas, descargas de esgotos e efluentes industriais.[12]

Além de constituírem perigo à saúde pública, as águas poluídas têm influência nociva e deletéria sobre as plantas e animais aquáticos, podendo, inclusive, suprimir a vida animal em determinados trechos dos rios.[13] Vale notar que os peixes são muito sensíveis a modificações do meio em que vivem, constituindo o grupo animal mais evoluído que depende exclusivamente da água e, desta forma, qualquer contaminação do meio aquático trará conseqüências desastrosas. Não bastasse, a poluição não se faz sentir apenas diretamente sobre os peixes; acarreta, também, modificações no meio, traduzidas pela destruição de outros animais e plantas.[14]

10. CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos ecológicos: a lei ambiental comentada: artigo por artigo: aspectos penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 181.

11. PAIVA, Melquíades Pinto. *Peixes e Pescas de Águas Interiores do Brasil*. Editerra, p. 62.

12. PAIVA, Melquíades Pinto. *Peixes e Pescas de Águas Interiores do Brasil*. Editerra, p. 62.

13. AZEVEDO, Pedro de. Exploração racional da ictiofauna: fatores de redução: poluição e piscicultura: notas sobre poluição, ictiologia e piscicultura. Faculdade de Saúde Pública da USP. Instituto de Pesca – C.P.R.N. – S.A., p. 163.

14. AZEVEDO, Pedro de. Exploração racional da ictiofauna: fatores de redução: poluição e piscicultura: notas sobre poluição, ictiologia e piscicultura. Faculdade de Saúde Pública da USP. Instituto de Pesca – C.P.R.N. – S.A., p. 163.

O art. 54 da Lei 9.605/98 tipificou como crime a conduta de causar poluição, exigindo, contudo, que da poluição possa resultar dano à saúde humana, ou provocar a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

A poluição das águas, sem qualquer sombra de dúvida, é muito mais grave que a pesca, pois ela mata indistintamente peixes adultos e jovens, além de afetar outros animais e plantas, destruindo, inclusive, o plâncton.

A gravidade dos efeitos da poluição sob a ictiofauna pode ser observada facilmente em rios poluídos, tal como o rio Pinheiros na capital paulista. Nesse rio, apesar de não haver atividades pesqueiras, inexiste peixes devido à forte poluição lá existente.

Apesar da gravidade da poluição das águas, o legislador exigiu para a tipificação da conduta, que a poluição fosse grave a ponto de comprometer a saúde humana ou causar a mortandade (grande número de mortes) de animais ou a destruição significativa da flora.

Por aí bem se vê que o intuito da Lei Ambiental não era criminalizar qualquer conduta, como as que causem dano insignificante ao meio ambiente. Por certo se o legislador entendesse que qualquer dano ambiental devesse ser punido com prisão, certamente não exigiria a ocorrência de dano significativo justamente no crime de poluição, que é um dos mais graves, haja vista sua ação deletéria sobre a vida. É bom que se deixe bem claro que em termos ambientais a poluição de cursos d'água é muito mais grave que a pesca, e se a lei exigiu para a tipificação daquela a ocorrência de dano relevante, certamente para esta não se contentará com danos insignificantes, devendo ser aplicado o princípio da insignificância sempre que a lesão ao bem jurídico tutelado não justificar a aplicação da pena.

Outro fator de diminuição dos seres aquáticos é o represamento dos rios, que dificulta ou impede as migrações normais dos peixes, contribuindo para a redução ou extermínio das espécies reofílicas (espécies de água corrente), que dependem da dinâmica fluvial para a reprodução. Além de prejudicar a migração dos peixes, o represamento das águas causa problemas relacionados a modifica-

ções na extensão, cronologia e qualidade das zonas de desovas, alevinagem e alimentação, devido às alterações na velocidade, temperatura, química e turbidez da água,[15] além de influir no regime das cheias. Ademais, os grandes reservatórios formados pelas barragens acabam decantando a matéria orgânica existente na água e, em conseqüência, haverá diminuição da quantidade de peixes devido a diminuição da quantidade de alimentos.

Vale notar que a construção de hidrelétricas causa normalmente o sumiço dos peixes, especialmente das espécies reofílicas. De forma muito mais intensa que a pesca a construção de hidrelétricas afeta a reprodução dos peixes, contribuindo para a escassez dos produtos ictios.

Atualmente as novas hidrelétricas estão sendo construídas com escadas ou elevadores de peixes, diminuindo, assim, um pouco o impacto ambiental. Contudo, existem ainda muitas hidrelétricas sem escadas para peixe, tal como a hidrelétrica de Jupiá, no município de Castilho/SP, fato que impede peremptoriamente a reprodução das espécies reofílicas. Porém, é bom que se diga, as escadas ou elevadores de peixes somente produzem o efeito desejado se à montante da barragem existir cursos d'águas com corredeiras suficientes para a reprodução dos peixes. Caso contrário, a única utilidade das escadas e elevadores de peixes será transportar o peixe da jusante para a montante da barragem, sem que isso tenha reflexos na reprodução dos peixes.

A destruição das lagoas e alagadiços marginais também contribui para a diminuição dos recursos ictios, pois estes locais constituem importantes biótopos dos peixes. Neles vivem e desovam muitas das suas espécies, constituindo-se nos principais criadouros dos alevinos, que aí encontram alimentação mais variada e abundante. A grande riqueza piscícola dos rios dos pantanais decorre do seu alagamento, nas cheias, que inunda vastas áreas, que se tornam excelentes viveiros de peixes novos, os quais retornam já adultos ao leito do rio, ao ocorrer a baixa das águas, durante a seca.

15. PAIVA, Melquíades Pinto. *Peixes e Pescas de Águas Interiores do Brasil.* Editerra, p. 63.

O assoreamento e erosão dos leitos dos rios também são problemas assaz importantes na degradação da ictiofauna, assumindo proporções calamitosas em certas localidades, tal como na região oeste do Estado de São Paulo, onde poucos são os cursos d'águas que ainda não apresentam sinais de assoreamento e erosão. O assoreamento consiste no carreamento de sedimentos ou materiais detríticos para os leitos dos rios. Este pode se dar em virtude do vento, de construções humanas ou, especialmente, através das águas das chuvas, que, devido à má conservação do solo decorrente da falta de curvas de níveis e terraços, bem como a ausência de vegetação, provocam erosões, conduzindo os sedimentos até os mananciais de água. A ausência de mata ciliar também contribui para o assoreamento dos leitos dos rios.

O assoreamento causa diversos efeitos sobre a ictiofauna: inibe o crescimento da vegetação aquática, cobre os ovos depositados em ninhos dos substratos brandos, impede a desova das espécies cujos ovos aderem a substratos duros, afugenta os peixes que preferem águas limpas e bem oxigenadas e diminuem a acumulação d'água.[16] Esse último efeito é facilmente percebível em pequenos cursos d'águas, que são transformados em delgados filetes d'água, sem poços, onde o desenvolvimento da fauna aquática fica praticamente impossibilitado. Esse, sem dúvida, juntamente com a poluição, é um dos maiores problemas existente nos rios do Estado de São Paulo. Como exemplo claro citamos o rio Mandaguari, em Presidente Prudente/SP, que outrora era muito piscoso e hoje se encontra transformado em um raso canal d'água e o rio do Peixe, em que não existem mais poços, entre outros.

Vale notar que ao contrário da pesca, que uma vez cessada ou diminuída, permite uma rápida recuperação dos recursos ictios, no caso de assoreamento é praticamente irreversível a situação, ou ao menos é muito difícil e custosa a recuperação dos mananciais.

16. PAIVA, Melquíades Pinto. *Peixes e Pescas de Águas Interiores do Brasil*. Editerra, p. 110.

Além desses fatores que causam alterações ambientais, refletindo-se diretamente sobre a capacidade de renovação dos estoques de peixes, a pesca, quando praticada de forma irracional, pode agir de forma deletéria sobre a ictiofauna.

O problema relacionado à pesca e a criminalização de condutas ligadas à sua prática envolve grande complexidade.

Primeiro, porque, como já afirmado, o peixe constitui em grande fonte de proteína de boa qualidade para a alimentação da população, não fazendo qualquer sentido proibi-la sem que haja real necessidade, devendo-se proceder apenas ao seu disciplinamento para que seja feita de forma racional. Segundo, porque centenas de pessoas dependem diretamente da sua prática para a sua própria subsistência.

Ademais, como já visto acima, a abundância ou o despovoamento dos nossos cursos d'água encontra-se relacionado não só com a pesca, mas com uma série de fatores físicos e químicos que modificam o meio aquático, além do primordial que é alimentação.

Pedro de Azevedo[17] observou que sempre que se enfrenta o problema do despovoamento de nossos rios a providência automaticamente reclamada é a restrição da pesca, sem que se atente para os demais fatores, numa atitude simplista, que muitas vezes se mostra ineficaz e até mesmo contraproducente.

Esse posicionamento, segundo ele, já foi adotado em muitos países, com inevitáveis malogros. Mas devido aos modernos estudos biológicos vieram a modificar diversos conceitos já superados. Passaram, ao invés de proibir a pesca, incentivá-la, vez que a produção pesqueira no interior desempenha importante papel na alimentação da população, além de evitar os transtornos referentes ao transporte do peixe de água salgada, dentre os quais a manutenção de seu bom estado sanitário.[18]

17. AZEVEDO, Pedro de. Exploração racional da ictiofauna: fatores de redução: poluição e piscicultura: notas sobre poluição, ictiologia e piscicultura. Faculdade de Saúde Pública da USP. Instituto de Pesca – C.P.R.N. – S.A., p. 163 e ss.

18. AZEVEDO, Pedro de. Exploração racional da ictiofauna: fatores de redução: poluição e piscicultura: notas sobre poluição, ictiologia e piscicultura. Faculdade de Saúde Pública da USP. Instituto de Pesca – C.P.R.N. – S.A., p. 164.

Ocorre que, em se tratando de pesca, o mais correto seria falar em manejo adequado dos recursos ictios a fim de se evitar o comprometimento de futura produção. Em se garantindo a reposição dos estoques não haveria motivo para se proibir ou limitar a pesca.

O tema ganha maior complexidade se levarmos em consideração que dentre os peixes, diversamente do que ocorre com os mamíferos, não existe correlação entre o número de matrizes e o número de prole. Segundo Pedro Azevedo os estudos sobre populações de peixes têm demonstrado que não há conexão necessária entre a quantidade de ovos de uma determinada postura e o número de indivíduos que sobrevivem, pois o aproveitamento do contingente anual de uma espécie depende muito mais de uma série de outros fatores ligados ao ambiente, tais como a carência de alimentos, as condições físico-químicas desfavoráveis, o aumento de predadores, que influem na taxa de mortalidade, do que propriamente do número de reprodutores.

Esse mesmo autor esclarece que a restrição da pesca só se impõe quando excessiva, pois, se asseguradas as condições naturais de uma bacia hidrográfica, os efeitos da pesca racional, no que se refere ao equilíbrio de sua população, são pouco sensíveis, a não ser em casos especiais, vez que os claros abertos serão facilmente preenchidos com a redução da concorrência alimentar dos exemplares que atingiram o tamanho considerado ótimo.[19]

Pescarias bem orientadas podem desempenhar o papel de desbaste natural de populações pesqueiras, proporcionando capturas elevadas, sem qualquer prejuízo à renovação populacional.

Talvez seja por esses fatores que, antes da Lei 9.605/98, a desobediência às restrições de pesca não fosse considerada crime, pois os problemas relacionados à pesca dizem mais respeito à administração dos recursos do que propria-

19. AZEVEDO, Pedro de. Exploração racional da ictiofauna: fatores de redução: poluição e piscicultura: notas sobre poluição, ictiologia e piscicultura. Faculdade de Saúde Pública da USP. Instituto de Pesca – C.P.R.N. – S.A., p. 166.

mente em necessidade de proibição de condutas. Contudo, frente aos abusos fez-se necessária a incriminação.

Ainda sob o arrimo de Pedro de Azevedo, deve-se notar que à natureza não interessa a maneira pela qual se mata o peixe. O que lhe interessa é que não seja reduzido o estoque pesqueiro, por qualquer modalidade de pesca, a ponto de comprometer a sua reposição futura.[20]

Portanto, do ponto de vista prático, relevante penalmente é a pesca "que atingisse indistintamente toda a fauna aquática, nas diversas fases do ciclo vital. Pode ser praticada por meio de venenos, explosivos, tapagens e utilização de grandes redes com malhas muito pequenas".[21]

Por analogia ao conceito dado pelo ilustre autor a pesca efetuada em locais que barrem a passagem dos peixes, tais como nas cachoeiras e hidroelétricas, também pode ser considerada criminosa, vez que pode ser considerada predatória.

Vale notar que apesar de proibida a pesca nas proximidades de barragens e cachoeiras, esses são os locais preferidos por pescadores inescrupulosos, que utilizam tarrafas para a pesca, capturando facilmente grande quantidade de peixes, que aí se acumulam em razão de não poderem subir à montante de tais obstáculos. Na barragem da hidrelétrica de Jupiá é comum a prática de tal pesca predatória por parte de pescadores profissionais, que possuem barcos equipados com potentes motores para escaparem da ação da polícia ambiental. Pior é que esse tipo de pesca ocorre principalmente em época de desova, quando os peixes estão migrando e acabam acurralados por tais obstáculos, sendo alvo fácil da pesca predatória.

20. AZEVEDO, Pedro de. Exploração racional da ictiofauna: fatores de redução: poluição e piscicultura: notas sobre poluição, ictiologia e piscicultura. Faculdade de Saúde Pública da USP. Instituto de Pesca – C.P.R.N. – S.A., p. 165.

21. PAIVA, Melquíades Pinto. Peixes e Pescas de Águas Interiores do Brasil. Editerra, p. 59. Esse mesmo autor em outra passagem afirma que "*a construção de tapagens e o emprego de grandes redes de arrasto com malhas muito pequenas, quando realizado freqüentemente em ambientes aquáticos restritos, não deixa de ser uma forma de pesca criminosa. Isto porque alcança toda a ictiofauna, sem seleção de espécies e de tamanhos, além das perturbações provocadas nas áreas marginais, de extrema importância para a vida dos peixes.*" (p. 60).

Por sua vez, a utilização de redes com malhagens inferiores às permitidas pelo IBAMA, nem sempre constituirá prática de pesca predatória. Ocorre que existem redes com diversos tamanhos de malhas, destinadas à captura de variadas espécies. A rede destinada à captura do lambari por certo não poderá ter a mesma malhagem que a rede destinada à captura do dourado ou do pintado.

Assim, para a verificação de que se está ou não diante da prática de pesca predatória deverá se buscar apurar qual a espécie que estava sendo alvo da pescaria, afinal seria mesmo absurdo punir o pescador por pescar o lambari somente porque a rede possuía malhas de tamanhos inferiores a, v.g, 120 mm (Portaria IBAMA 21/93). Obviamente, tal raciocínio não deve ser aplicado em cursos d'água em que existam espécies cujo tamanho mínimo é disciplinado em normas ambientais, pois havendo a possibilidade de espécimes pequenos desses peixes serem capturados, a proibição do uso de redes com malhas inferiores à permitida faz-se necessária para evitar justamente a captura de pequenos exemplares desses peixes. O que aqui se quer deixar claro é que, no mais das vezes, os órgãos ambientais responsáveis pelo disciplinamento da pesca preocupam-se em editar normas para disciplinar a pesca em cursos d'água em que a pesca é relevante. Contudo, como o disciplinamento é genérico, acabam atingindo situações em que uma determinada proibição não faz qualquer sentido, como, por exemplo, a pesca efetuada em um pequeno açude em que exista somente tilápia. Não é porque o órgão ambiental, preocupado com a pesca realizada em rios que possuam outras espécies como o pintado, dourado etc, limitou o tamanho mínimo da rede em uma determinada região, sem levar em conta a situação especial desse açude, justamente por a pesca nesse local não apresentar maior relevância, é que transformará o uso de uma rede com malhas inferiores à permitida nos rios em equipamento predatório para a pesca de tilápia naquele açude. As normas regulamentadoras da pesca exigem uma interpretação teleológica, através da qual deve-se buscar qual a real finalidade da proibição ou limitação da pesca, sob pena de se cometer grotescas injustiças.

Ademais, como ressalta Pedro de Azevedo, certas espécies são predominantes de certos ambientes, exigindo-se um constante desbaste para evitar as superpopulações. Essas espécies devem ser submetidas a um racional desbaste, porque o aumento de sua abundância dificulta o seu crescimento e favorece a predação que exercem sobre a prole das espécies mais nobres e, conseqüentemente, de maior valor comercial.

Além disso, não se pode perder de vista que a quantidade de alimentos existente em um curso d'água é limitada. Assim, o aumento do número de exemplares poderá conduzir ao aumento da predação entre espécies, além de que, atingido certo nível, os exemplares não terão possibilidade de se desenvolverem, por falta de alimentos. Se não for feito o desbaste racional, poderá atingir-se uma situação em que exista grande quantidade de indivíduos de pequeno tamanho, que não conseguiram atingir seu tamanho ideal dada a inanição.

Portanto, limitações nos tamanhos das malhas das redes devem ser procedidas com muito cuidado, mediante minucioso estudo, para que não se obtenha efeito exatamente contrário ao planejado, prejudicando justamente as espécies que se visava proteger.

Salvo a pesca predatória, somente em casos especiais é que deverá ser limitada a pesca.

Um desses casos ocorre quando atingida a sobrepesca. Dá-se a sobrepesca quando a exploração dos recursos ictios é maior que a capacidade de repovoamento. Obviamente tal situação deve ser evitada, pois causa desequilíbrio da população aquática, comprometendo futuro aproveitamento dos estoques pesqueiros, afrontando diretamente o preceito contido no art. 225, *caput* da Constituição Federal, que garante a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Portanto, pelo exposto, é fácil concluir que a pesca, desde que realizada de forma racional, adotando-se um manejo eficaz dos recursos, não é causa de degradação ambiental, além de ser útil à coletividade, servindo como rica fonte de alimentos para a população.

Assim, somente a pesca predatória, entendida esta como sendo a que causa a morte de grande quantidade de indivíduos, sem qualquer respeito com a sua fase de desenvolvimento, atingindo espécimes adultos e alevinos, é que deve ser tratada como pesca criminosa, por possuir relevância na degradação do meio ambiente.

Outras limitações à pesca somente devem ser adotadas quando atingida a sobrepesca, a fim de possibilitar a reposição dos estoques.

Em contrapartida, a preservação desse importante recurso envolve não somente o controle da pesca, mas, principalmente, a conservação do meio aquático, pois, como já reportado, o peixe é o animal mais sensível às modificações do meio em que vive.

A simples proibição da pesca não é suficiente para se garantir a preservação dos seres aquáticos. De nada adiantaria proibir a pesca se as águas viessem a ser poluídas, pois aí teremos simplesmente o desaparecimento da vida nas águas, ainda que todos os pescadores desse país sejam presos por desobediência às normas de pesca. Exemplo disso é o rio Tietê, na cidade de São Paulo/SP, cujas águas poluídas impedem o desenvolvimento da vida. Nesse local, nada adiantaria proibir a pesca, pois tal medida em nada colaboraria para a existência de vida naquelas águas.

Ademais, ainda que seja proibida toda a pesca deste país, não haveria sensível aumento da população íctia, vez que esta se encontra limitada à quantidade de alimentos existentes nos rios. Se a quantidade de alimentos encontra-se reduzida em virtude da destruição da mata ciliar, por óbvio a produção pesqueira será diminuta, pois seria o mesmo que tentar criar cinqüenta cabeças de gado em um pasto que somente comporta três. Eles simplesmente definhariam até que se atingisse o equilíbrio, no qual poucos espécimes restariam.

Bem se vê que o problema relativo à conservação dos recursos ictios envolve muito maior complexidade do que a simples restrição à pesca. É preciso fazer muito mais que isso: é necessário evitar a todo custo a poluição das águas, reflorestar os leitos dos rios ou impedir o desmatamento dos que ainda possuem mata ciliar, adotar medidas eficazes no combate ao assoreamento, preservar as

lagoas e alagadiços marginais e adotar medidas compensatórias quando das construções de barragens.

## 3. Classificação do crime de pesca

Para melhor posicionar o princípio da insignificância frente aos tipos penais de pesca, necessário se faz verificar se se trata de crime material, formal, de mera conduta, de perigo abstrato ou de perigo concreto.

A questão é deveras tormentosa, tendo em vista que a Lei 9.605/98, em seu art. 36 definiu pesca como sendo "todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora".

O uso da palavra tendente pela Lei Ambiental, na prática, vem trazendo diversas dificuldades não só para saber se para a consumação da pesca faz-se necessária ou não a efetiva captura de peixes, moluscos ou vegetais hidróbios, bem como em saber qual o exato momento em que se inicia a prática do crime.

Tais dificuldades decorrem do fato de que a palavra "tender", segundo Aurélio,[22] significa dirigir-se, encaminhar-se; propender; visar, ter em vista ou por fim; dispor-se, destinar-se; apresentar tendência, inclinação ou disposição para algo; aproximar-se, acercar-se; aspirar, pretender.

Obviamente, caso seja adotada uma interpretação literal do art. 36 da Lei 9.605/98, chegaremos à conclusão de que tanto o início da execução do crime de pesca como a sua consumação são modificados pelo adjetivo "tendente" utilizado pela lei ambiental para a definição de pesca, pois, v.g, no momento em que o pescador adquire uma rede de malhas proibidas com a intenção de realizar a pesca

22. Ferrreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

(fato que em nosso ordenamento jurídico constituiria mero ato preparatório) já estaria praticando um ato tendente (que apresenta tendência, inclinação) a capturar peixe mediante o uso de petrecho proibido e, em decorrência, estaria realizando um ato de execução do crime, ou o que é pior, se levarmos essa interpretação literal às últimas conseqüências, chegaremos à conclusão de que o crime, nesse momento, já estaria consumado, vez que, nos termos do art. 14, I, do CP, considera-se consumado o crime quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal, e inegavelmente o pescador já teria realizado um ato tendente a retirar, apanhar, apreender ou capturar peixe mediante a utilização de petrecho não permitido, ou seja, sua conduta expressaria total conformidade com a hipótese abstrata descrita pela norma penal incriminadora, já que teria realizado por completo a conduta prevista no tipo penal do art. 34, parágrafo único, II, da Lei 9.605/98, muito embora sua conduta até então sequer em termos de probabilidade tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado.

A primeira vista, tal interpretação parece absurda, pois a indefinição da conduta típica, por si só se encarregaria de conduzir a norma penal à sua inconstitucionalidade, pois haveria evidente afronta ao princípio da taxatividade (mandato de certeza),[23] que é corolário direto do princípio da legalidade e exige que o tipo penal seja suficientemente claro e determinado, o que não ocorreria se admitíssemos literalmente o emprego do vocábulo "tendente", afinal, basta um comezinho esforço para se perceber que não é taxativa a lei que pune a prática de "*todo ato tendente* a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios", pois a prática de "todo ato tendente" pode englobar infinitas situações, tornando indeterminada a conduta típica.

23. Ensina-nos Mauricio Antônio Ribeiro Lopes que o princípio da taxatividade, diz respeito à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo legal e no estabelecimento da sanção para que exista real segurança jurídica (*in Princípios Políticos do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (Série princípios fundamentais do direito penal moderno; v. 3), p. 83).

Obviamente não nos parece lícito interpretar uma lei de modo a conduzi-la a sua inconstitucionalidade.

Ademais, sob o arrimo de Nelson Hungria, é de salientar que nosso Código Penal acolheu a teoria realística, segundo a qual é inconcebível "*o crime sem que haja uma atuação voluntária, acarretando, pelo menos, uma situação de perigo, uma probabilidade de dano a um bem jurídico penalmente protegido*".[24] Igualmente ressalta o pranteado penalista que o Código brasileiro não pactuou com a teoria subjetiva ou voluntarística, que se satisfaz com a exteriorização da vontade inequivocamente dirigida ao crime; nem com a teoria sintomática, que se contenta com a manifestação de periculosidade subjetiva.[25] Em nosso ordenamento jurídico, para que exista crime, é "necessário que haja, pelo menos, 'começo de execução' dêste, isto é, que o agente inicie a *aggressio operis*, o ataque direto ao bem jurídico de que se trata"[26] (...) "Revelar a vontade de cometer um crime, ainda que por atos inequívocos, mas sem que se apresente uma situação de hostilidade imediata ou direta contra o bem jurídico penalmente protegido, será uma tentativa conjectural ou hipotética, jamais uma tentativa real ou que ponha em sério e efetivo perigo a indenidade dêsse bem".[27]

Assim, é forçoso concluir que os crimes de pesca previstos nos arts. 34 e 35 da Lei 9.605/98 têm seu momento inicial no momento exato em que o petrecho utilizado é jogado na água, ou ao menos é arremessado à àgua.

Somente a partir desse momento é que se pode falar em tentativa. Portanto é atípica a conduta do pescador que se encontra com seu barco no rio portando rede ilícita, antes desse petrecho ser colocado ou jogado na água.

Tal afirmação, de tão óbvia, parece indicar que a discussão a respeito é puramente acadêmica. Contudo, na prática, a Polícia Ambiental, ao menos nas

24. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, v. I, t. II, p. 76.

25. Idem, p. 76.

26. Idem, p. 76.

27. Idem, p. 80.

águas do rio Paraná, próximo a Três Lagoas/MS e Castilho/SP, tem autuado pescadores que se encontram dirigindo-se ao rio com petrecho proibido, sem ainda ter feito uso do petrecho, encaminhando *notitia criminis* ao Ministério Público Federal.

De outro lado, existe entendimento de que para a realização do tipo penal basta, por exemplo, a arrumação do anzol na linha, à beira do rio, mesmo que ainda não tenha sido lançado às águas (vide: *Boletim dos Procuradores da República*, n. 48: http:// www.anpr.org.br/boletim/boletim48/paulo.htm).

Ademais, em julgado recente da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, decidido por unanimidade, entendeu os julgadores que o crime de pesca em local ou período proibido se consuma independentemente da efetiva coleta de peixes, "*sendo suficientes os atos tendentes a tal fim*" (RSE 2.389/SP, REG. 1999.61.03.002702-7, *DJU* 26.09.2000, p. 468).

Daí bem se vê que a discussão não é somente acadêmica, mas do ponto de vista prático ela possui total pertinência.

Contudo, parece-nos não ter fundamento jurídico tal entendimento, pelos motivos já expostos. A propósito, deve ser lembrado que esta não foi a primeira vez que o legislador penal fez uso da palavra tendente. Ao definir o crime de "atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo", no art. 261, *caput*, do Código Penal, o legislador definiu a conduta típica da seguinte forma: "Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato *tendente* a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea".

Apesar de o legislador ter definido como crime a conduta de praticar qualquer ato *tendente* a impedir ou dificultar a navegação marítima, fluvial ou aérea, não se vê na doutrina qualquer entendimento estendendo a abrangência do tipo penal a situações em que efetivamente não ocorra perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Explico: se a palavra "tendente" nesse tipo penal fosse aplicada literalmente ao crime em questão, como querem alguns no caso de crime de pesca, bastaria para a configuração do crime previsto no *caput* do art. 261 a execução de qualquer ato "tendente" a impedir ou dificultar a navega-

ção para a realização do tipo penal, tal como ocorreria com a pessoa que ainda se encontrasse dirigindo-se até o local em que se encontra fundeado um navio, para impedi-lo de navegar. Porém não se vê na doutrina qualquer entendimento desse naipe.

Damásio E. de Jesus, ao comentar o mencionado tipo penal leciona a respeito do art. 261, *caput*, do Código Penal, que "na segunda figura típica a lei exige que o sujeito realize qualquer ato idôneo a impedir (tornar impraticável, obstruir) ou dificultar (tornar difícil, opor óbices) a navegação marítima (que se faz pelo mar), fluvial (que se faz pelos rios) ou aérea (que é feita pelo ar), excluída da tutela legal a navegação lacustre, *i. e.*, a que se faz pelos lagos."[28]

Ora se para a configuração do tipo penal previsto no art. 261 do CP, que também fez uso da palavra tendente, é necessária a prática de atos idôneos a impedir ou dificultar a navegação, por que motivo no crime de pesca bastaria a prática de ato que sequer em termo de probabilidade colocaria em risco o equilíbrio ecológico, tal como o dirigir-se a um rio com uma rede de malha ilícita, antes de fazer uso da mesma?

Deve-se perceber ainda, que as duas modalidades do crime previsto no *caput* do art. 261 do CP tratam-se de crime de perigo concreto e mesmo que a lei não fizesse uso da palavra tendente, ainda seria assim. A estrutura desse tipo penal, independentemente da palavra tendente, é que torna o crime em tela crime de perigo.

No caso do crime de pesca, o crime é material independentemente do uso da palavra tendente. É material porque a lei exige um resultado naturalístico consistente na efetiva captura do peixe para a consumação do delito. Tome como exemplo a pesca de quantidade superiores à permitida (art. 34, parágrafo único, II). Obviamente, somente existirá crime quando forem efetivamente capturados espécimes de forma a extrapolar a cota legal. Antes disso

28. JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 25. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva,2002, p. 318.

sequer em crime há de se falar, quanto mais em crime consumado. O mesmo ocorre no caso de pesca de espécies que devam ser preservadas, em que somente há crime se forem efetivamente capturadas espécies que devam ser preservadas, não antes disso, ocorrendo o mesmo no caso de pesca de espécimes com tamanho inferior ao permitido. No caso de pesca de espécimes cujos tamanhos sejam inferiores, ou mesmo de espécies que devam ser preservadas, não somente acreditamos que a simples prática de atos tendentes a capturar esses espécimes seja atípica, como também, a nosso ver, esse delito somente ocorrerá se o pescador após capturar o peixe de medidas inferiores não o devolver à água, mas sim assenhoreá-lo.

Ocorre que, via de regra, todos que se aventuram na arte de pescar possuem a intenção de pescar o maior peixe possível. Quanto maior for o pescado melhor será para o pescador. Contudo, peixes pequenos poderão morder a isca ou cair na armadilha, sem que seja essa a intenção do pescador. Portanto, enquanto ele não tiver conhecimento de que o espécime capturado seja inferior ao permitido não haverá dolo em sua conduta e sem dolo o fato em questão é atípico,[29] vez que a lei ambiental não previu a forma culposa. Em conseqüência, enquanto o pescador não puder verificar que o peixe é de tamanho inferior ao permitido não estaremos diante de um fato típico diante da ausência de dolo, pois até aí poderíamos falar, no máximo, em uma conduta culposa. Portanto, nesse caso, somente ocorrerá o crime caso o pescador, após tomar conhecimento de que o peixe capturado seja inferior ao permitido, resolva tomá-lo para si. Caso, após tomar conhecimento de que o peixe possui tamanho inferior ao permitido, o pescador devolver o peixe à água, sequer crime terá cometido, pois, como já mencionado, até o momento em que ele tomou conhecimento dessa circunstância sua conduta foi, na pior das hipóteses, culposa e não dolosa.

29. Obviamente será típica a conduta em caso de dolo eventual.

Chega-se à mesma conclusão no caso de pesca de espécies que devam ser preservadas, na qual, da mesma forma, enquanto o pescador não tomar conhecimento da espécie capturada não haverá conduta típica por ausência de dolo.

Como se vê, a lei exige um resultado naturalístico para a consumação do delito.

A nosso ver, a única interpretação que não se choca com os princípios constitucionais e nem com a própria estrutura dos tipos penais de pesca, é a que entende que a regra contida no art. 36 da Lei 9.605/98 não tem o condão de modificar o momento do início da execução do crime, nem o momento de sua consumação. Tem ela a única finalidade de ampliar o conceito tradicional de pesca para nele albergar não somente os peixes, mas também os moluscos, os crustáceos e os vegetais hidróbios, que seriam excluídos caso não houvesse essa norma explicativa. Portanto, para nós, o termo tendente utilizado pelo art. 36 da Lei 9.605/98 foi utilizado inadvertidamente pelo legislador, não sendo intenção da lei alterar o início da execução ou a consumação do delito, sob pena de, no primeiro caso, ser a norma inconstitucional por lesar o princípio da taxatividade ou, no segundo caso, entrar em contradição consigo mesma, haja vista a total incompatibilidade da palavra "tendente" com o crime de pesca de quantidades superiores às permitidas, pesca de espécies que devam ser preservadas ou pesca de tamanhos inferiores ao permitidos, como acima já mencionado.

Deve-se ressaltar que autores de nomeada como CARLOS ERNANI CONSTANTINO,[30] LUIZ REGIS PRADO,[31] VLADIMIR PASSOS DE FREITAS e GILBERTO PASSOS DE FREITAS[32] entendem que os crimes de pesca são crimes materiais, consumando-se com a efetiva pesca.

30. CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Delitos Ecológicos: a lei ambiental comentada: artigo por artigo: aspectos penais e processuais penais*, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

31. PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente: anotações à Lei 9.605, de 12.02.*1998: doutrina, *jurisprudência, legislação*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

32. FREITAS, Vladimir Passos de. FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: (de acordo com a lei 9.605/98).* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

## 4. Subsídio para a aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a pesca

A Lei 9.605/98, que define os crimes contra o meio ambiente, visa tutelar o bem jurídico correspondente ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito humano fundamental, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, que deve ser preservado para as presentes e futuras gerações (CF/88, art. 225, *caput*). Especificamente em relação aos crimes de pesca, o objeto material tutelado são os peixes, os moluscos, os crustáceos e os vegetais hidróbios.

Portanto, não cabe ao operador do direito negar a aplicação da sanção penal sob o argumento de que os peixes, ou os crustáceos, ou os moluscos ou os vegetais hidróbios não possuem relevância para o Direito Penal. Porém, sempre que a lesão ao bem tutelado for ínfima caberá, plenamente, a incidência do princípio da insignificância.

Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas advertem que, apesar de ser possível a aplicação do referido princípio no campo do Direito Penal Ambiental, essa aplicação deve estar revestida de cautela, pois as conseqüências do delito deve ser pesada considerando-se a influência no ecossistema local e na cadeia alimentar, bem como deve ser analisada a quantidade de espécimes na região e investigar se não há relacionamento com as espécies ameaçadas de extinção.[33]

Parece-nos perfeitas tais observações. Porém, em se tratando de pesca, são elas insuficientes, vez que, como já discorrido anteriormente, a pesca apresenta papel secundário na degradação ambiental e, quando feita de forma racional, pode proporcionar grande quantidade de alimento de boa qualidade, sem afetar o meio ambiente.

Assim, embora formalmente típicas, muitas condutas poderão ser materialmente atípicas frente ao princípio da insignificância, quando não causarem danos relevantes ao meio ambiente.

33. FREITAS, Vladimir Passos de. FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: (de acordo com a lei 9.605/98)*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 45.

Vale observar que os tipos penais de pesca, que em tese se destinam a punir a "pesca predatória", na prática punem indiscriminadamente não somente esta, mas também atos de pesca que causam pouco ou nenhum dano ao meio ambiente, como, por exemplo, a pesca realizada em época de piracema de uma espécie que não dependente de migração para a sua reprodução e que se reproduz o ano todo. Partindo-se da premissa de que a sanção penal deve ser reservada apenas para punir as mais graves condutas sociais, facilmente se conclui que seria mesmo injusta e inadequada a aplicação de pena em tais situações.

Assim, sem dúvida, é possível, viável e desejável a aplicação do princípio da insignificância no âmbito dos crimes contra a ictiofauna, sempre que houver insignificante dano ambiental, ou quando uma conduta, embora socialmente adequada, venha a formalmente constituir em um fato típico.

Problema maior a ser enfrentado pelo operador do direito, entretanto, consiste em se estabelecer critérios objetivos para a aplicação desse princípio, para que sua utilização não se torne arbitrária, vez que a pesca é um fenômeno deveras dinâmico, cujas conseqüências somente caso a caso poderá ser determinada.

Desde já observamos que a simples avaliação da quantidade de espécimes capturados não é um bom critério, se considerado individualmente, para a aplicação do princípio da insignificância, vez que a pesca de, por exemplo, cem lambaris, espécie abundante no meio aquático e com grande capacidade de reprodução, pode significar menor dano ambiental do que a pesca de um pintado, cuja reprodução depende de fenômeno migratório, portanto, mais suscetível de redução.

Doutro lado, deve-se mensurar a potencialidade de dano que o método utilizado pelo pescador poderia causar ao ambiente, já que um pescador utilizando-se de apenas uma pequena rede poderia ter capturado vários peixes, enquanto outro, utilizando grande quantidade de redes de grande extensão e reduzidas malhas, poderia ter capturado menos peixes, devido, v.g., a apreensão de suas redes pela polícia. Em qual dos casos estaria sendo cometida a conduta mais grave,

no primeiro ou no segundo? Por certo no segundo, ainda que tenha havido menor captura de peixes.

Ademais, a espécie de peixe capturada deve ser levada em consideração, bem como a sua relação com as demais espécies aquáticas.

O método utilizado para a pesca também deve ser levado em consideração, pois se ele atinge indistintamente peixes jovens e adultos, tais como o uso de explosivos e de venenos, não pode ser considerada insignificante a conduta, pois o dano causado ao meio ambiente será enorme.

A pesca em local proibido pode ou não ter relevante impacto ambiental. No caso de a pesca ser proibida em determinado local apenas, v.g., para não dificultar a navegação, por óbvio que tal norma não visa tutelar o meio ambiente e, assim, não possui fundamento punir o pescador por crime ambiental, vez que a proibição naquele local nada teve a ver com a preservação dos recursos ictios. Por outro lado, a pesca efetuada ao pé de barragens e de cachoeiras, especialmente em época de piracema, através do uso de petrechos de grande eficácia, tal como redes e tarrafas, não pode ser considerada insignificante, ainda que não sejam capturados peixes, como por exemplo, no caso de intervenção da polícia. Isso porque, com toda certeza tal pesca é inegavelmente predatória, colocando em risco o equilíbrio da reprodução dos peixes. Importante notar que tal conduta é comum na barragem da hidrelétrica de Jupiá, onde pescadores profissionais, em plena época de piracema, jogam suas tarrafas nas proximidades das comportas, local em que os peixes encontram-se concentrados, uma vez que são impedidos de continuarem migrando em razão da barragem.

Por outro lado, em cursos d'água onde não ocorram fenômenos migratórios, tal como em pequenos cursos d'água, a pesca realizada em tais locais pode não ser considerada predatória, pois aí não haverá acumulo de peixes.

Por outro lado, em certos locais, dada a necessidade de preservação dos recursos ictios, mesmo a pesca de pequena quantidade de pescado pode ser con-

siderada predatória. Nesse sentido é a seguinte decisão do E. Tribunal Regional Federal da Quarta Região:

"Direito penal. Crime ambiental. Pesca em lugar interditado por órgão competente. No crime do art. 34, *caput*, segunda parte, da Lei 9.605/98, a análise da lesão ao bem jurídico tutelado deve levar em conta a especial importância das espécies aquáticas existentes nos lugares interditados para a pesca (como no Parque Nacional Lagoa do Peixe). Nesse contexto, mesmo a captura de poucos animais constitui dano relevante, ensejando a tipicidade penal." (RSEo 2.518, Processo 20007100011647-0/RS, Relator: Juiz Élcio Pinheiro de Castro, *DJU* data:15.08.2001, p. 2.362).

Em relação aos petrechos proibidos, deve-se ter em conta o seu grau de lesividade ao meio ambiente. No caso de explosivos e substâncias tóxicas, não vejo como cogitar na aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista a destruição que causam, matando não só os peixes adultos como também os jovens, além de destruir o plâncton.

Em relação aos petrechos, digno de reflexão é o problema que a seguir se propõe: em regra, o IBAMA permite o uso de determinados petrechos a pescadores profissionais, tais como redes de determinadas malhas, tarrafa, anzol de galho, joão-bobo etc, proibindo esses mesmos petrechos para os demais pescadores. Normalmente, aos pescadores profissionais não é imposta cota de pescado, havendo, contudo, restrição na quantidade de peixes pescados pelos demais pescadores. No caso de pescador não profissional fazer uso de petrecho permitido ao pescador profissional, haveria lesão ao meio ambiente de modo a justificar a aplicação da pena, com a restrição de sua liberdade? Ou, no caso estaríamos diante de uma mera desobediência administrativa, devendo ser aplicado o princípio da insignificância para aparar o rigor da lei?

Para respondermos a tais indagações devemos partir do seguinte raciocínio: se o órgão ambiental autoriza a uma determinada classe de pessoas o uso de determinado petrecho, é porque os estudos realizados indicam que tal petrecho

não é capaz de causar dano significativo ao meio ambiente; que ele não permite a pesca predatória, pois, caso contrário, teríamos que concluir que a Autoridade Ambiental estaria editando norma inconstitucional por ferir o art. 225, § 1.º, V, da Constituição Federal, bem como ilegal, por ferir o espírito da Lei 9.605/98.

Ora ao permitir o uso de tais petrechos a pescadores profissionais é como se a norma dissesse: "– tal e tal petrecho, quando utilizados por pessoas que pescam todos os dias, mês a mês, de forma incansável, e que podem pescar a quantidade de peixes que quiserem e puderem, sem qualquer restrição de cota, auferindo lucros de sua conduta, não causam danos significativos ao meio ambiente, tanto que permito a sua utilização."

Ora, se tais petrechos não são considerados instrumentos aptos à pesca predatória justamente para quem pesca diariamente, como poderia esses mesmos instrumentos ser considerados hábeis à pesca predatória, justamente quando utilizados por pessoas que pescam apenas algumas vezes ao ano e estão jungidas a cotas de captura, normalmente não muito altas?

Certo que tal tratamento desigual encontra justificativa do ponto de vista econômico, porém do ponto de vista ecológico não encontra total justificativa, pois se o instrumento é realmente hábil a possibilitar a pesca predatória deve ser ele proibido a quem quer que seja. Se ele é liberado para alguns, por certo isto ocorre porque ele não é considerado hábil à pesca predatória. Obviamente, por serem mais eficazes que o anzol com linha e caniço, não podem ser liberados a todos, pois se muitos utilizassem métodos muitos eficazes, poderia ocorrer o comprometimento dos recursos ictios (sobrepesca). Porém, por não poderem ser considerados predatórios, o seu uso por pescadores não profissionais não nos parece digno de incriminação, adequando-se mais a um ilícito administrativo. E aí temos um bom direcionamento para a aplicação do princípio da insignificância em caso de petrechos proibidos.

Ainda para verificar a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância deve-se levar em conta a abundância da espécie no local da pescaria. A

pesca de alguns piaus no reservatório da hidrelétrica "Sérgio Motta" em Primavera, por certo trará menor impacto ambiental que a captura dos mesmos peixes no reservatório da hidrelétrica de Jupiá, pois no primeiro caso é muitíssimo abundante tal espécie de peixe, enquanto no segundo caso é difícil a captura de um exemplar dada a sua relativa escassez. A pesca de outros peixes como o pacu prata, peixe sem qualquer valor comercial e que é extremamente abundante no reservatório da hidrelétrica "Sérgio Motta" em Primavera, também, *prima facie*, não indica potencialidade lesiva a justificar a incriminação da conduta.

Finalmente, não se pode considerar insignificante a conduta de quem vive transgredindo a norma penal. Quem, sem descanso, vive praticando a pesca proibida, não pode ser beneficiado por esse princípio, pois, embora uma de suas condutas, quando isoladamente considerada, possa ser considerada insignificante, quando cotejada conjuntamente demonstrará que é de extrema gravidade.

# ¿La pena criminal como herencia cultural de la humanidad?*

Sebastian Scheerer
Professor de Criminologia na Universidade de Hamburgo/Alemanha.

**Sumario:** 1. Una empresa arriesgada – 2. El mito del carácter universal – 3. Utilidad y desventajas del mito: 3.1 El dilema de la ciencia del Derecho penal – 4. Tareas sin hacer – 5. Crítica de la razón punitiva.

En el cambio de milenio, la ciencia alemana del Derecho penal disfruta de unas referencias brillantísimas y de una confianza en sí misma sin asomo de duda. Sin embargo, aquellas se las ha dado ella misma, y ésta es ante todo un indicio de la fortaleza de sus mecanismos de defensa.[1] También le gusta felicitarse

* Título original: "Die Kriminalstrafe als Erbe der Menschheit? (Kommentar)". Tradução de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid). Publicado na Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales nº 3 (2002), pp. 339-350.

1. Cfr. respecto del papel de la ciencia del Derecho penal a la hora de hacer posible la "inconcebible crueldad y brutalidad" del Derecho penal en la Edad Media y a principio de la Edad Moderna (muerte civil [*Feme*, n. del t.], tortura, persecución de brujas): Eberhard SCHMIDT, *Einführung in dei Geschichte der deutschen Strafrechtslehre*, reimpresión de la 3ª edición, Göttingen, 1965, pp. 65 y ss., 84 y ss., 153 y ss.; Richard van Dülmen, *Theater des Schreckens. Gerichstpraxis und Strafrituale in der frühen Neuzeit*, 2ª edición, München, 1988; Christian THOMASIUS, *Vom Laster der Zauberei. Über die Hexenprozesse. De Crimine Magiae. Processus Inquisitorii contra Sagas*, München, 1986 (original de la tesis doctoral: Halle, 1701). En la historia de la ciencia del Derecho penal, no fue la resistencia contra las crueldades su característica esencial, sino la actitud de sumarse pronto y retirarse tarde de cualquier nueva tiranía contra las minorías y "adversarios". Respecto de la función pasiva de la ciencia del Derecho penal en el pasado más reciente cfr. Wolfgang NAUCKE, *Deutsches Kolonialstrafrecht 1886-1918*, RJ 1988, pp. 297 y ss.; IDEM, "Über das Strafrecht des 1. Weltkrieges", RJ 1990, pp. 330 y ss.; IDEM, "NS-Strafrecht: Perversion oder Anwendungsfall moderner

a sí misma por su carácter abierto al mundo. Pero lo que así se denomina es su su *internacionalidad de dirección única*, diseñada para el suministro, a regiones enteras del mundo que hace generaciones recepcionaron el Derecho penal alemán, de todo tipo de reposiciones dogmáticas. En el centro de este tipo de internacionalidad está el sol de la ciencia alemana, alrededor de él las élites ávidas de conocimiento de la periferia trazan sus órbitas predeterminadas.

Ha sido la globalización económica la que de pronto ha puesto en el orden del día la búsqueda de *elementos interculturalmente válidos* para un verdadero *Derecho penal mundial.* El *Proto-Derecho penal* promete todo esto, así como la fundamentación ética de una ética penal, y ayuda en la elaboración de un Código Penal mundial.[2] Ahora bien, al vincular la investigación básica en filosofía con la pretensión de una aplicación útil en la práctica, con ello se asume una empresa arriesgada de bastante magnitud.

## 1. Una empresa arriesgada

Pues esta combinación expone al tratamiento de cuestiones fundamentales a la presión de expectativas de la obtención de réditos que se encuentran en una tensión enorme con las virtudes de la investigación básica (una escrupulosa radicalidad del pensamiento, la capacidad de aguante a la hora de soportar las cuestiones sin resolver y las ambivalencias). Ya en el esbozo del proto-Derecho penal se manifiesta ese problema. Pues a pesar de estar orientado a la averiguación de

Kriminalpolitik?", RJ 1992, pp. 279 y ss.; IDEM, "Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen Positivismus", en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a. M. *et al.*, pp. 483 y ss.; Georg DAHM/Friedrich SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933; Georg DAHM, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlin, 1935; Franz GÜRTNER (ed.), *Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission*, 2ª edición, Berlin, 1936; Jan TELP, *Ausmerzung und Verrat. Zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich*, Frankfurt, 1999; Alexander VON BRÜNNECK, *Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1968*, Frankfurt, 1978.

2. Otfried HÖFFE (en este tomo).

los fundamentos (y quizás bajo la presión de la actualidad, que, como es sabido, prácticamente ya ha decidido que sí procede, y por qué procede un Derecho penal mundial, y asume de ese modo que sólo puede tenerse como objeto de discusión el "cómo" y el "cuándo"), el proto-Derecho penal se interesa claramente demasiado poco por la cuestión *muy profunda* de *si* es que existe tal núcleo, pero en cambio sí, con mucha presión e ímpetu, por la tarea de la codificación. Literalmente, se formula la siguiente respuesta a la cuestión de si existen elementos universales de la pena criminal, y sin esforzarse mucho en ofrecer referencias:

"Ciertamente, el modo de penar es muy distinto en las distintas sociedades y épocas. Pero el hecho de que una comunidad imponga penas ya está presente incluso en los imperios orientales de la Antigüedad y en culturas temporal y culturalmente aún más lejanas. Exagerando sólo un poco, puede considerarse que la institución jurídica de la pena criminal es un elemento socioculturalmente universal. – Universal no es sólo la institución jurídica, sino también gran parte de lo que se considera merecedor de pena. En las disposicones exactas sí hay, desde luego, peculiaridades; pero las clases habituales de delitos en la actualidad aparecen prácticamente en todas las culturas: delitos contra la vida, delitos contra la propiedad, acciones punibles contra el honor, los delitos sexuales, los de incendios, las falsificaciones de medidas, pesos y de dinero, las falsedades documentales etc. Y por esta razón, los profetas judíos de la Antigüedad (...) no tienen dificultades a la hora de formular reproches (...) también a pueblos ajenos; pues invocan crímenes y delitos generales de la humanidad. Respecto de éstos, el griego *Aristóteles* crea una lista de dos veces siete delitos, que probablemente eran reconocidos por todas las culturas de aquel momento, y que (...) son válidos hasta el día de hoy. Y el Derecho Penal romano (...) se ocupa en lo esencial de delitos que pueden considerarse infracciones del ordenamiento jurídico comunes a todos los seres humanos.

Si además se aprecia que importantes principios en el ámbito del proceso penal fueron reconocidos ya en momentos temporales muy tempranos, se puede

decir, generalizando con precaución: hay elementos nucleares del Derecho Penal que forman parte de la herencia de justicia de la humanidad."[3]

Ahora bien: es cierto que la idea del carácter universal del delito y de la pena se corresponde con la conciencia cotidiana del común de los ciudadanos y con la *communis opinio* de los estudiosos alemanes del Derecho penal, quienes ven, como es sabido, su cometido principal en el cultivo de la dogmática y no en la crítica de los puntos de partida de fondo – que son tratados de modo axiomático – y presupuestos empíricos de aquella. Pero ese amplio consenso, en principio, no es más que un hecho social, y no una muestra de que realmente las cosas sean así.

## 2. El mito del carácter universal

La tesis del carácter universal de la pena criminal no es más que un mito cuyas raíces y función son fáciles de identificar. Se debe a los primeros etnólogos, quienes, con base en prejuicios propios, "siempre afirmaban que el Derecho criminal es el único Derecho de los salvajes".[4] De ellos tomaron *Émile Durkheim* y sus discípulos esa convicción, que pudo mantenerse hasta el comienzo de investigaciones etnológicas más serias. Desde entonces, sin embargo, el estudio de las sociedades preestatales en atención a sus normas y sanciones empezó seriamente, en realidad, y cambió por completo la imagen de las "sociedades primitivas".[5] Ya *Malinowski* tuvo que constatar con sorpresa que en contraposición con la opinión dominante de su tiempo sólo se podían encontrar "sólo mandatos positivos", "cuya infracción sólo es objeto de expia-

3. Así Otfried HÖFFE en el manuscrito de su conferencia; en IDEM, este mismo punto tiene ahora otro tenor literal.

4. Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, London, 1926, citado conforme a la traducción alemana de la 3ª edición de 1940 (*Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern*, Bern, 1949, p. 20).

5. Cfr. la excelente síntesis en Uwe WESEL, *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*, Frankfurt, 1985.

ción, y cuya maquinaria ni por procedimientos procústicos puede ser extendida más allá de la línea que separa el Derecho civil del Derecho penal".[6] En lugar del Derecho criminal que cabía esperar, sólo encontró un "sistema de obligaciones vinculantes consideradas justas por unos y reconocidas como deber por otros, que se mantienen en vigor por un mecanismo específico de reciprocidad y publicidad inherentes a la estructura de la sociedad."[7] En la discusión científica, incluso, es ahora indiscutido *que el Derecho penal y las penas criminales no son, de ningún modo, formas universales de control social*: "En las sociedades libres de dominio, que – no se olvide – fueron características de la mayor parte de la historia de la humanidad, no existen. El control social en ese contexto no es represivo, sino que se dirige hacia la reinserción del sujeto desviado, reparación de eventuales daños, restablecimiento del *status quo*, pacificación y limitación del conflicto. Tan sólo con la aparición de las clases sociales, con la dominación y con la organización estatal de la sociedad se generan conflictos antagónicos que ya no pueden ser resueltos en el interés de la mayoría de los miembros de la sociedad, o incluso, del colectivo en su conjunto".[8] Sin normas o sanciones no puede existir ninguna sociedad – pero sí sin penas criminales.[9] Las *normas* son algo universal, pero no las *normas jurídicas*; las *sanciones*, pero no las *penas*; el *principio de reciprocidad*, pero no la *retribución mediante pena*; la adscripción de *responsabilidad*, pero no la *culpabilidad*. Hay innumerables ejemplos de sociedades sin Derecho penal y sin penas criminales – y no cabe imaginar una sociedad mundial sin normas y sanciones, pero sí una sociedad mundial sin Derecho penal y sin penas.

6. Tomo la siguiente nota de traducción de la versión española del libro de MALINOWSKI (*Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, 1991 [traducción de *J. y M. T. Alier*], p. 73): "Procusto, personaje de la leyenda griega, era un bandido del Atica que colocaba a sus víctimas sobre una cama de hierro; si la excedían, cortaba la parte que sobresalía y, si eran más pequeños o cortos, los estiraba hasta hacerles ocupar exactamente la cama. Esta expresión indica la aplicación no inteligente, a rajatabla, de principios generales sin tenere en cuenta las naturales variaciones de casos e individuos."

7. MALINOWSKI (nota 4), pp. 55 y s.

8. Henner HESS/Johannes STEHR, "Die ursprüngliche Erfindung des Verbrechens", en: *Kriminologisches Journal*, 2. Beiheft 1987, pp. 18-56, 18.

9. Cfr. Heinrich POPITZ, *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*, Tübingen, 1980, pp. 69 y ss.

## 3. Utilidad y desventajas del mito

El error acerca del carácter universal de la pena criminal tiene como presupuesto que o se haga uso exclusivamente de bibliografía anticuada o que se extraigan las referencias usadas sólo de sociedades organizadas en estructuras de dominación, generalizándolas a continuación de modo inadmisible.[10] Los estudiosos del Derecho penal a los que se les plantea esta cuestión suelen disculpar su error afirmando que las sociedades sin estructuras de dominación, en primer lugar, ya han desaparecido hace tiempo en la oscuridad del pasado, y, en segundo lugar, no son precisamente candidatos a proveer los modelos de futuro de un futuro global, es decir, que *for all practical purposes* está plenamente justificado considerar la pena criminal un dato previo y una necesidad.

Sin embargo, debe contradecirse este punto de vista con toda decisión. Pues las consecuencias del error son graves. Esto sobre todo porque la tesis del carácter universal, *en primer lugar*, sugiere una dignidad de la pena en cuanto institución a servicio del bien común que no le corresponde (es que el Derecho penal, en lo esencial, no es un medio para la *autoprotección de* la sociedad, sino un instrumento para la *dominación sobre* la comunidad);[11] *en segundo lu-*

10. Los representantes de la tesis de la universalidad desde DURKHEIM hasta HÖFFE buscan su material o en las interpretaciones de los "etnólogos teóricamente creativos" del S. XIX – cuya falsedad se ha demostrado ya hace mucho tiempo – o en "culturas desarrolladas" ya fragmentadas en clases, organizadas de modo "proto-estatal", ignorando, en cambio, todos los resultados de la antropología jurídica comparada desde E. E. EVANS-PRITCHARD, pasando por E. A. HOEBEL y Lucy MAIR hasta M. BARKUN y R. HARAKO. Pues de lo contrario, no podrían dejar de constatar que no puede afirmarse seriamente que aquellos elementos del orden social que sólo son comunes al grupo parcial de las sociedades organizadas estatalmente sean *elementos universales* de las sociedades humanas.

11. La tesis de la universalidad no conoce un concepto de dominación; su sujeto actuante son siempre "los seres humanos", "la generalidad" y "la comunidad". Frente a ello, la investigación demuestra que el Derecho penal no codificaba valores comunitarios, sino que, muy al contrario, servía a la manifestación e imposición de intereses de dominación contra intereses de la comunidad. Pero mientras la etnología jurídica muestra repetidas veces, y de modo convincente, que "historically the idea that some offences are to be treated as crimes does not spring from a general feeling that certain actions wrong the whole of society, but rather from the specific claim of rulers to assert their power" (en inglés en el original:

*gar*, porque da por presupuesta una racionalidad de principio de la pena, atribuyendo a la crítica fundamental con el estigma de la irracionalidad.[12] Una vez que se cree en el "hecho" ficticio "de que hasta el momento ningún Estado y ninguna sociedad ha podido funcionar sin pena o sin una medida similar a la pena"[13] (*Jürgen Baumann*), entonces tampoco hay que reflexionar en clave de futuro acerca de cuáles serían las condiciones sociales en las que el Derecho penal no sólo se podría mejorar de modo significativo, sino que harían posible una "sustitución" de principio "del Derecho penal por algo mejor"[14] (*Gustav Radbruch*). Con ello, se excluye ilegítimamente la posibilidad de una perspectiva crítica hacia la dominación, y de un cuestionamiento serio del Derecho penal ante el horizonte de la posibilidad de renunciar a él, del es-

"históricamente, la idea de que algunas infracciones deben ser tratadas como crímenes no emana de una convicción general de que determinadas acciones vulneran al conjunto de la sociedad, sino más bien de la pretensión específica de quienes ejercen la dominación de asegurar su poder" [n. del t.]) (Lucy MAIR, *Primitive Government*, Harmondsworth, 1962, p. 160, cita conforme a HESS/STEHR [nota 7], pp. 45 y s.), para los representantes de la tesis de la universalidad, siguen siendo "los seres humanos" quienes, desde que "se han dotado de formas" más o menos estables de "convivencia", también se dotaron a sí mismos "del Derecho penal y de su consecuencia jurídica, la pena" (cfr. Jürgen BAUMANN, "Strafe als soziale Aufgabe", en: Robert HAUSER/Jörg REHBERG/Günter STRATENWERTH [ed.], *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zürich, 1984, pp. 27-36, 27 y s.). La tesis de la universalidad oculta las verdaderas circunstancias del "nacimiento de la pena"; cfr. Viktor ACHTER, *Die Geburt der Strafe*, Frankfurt, 1951.

12. Si se sabe respecto de una institución social que está vinculada de modo indisoluble a la convivencia humana, es irracional criticar su existencia. Así, por ejemplo, no tiene sentido tampoco, en el plano de la "segunda naturaleza" del ser humano criticar la existencia de normas *per se*, del mismo modo que no tiene sentido criticar el hecho, en el plano de la "primera naturaleza", de que los seres humanos sólo tengan dos ojos en la cabeza, que, además están dirigidos ambos hacia delante (en lugar de disponer también de ojos en las sienes y en la parte posterior de la cabeza). Si se eleva a una institución no universal al rango de lo universal, se degradan los cuestionamientos intelectuales de la necesidad de su existencia, al mismo tiempo, a una muestra paradigmática de lo absurdo. Cualquier crítica de principio de la pena criminal en cuanto institución social tiene que parecer "loca", cualquier perspectiva abolicionista -incluso en su versión más leve, radbruchiana- estaría bajo la sospecha de ser absurda.

13. Jürgen Baumann (nota 10), p. 28.

14. Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12ª edición, a cargo después de la muerte del autor de Konrad ZWEIGERT, Suttgart, 1969, p. 151.

pectro de aquello de lo que puede hablarse racionalmente. Ahora bien, esto es tan nocivo desde el punto de vista de la confirmación científica de las teorías de la pena como ventajoso desde el punto de vista de la construcción de una legitimación aparente de la pena.

La tesis de la universalidad enmascara la función del Derecho penal en cuanto instrumento de autoprotección de la autoridad del Estado, cuya crueldad en comparación con la lenitud de los mecanismos de compensación sociales derivaba únicamente de su función adicional de la representación de un poder ilimitado. Por su *ímpetu legitimador de la autoridad* no sólo bloquea la curiosidad en relación con las alternativas de principio a la "razón punitiva", sino que impide de modo general la separación analítica entre aquellos modos de funcionamiento de la pena que están dirigidos a la *autorepresentación del poder* y aquellos que están dirigidos a la *protección de bienes jurídicos*. De este modo, los eventuales conflictos en el plano de los fines entre el cometido político de la pena en cuanto intimidación de la contestación y el cometido social de la pena en cuanto satisfacción de la víctima[15] y la *manifestación del Derecho* ni si quiera pueden entrar en consideración. Así, la tesis del carácter universal alimenta la creencia de que la pena criminal es expresión de *expectativas sociales de justicia*, pero oculta la distancia relativa de la *justicia penal* del principio de reciprocidad, así como el coste adicional que es necesario para su legitimación por razón de sus funciones de dominación. Hace que la pena criminal aparezca como expresión de una razón superior, mientras que los sociólogos saben que – a diferencia de las regulaciones no penales – debe su efecto de satisfacción no tanto a su carácter racional como al acallamiento del disenso.[16]

15. Cfr. respecto de la función intimidatoria, con toda claridad en aquel momento, Friedrich SCHAFFSTEIN, "Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma", DStR 1937, pp. 335 y ss.; respecto de la actual función de subrayar la norma, en cambio, Felix HERZOG, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Frankfurt, 1987.

16. Cfr. Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt, 1983.

## *3.1 El dilema de la ciencia del Derecho penal*

Sin embargo, la tesis de la universalidad permite, ante todo, una solución aparente para el dilema en el que se encuentra la ciencia del Derecho penal debido al *giro empírico* desde hace más de un siglo. Pues después de que la pena fuera justificada desde los comienzos de la escolástica de la Antigüedad tardía hasta el S. XIX de modo metafísico,[17] con la desmitificación del mundo hubo que justificar, de un día para otro (concretamente, de un siglo para otro), la pena como medio necesario de control social. Y eso era más fácil postularlo – *Franz von Liszt* lo hizo en el programa de Marburgo, en 1882, con las palabras: "Sólo la pena necesaria es justa",[18] pero menos hacerlo. Que era necesario llevar a cabo tal justificación, eso lo exigió en repetidas ocasiones *von Liszt*. Pero eso hubiera significado comprobar la idoneidad de la pena como medio destinado a obtener un fin, y tratar las teorías de la pena como hipótesis que deberían salir incólumes de intentos de falsación, aproximándose de modo probabilístico al reconocimiento como verdad. (Tal interés de la ciencia del Derecho penal hubiera sido idéntico –aunque conducido por expectativas contrapuestas– al interés de los abolicionistas en la crítica radical de la pena). Sin embargo, la ciencia del Derecho penal "no ha hecho justicia alguna..." a su "gran cometido".[19] Así, aún hoy

17. La pena era un mal a sufrir que debía imponerse al autor por su mal de acción, y la *necesidad* de la pena era, por su naturaleza, metafísica, y no social. Derivaba del plan divino (*San Agustín*), de la naturaleza (*Grocio*) o de los principios de la metafísica racional *a priori* (*Kant*). En su estrcutura fundamental axiomática, que la eximía de cualquier referencia a la efectividad social, la teoría de la pena no era distinta al comienzo de la Edad Media que al comienzo de la era industrial: la pena era un *malum passionis quod infligitur propter malum actionis* que se justificaba en sí misma – y se imponían penas por razón de reciprocidad y proporcionalidad basadas en lo metafísico: "pero si ha asesinado, debe morir" (Immanuel KANT, *Die Methaphysik der Sitten [Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre]*, 1ª edición, Königsberg, 1797, p. 199 [2ª edición, p. 229], cita conforme a la edición de Darmstadt [Wilhelm WEISCHEDEL (ed.), *Immanuel Kant. Werke in zehn Bänden*, tomo 7, Darmstadt, 1968, p. 455]). Desde el punto de vista de la legitimación, la metafísica de la pena tiene la ventaja de que en realidad "*per definitionem* siempre funciona" (Walter KARGL, *Die Funktion des Strafrechts aus rechtstheoretischer Sicht. Schlußfolgerungen aus dem Milgram-Experiment*, Heidelberg, 1995, p. VI).

18. Franz VON LISZT, "Der Zweckgedanke im Strafrecht", ZStW 3 (1883), pp. 1-47, 31.

19. Así VON LISZT (nota 17), p. 47.

se encuentra ante el dilema de tener que afirmar, por un lado, la necesidad de la pena como hecho empírico, pero de no disponer, por otro, de pruebas suficientes de la necesidad social que la justifique. Nunca hizo los deberes que le mandó *Franz von Liszt* hace más de cien años.

## 4. Tareas sin hacer

¿Persigue el Derecho penal intereses legítimos? ¿Es idóneo, necesario y proporcionado – en el sentido estricto que toma como punto de referencia el ámbito nuclear de los derechos individuales –, en atención a su cometido social, en lo que se refiere a su estructura, sus distintos tipos, sus amenazas de pena y sanciones? Estas preguntas, puestas por *Franz von Liszt* en el orden del día, tampoco han sido contestadas hasta el día de hoy por la multitud de investigaciones empíricas en materia de génesis de la norma y de sanción. ¿Realmente hace falta el Derecho penal para "*afirmar* y *asegurar* públicamente las *normas fundamentales* (...), para identificar los límites de la libertad que todo ciudadano debe respetar para que podamos existir juntos", o, en su caso, para dar un "ejemplo de trato humano de la desviación"?[20]

Lo que sería necesario es una evaluación de la institución de la pena criminal *en gros* y *en détail*. Bajo el punto de vista de la *racionalidad de los fines* se trataría de examinar las alternativas en atención a su mayor idoneidad. Habría

20. Winfried HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª edición, München, 1990, p. 326; cfr. también Jan Philipp REEMTSMA, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*, München, 1999, p. 21, quien ve la teoría de la prevención general positiva como teoría-marco, y con ello la función básica de la pena en la "clarificación de la validez de las normas": "Quien infringe una norma positiva, debe contar con consecuencias desagradables... La medida de la pena se orienta en atención a la idea de retribución en el sentido de que la comunidad social manifiesta en la amenaza de pena cuál es la valoración del bien jurídico lesionado – dicho de otro modo: cuál sería el grado en el que les parecería insoportable a sus miembros una vida en una sociedad en la que no tuviera vigencia la norma en cuestión. A través del fin de la manifestación de la norma puede fundamentarse sin dificultad alguna por qué es necesario imponer una pena aunque no exista riesgo de que el autor vuelva a cometer un delito, y tampoco pueda suponerse un efecto simbólico de intimidación."

que plantear cuestiones como, por ejemplo, acerca de si el Derecho penal (por ejemplo, en el ámbito de las drogas, pero también en otros ámbitos) no corre peligro de dañar, mediante un acoplamiento estructural inadecuado[21] con sus respectivos ámbitos de regulación, y mediante intervenciones sistémicas en mundos vitales organizados comunicativamente,[22] justamente aquellos ámbitos que la *ratio legis* quiere proteger. ¿No habría que preferir una autolimitación del Estado que se contentara con impulsar procesos de autodirección y acompañarlos protegiéndolos? ¿No cabría imaginar no imponer el resultado alcanzado, sino el respeto a requisitos de justicia procedimental?[23] Todas estas alternativas, que deberían ser articuladas en detalle (fuentes de inspiración: *negotiated regulations, officially sponsored indigenous law, procedimentalización del Derecho, Derecho reflexivo, responsive law, programas de relación, creación de redes de semi-autonomous social fields*) tienen en común la *tendencia básica de la estatalización hacia la socialización* y a tomarse en serio la subsidiariedad del Derecho Penal.[24]

Esto conduce a una relación distinta entre Estado, ciudadano y sociedad bajo las condiciones de valores de la modernidad tardía o incluso postmodernos. Pues el Derecho penal es esencialmente un Derecho preconstitucional que "en realidad" necesita de un ciudadoso examen de su compatibilidad con el orden básico democrático y de libertades. ¿Se habría creado de este modo en 1949 si no hubiera ya existido en ese momento? Muy probablemente no se le pueda otorgar tal prima de legitimidad. Más bien habría que decir: *in dubio pro*

21. Gunther TEUBNER, "Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege", en: Friedrich KÜBLER (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984, pp. 290-344, 316.

22. Cfr. Jürgen HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, tomo II, Frankfurt, 1981, pp. 522 y ss.

23. Cfr. TEUBNER (nota 20), p. 340; en este contexto también habría que aprovechar para una reforma del Derecho penal la diferenciación de HÖFFE entre justicia procedimental completa, pura e incompleta (IDEM [en este tomo]).

24. Cfr. TEUBNER (nota 20), p. 292.

*libertate*. Pues el Derecho penal, a lo largo de la historia, en todo caso ha probado su necesidad en cuanto medio de expresión de relaciones de autoridad.[25] En cuanto más intensa la adoración del Estado, menores son las pérdidas por fricción con la institución – elegida como próxima – del Derecho penal, una educación de los niños a modo de amaestramiento[26] y otros aparatos de configuración del "carácter autoritario".[27] Y es que el Derecho penal no enseña el respeto ante la vida y el cuerpo de los conciudadanos, sino, en el mejor de los casos, la renuncia a ataques por miedo a la autoridad y obediencia frente al Estado.[28] Esto cuadraba con una época que veía la esencia de la pena en el "establecimiento de la gloria del Estado por la destrucción o el sufrimiento de quien se ha sublevado contra ella" (*Stahl*[29]), en la protección de la "gloria de la Ley" o en la "sumisión del delincuente bajo la gloria del Derecho" (*Binding*[30]). Pero ¿cuadran sus mo-

25. En este sentido, la pena criminal ya "le era tanto más próxima a las autoridades medievales cuanto más débiles e impotentes debían sentirse en el pobre círculo de su estatalidad, de la pequeñez de sus ámbitos de poder, en la inseguridad de las situaciones políticas que solía predominar" (SCHMIDT [nota 1], pp. 67 y s.), y esto también en relación con quienes detentaban el poder en Inglaterra a principios del S. XVIII (*Black Acts*), con el *Ancien Régime* en descomposición y a los *Jacobinos* en su final, la *Monarquía por la gracia de dios* del S XIX, amenazada por la democracia y el socialismo, y los *totalitarismos* tan autoritarios como *paranoicos* del S. XX. En cuanto más autoritaria una sociedad, tanto más "natural" parecerá que el Estado es la verdadera víctima de todo delito, ya que ante todo se considera la lesión del monopolio de la violencia.

26. Cfr. la compilación de fuentes de Katharina RUTSCHKY (ed.), *Schwarze Pädagogik. Quellen zur Naturgeschichte der bürgerlichen Erziehung*, Frankfurt/Berlin/Wien, 1977, y Alice MILLER, *Am Anfang war Erziehung*, Frankfurt, 1980, sobre todo pp. 17-112.

27. Theodor W. ADORNO *et al.*, *The Authoritarian Personality*, London, 1950.

28. Ya HOBBES veía el sentido de la pena en el terror del poder estatal y en sus efectos sobre los súbditos, de modo que "thereby the better be disposed to ebedience"; cfr. Thomas HOBBES, *Leviathan* (1651), cap. 28, en: William MOLESWORTH (ed.), *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, London, 1839, p. 297 (cita conforme a Thomas VORMBAUM [ed.], *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, t. I, Baden-Baden, 1993, p. 43).

29. Friedrich Julius STAHL, *Philosophie des Rechts* (1830), cita conforme a Gustav RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, cap. Derecho penal, 12ª edición (después de la muerte del autor, a cargo de Konrad ZWEIGERT), Stuttgart, 1969, p. 135.

30. Karl BINDING, Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7ª edición, 1907, pp. 228, 235, cita conforme a NAUCKE (nota 1), "*Die Aushöhlung...*", pp. 487 y s.

dos de funcionamiento, sus criterios de racionalidad y sus formas de organización aún en la sociedad con estructuras menos autoritarias?

La sociedad abierta es más sensible que la autoritaria para "lo falsamente general del Estado". Habla en su favor que no esté en condiciones de ver incluso en la pena de muerte el ideal de razón máxima, y que en conjunto le importe menos (como aún *Hegel*) la razón que la irracionalidad de la pena.[31] Está más dispuesta a tomar en serio los intereses de la víctima y de tratarlos como una parte importante de los intereses generales, pero menos a incluir entre los intereses generales también el interés de la autoridad en la autoafirmación de su omnipotencia intimidatoria o, incluso, a dejarse engañar por el legislador.[32] Finalmente, pondría en duda la posibilidad y legitimidad de una legislación penal central y con vigencia completamente general, respectivamente, la validez de la hipótesis que está en la base de lo anterior, es decir, de que las necesidades de conjunto de normas penales puedan ser averiguadas en un procedimiento centralizado.[33]

La deestatalización de la reacción al delito permitiría llenar de contenido real la disposición de la sociedad, hoy aún débil, de volver a tener en cuenta los intereses de los implicados. Sería ésta una evolución paralela, pero también un

31. Hauke BRUNKHORST, "Sozialtherapie – Schuld – Strafe", en: Siegfried MÜLLER/Hans-Uwe OTTO (ed.), *Damit Erziehung nicht zur Strafe wird*, Bielefeld, 1986, pp. 17-28, 18 y s.

32. Cfr. Winfried HASSEMER, "Die Tauglichkeit des modernen Strafrechts", en: Lambros E. KOTSIRIS (ed.), *Law at the Turn of the 20th Century*, Thessaloniki, 1994, pp. 199-217, 212.

33. El problema de la economía planificada fue que era imposible determinar por parte de burócratas en Moscú las necesidades de todos los ciudadanos de clavos, teléfonos y botones de pantalón – con completa independencia de que la burocracia de la planificación seguramente no tomaba nota de todos los deseos y necesidades, sino que decidía conforme a sus propios criterios qué es lo que debía considerarse una necesidad justificada y qué no. En realidad, sin embargo, existen muchos sistemas normativos y valorativos en la sociedad, y cabe dudar con toda justicia de si nuestros actuales procedimientos públicos de decisión son verdaderamente adecuados para tener en cuenta de modo idóneo todos los aspectos importantes de la situación, o, en su caso, de sacar las conclusiones correctas de las informaciones que de hecho se toman en cuenta (Nils CHRISTIE, "Conflicts as Property", British Journal of Criminology 17 [1977], pp. 1-15; John BURNHEIM, *Über Demokratie. Alternativen zum Parlamentarismus*, Berlin, 1985). La idea de que el sistema normativo centralizado no carece de alternativas puede parecernos nueva, pero eso no es necesariamente un argumento en su contra.

instrumento para el desarrollo paulatino de una *civil society*, de una sociedad de ciudadanos autoconsciente que confía más en sus propias iniciativas, normas y responsabilidades que en la delegación en el Estado, y que, poco a poco, podría volver atreverse a pensar aquello a lo que aludía *Friedrich Nietzsche* cuando dijo que "no sería impensable una *conciencia de poder* de la sociedad, en la que podría darse el lujo más selecto que hay para ella – dejar *impune* a quien la lesionó".[34]

## 5. Crítica de la razón punitiva

La ventaja, sólo aparente, de la tesis de la universalidad es la de atribuir el estigma del carácter superfluo, sino de completa irracionalidad, a la comprobación empírica de la necesidad de la pena – es decir, de hacer creer a la ciencia del Derecho penal que puede considerar que ya ha hecho sus deberes. Para ello, le viene muy bien que, por un lado, se refiere a un supuesto de hecho que en principio es empírico, y, con ello, hace justicia al marco de referencia "moderno", pero que, por otro lado, puede funcionar como nueva *ratio scripta* de origen escolástico que hace aparecer cualquier intento de falsación serio como una especie de rebelión contra la razón. La necesidad, y, con ello, la legitimación de la pena, en cambio, en realidad deben ser aún comprobadas – de modo autocrítico, sin anteojeras y subalternismo; persiguiendo una falsación. Y esto significa: mediante una *crítica de la razón punitiva* con miras a una *ética del no-penar*.

34. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift. Vollständige Ausgabe nach dem Text der Erstausgabe* (Leipzig 1887), München, 1983, p. 60; Otfried HÖFFE sólo puede usar esta cita como ejemplo positivo de la crítica (abolicionista) del Derecho penal, que él evidentemente no valora mucho -a la que parece reprochar que "se recrea en reproches moralizantes globales" (IDEM, en este tomo)- porque no sabe con qué intensidad ésta hace precisamente lo que él exige, a saber, "rflexionar acerca de qué características debería tener una sociedad" que pudiera renunciar a la pena; cfr. Nils CHRISTIE, *Grenzen des Leids*, Bielefeld, 1986; Louk HULSMAN/Jacqueline BERNAT DE CELIS, *Peines Perdues*, Paris, 1982.

# Direito de acesso aos autos no processo penal: breve análise crítica

Denise Neves Abade
Procuradora Regional da República,
Mestre em Direito Processual
pela Universidade de São Paulo
e doutoranda em Direito Constitucional
pela Universidad de Valladolid (Espanha).

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O direito de acesso aos autos como componente do direito de defesa e seu momento de invocação – 3. O direito de acesso aos autos como aspecto fundamental do direito de defesa: análise nos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos e União Européia – 4. Limites possíveis ao direito de acesso aos autos – 5. Crítica às decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos nos casos Jasper e Fitt – 6. Conclusões – Bibliografia.

**Resumo:** Este artigo visa estudar a difícil relação entre o direito de acesso aos autos e a eficiência do combate à macrocriminalidade. Para tanto, estudou-se o conceito do direito de acesso aos autos e o momento em que tal direito pode ser invocado, no direito nacional e comparado. A seguir, foi feita análise do enfoque dado ao direito de acesso por parte dos Tribunais de proteção aos direitos humanos – Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos e também pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. Posteriormente, foram abordados os limites ao

direito de acesso aos autos. Por fim, após enfocar a posição dos tribunais superiores nacionais e também analisar os limites permitidos sob o âmbito dos limites aos direitos fundamentais, apresentaremos uma crítica objetiva aos recentes casos Jasper e Fitt, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que mudaram a posição tradicional do órgão com relação a este direito e à publicidade do processo.

**Palavras-chave:** Direito de acesso aos autos no Direito Processual Penal – Limites aos direitos fundamentais – Publicidade no Processo Penal – Eficiência no combate à macrocriminalidade.

## 1. Introdução

É certo que a construção da idéia de direitos fundamentais como base do sistema jurídico tem sido lenta no processo de desenvolvimento do Direito. Por outro lado, também é possível afirmar que, até agora, essa construção vem se mostrando razoavelmente sólida. Não podemos permitir, no afã de resguardarmos a segurança jurídica, que o edifício desmorone.

No cenário vivenciado nos dias de hoje, em que potenciais vítimas do terrorismo podem ser contadas aos milhares, a criminalidade transnacional mostra-se cada vez mais organizada e tradicionais mecanismos para conduzir as conseqüências de um ataque e meios para identificar e conter criminosos já não são eficazes, torna-se tarefa – árdua – dos juristas lembrar, como dizia o juiz da Suprema Corte norte-americana Arthur Goldberg, que a Constituição não pode ser um *pacto suicida*, e precisamente durante tempos de crise que a proteção dos direitos fundamentais, como o direito ao devido processo legal, deve remanescer.[1]

1. A afirmação foi feita no clássico julgamento *Kennedy vs. Mendoza-Martinez*, 372 US 144US, de 1963, disponível na Internet em http://laws.findlaw.com/us/372/144.htlm.

Há que se defender uma postura ético-jurídica firme, baseada nos preceitos do Estado Constitucional, para que reste assegurado o equilíbrio quando o Estados exerçam o *jus puniendi*, inclusive na macrocriminalidade transnacional.

Nesse quadro, direito fundamental a ser particularmente resguardado é o direito de acesso aos autos por parte do acusado. O direito de acesso aos autos decorre logicamente da consagração do direito à defesa. Assim, o sujeito investigado e o acusado têm direito de acesso a todas as informações constantes dos autos à disposição do Juízo. De fato, o acesso aos autos é essencial para assegurar que o acusado tenha acesso a toda informação que possa ser relevante para a preparação de sua defesa e para que o juízo, por sua vez, tenha diante de si todo material relevante para a determinação de sua culpa ou inocência.[2]

Conforme observa SAFFERLING, o direito a um processo justo não compreende um direito peculiar e específico, mas um "caleidoscópio de direitos", dentre os quais se encontra o direito à paridade de armas e, como conseqüência, o direito de acesso aos autos por parte do indivíduo a quem se atribui o cometimento de uma infração penal.[3]

O desafio mostra-se em compatibilizar, então, o direito de acesso ao combate eficiente de uma criminalidade cada vez mais organizada. Tudo isso sem olvidar o alerta de BOBBIO, para quem, sem direitos do homem reconhecidos e

2. Tal recomendação é coerente com o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que em seu art. 67 (2) determina que o promotor deve, tão logo seja possível, permitir que a defesa tenha acesso às provas que estejam sob controle da acusação, a fim de que a defesa possa demonstrar a inocência do acusado ou coloque em dúvida a credibilidade da acusação. Isto porque, como se sabe, no Processo Penal vigora o princípio de presunção de inocência e seu corolário, o *in dubio pro reo*, os quais exigem a absolvição do acusado caso haja a inércia do Ministério Público em provar o que alegou – por esse motivo, a chamada "busca da verdade real" pelo órgão judicial que se pretende imparcial – conforme expressão consagrada na doutrina tradicional – não é compatível com as garantias constitucionais do processo penal acusatório. Ver, sobre esse tema, ABADE, Denise Neves. *Garantias do Processo Penal Acusatório – o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, capítulo 5.3.

3. SAFFERLING, Christoph J. M. *Towards an International Criminal Procedure.* Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 30.

protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.[4]

Neste trabalho, será feita uma análise do direito de acesso aos autos, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, tanto sob a ótica interna brasileira como sob a visão dos Tribunais Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos – particularmente o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos, com uma rápida análise sobre o entendimento da União Européia como um todo, por meio das decisões do Tribunal das Comunidades Européias a respeito do tema.

Assim, primeiramente será efetuado um breve estudo sobre o conceito do direito de acesso aos autos e o momento em que tal direito pode ser invocado no direito nacional e comparado. A seguir, será feita uma análise do enfoque dado ao direito de acesso por parte dos Tribunais de proteção aos Direitos Humanos – Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar os artigos, respectivamente, da Convenção Européia de Direitos Humanos e Convenção Americana de Direitos Humanos que prevêem o direito de acesso aos autos[5-6] – e também pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, que já

4. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 10 ed. Rio de Janeiro: Campus Ed., 1992, p. 34.

5. Os direitos processuais estão, basicamente, previstos no artigo 6 da Convenção Européia: *"6 (1) Toda pessoa tem direito a que sua causa seja julgada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer sobre seus direitos e obrigações civis, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. A sentença deve ser tornada pública, mas o acesso à sala de audiência poderá ser proibido à imprensa e ao público durante a totalidade ou parte do processo no interesse da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses dos menores ou a proteção da vida privada das partes no processo assim o exigirem, ou na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, sob circunstâncias especiais, a publicidade poderia ser prejudicial para os interesses da justiça (...) (3) Todo acusado tem, no mínimo, os seguintes direitos (b) a dispor do tempo e das facilidades necessárias para a preparação da sua defesa"*.

6. O texto da Convenção Americana de Direitos Humanos assim se apresenta: *"Art. 8 (2) – Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa"*.

analisou tal direito fundamental e cujas decisões (de aplicabilidade imediata aos países membros), para além de formarem jurisprudência no Direito interno dos Países-membros, influenciam também o direito brasileiro, ainda que indiretamente.

Posteriormente, estudaremos os limites ao direito de acesso aos autos. Por fim, após enfocar a posição dos Tribunais Superiores nacionais e também analisar os limites permitidos sob o âmbito dos limites aos direitos fundamentais, apresentaremos uma crítica objetiva aos recentes casos Jasper e Fitt, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que mudaram a posição tradicional do órgão com relação a este direito e à publicidade do processo.

## 2. O direito de acesso aos autos como componente do direito de defesa e seu momento de invocação

Os direitos fundamentais, entendidos como aqueles direitos garantidos constitucionalmente, gozam de um duplo caráter ou dimensão, já que constituem não somente direitos subjetivos dos indivíduos, mas também princípios objetivos do ordenamento constitucional.[7]

A partir da incorporação das declarações de direitos humanos nos textos constitucionais, a problemática dos direitos processuais básicos se encontra ligada ao movimento constitucionalista, já que neste os direitos deixam de estar proclamados como meras declarações abstratas e programáticas e passam a ser incluídos na norma jurídica suprema de uma nação, a Constituição, alcançando as garantias estabelecidas na mesma.[8] O fenômeno da incorporação do Direito Pro-

7. Ver a este respeito, dentre outros, RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. "Los derechos fundamentales: derechos subjetivos y derecho objetivo", *Revista La Ley*, 21.03.1996, pp. 1 e ss.

8. Observa DAVID VALLESPÍN PÉREZ que essa constitucionalização é uma das "notas mais sobressalientes" que caracterizam o direito processual europeu a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, e consiste na especial proteção que se concede a tais direitos fundamentais, não somente no plano processual, mas também no plano constitucional. Ver em VALLESPÍN PÉREZ, "Las garantías constitucionales en el proceso penal español" in *Ensayos de Derecho Procesal, n. 21*. Tegucigalpa: Graficentro Editores, 1999, p. 554.

cessual ao movimento de constitucionalização de certos direitos e princípios, a exemplo do que já havia ocorrido em vários países, também foi acompanhado pelo Brasil, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988.

Graças à judicialização constitucional e internacional, os direitos processuais básicos deixaram de ser simples proclamações retóricas ou simples princípios programáticos para converterem-se em *direitos exigíveis como garantias fundamentais*. A partir desse enfoque, os direitos inerentes à ampla defesa constituem direitos fundamentais. E para que haja uma defesa concreta, há que se garantir direito de acesso aos autos, a fim de que seja possibilitado o conhecimento efetivo sobre os fatos objeto da acusação.

Não obstante todos os avanços advindos do estudo constitucional dos princípios processuais penais, ainda não se concluiu pacificamente nem na doutrina nem na jurisprudência, nacional ou no direito comparado, qual o momento em que o sujeito investigado passa a ser titular dos direitos de defesa – dentre eles o direito de acesso aos autos – e quando pode exercê-los de forma plena.

A questão é enfocada de forma distinta, por exemplo, no Direito brasileiro e europeu continental (particularmente no Direito espanhol, francês, italiano e alemão).[9] Isto porque no Direito brasileiro não há a figura da "imputação", que consiste no momento no qual uma pessoa é determinada, por meio de decisão judicial, como parte suspeita em um procedimento persecutório penal, a quem se atribui em tese o cometimento do delito. A imputação, nos ordenamentos jurídicos desses países, pode ocorrer ainda na fase da investigação ou já na fase processual. Antes disso, não há reconhecimento de direitos destinados à defesa.

Há duas figuras que podem assemelhar-se à imputação no Brasil. A primeira é a citação do réu após recebimento da denúncia. Contudo, há unanimida-

9. Com relação à análise do instituto da imputação no Direito espanhol, francês, italiano, alemão e português, conferir a obra de LÓPEZ YAQÜES, Verônica. *El derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad.* Alicante: Universidad de Alicante, 2002, em especial o capítulo 2.1.2, "La imputación penal en el marco del Derecho comparado europeo".

de em nossa doutrina e jurisprudência que o investigado (ainda que não reconhecido como tal por decisão judicial) é destinatário de direitos fundamentais. Outra figura (ainda) existente no nosso ordenamento é o "indiciamento", que existe na fase administrativa do inquérito policial. No sistema do ultrapassado Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, a atribuição para qualificar um suspeito como "indiciado" não é nem do Juízo, nem do Ministério Público, mas da autoridade policial (possibilidade inexistente nos ordenamentos europeus; somente em Portugal permite-se, excepcionalmente, que a Polícia qualifique alguém como "argüido" e submeta seu juízo ao Ministério Público e ao juízo).

O inquérito policial no sistema brasileiro é mera peça investigatória e informativa, no qual a autoridade policial não realiza qualquer acusação formal. E, mais, o inquérito policial é instrumento prescindível para o oferecimento da ação penal, que pode ser baseada em outras peças de informação. O indiciamento constitui mera formalização de uma suspeita, e somente em sede de inquérito policial,[10] que não vincula o Ministério Público, este sim, o verdadeiro encarregado da acusação pública, o qual formalizará com o oferecimento da ação penal.[11] Por este motivo, a jurisprudência brasileira é praticamente pacífica em determinar que, embora no inquérito policial não incida o contraditório – por ser peça instrutória

10. Na prática, não raro, efetivos suspeitos não são indiciados nem pessoas indiciadas são aquelas acusadas pelo Ministério Público, já que este, destinatário das diligências policiais, verifica, no momento do oferecimento da ação penal, quem são os agentes delituosos – que muitas vezes não coincidem com os apresentados pela polícia. O quadro está mudando, mas muitas vezes verificou-se (com conseqüente responsabilização criminal e administrativa) que o instituto do indiciamento era utilizado como mero instrumento de achaque policial.

11. Diante da inexpressividade do instituto para fins jurídicos, o Anteprojeto de lei para modificar o Código de Processo Penal brasileiro pretende abolir o indiciamento e, por via de conseqüência, fazer desaparecer a categoria jurídica do indiciado. Estatui, então: *"Reunidos os elementos informativos – de novo a expressão – tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de suspeito, com as garantias dela decorrentes"* (art. 8º, caput). E se elucidou que, na "investigação policial", além de outros interessados, se acham o investigado e o suspeito: *"situações jurídicas bem diversificadas no artigo 8º, do Anteprojeto, no qual se substitui o indiciamento pela atribuição formal do status de suspeito ao investigado, para que a partir daí lhe se assegurem as garantias constitucionais, após a reunião de elementos informativos tidos pela autoridade policial, como a tanto suficientes"*.

administrativa, sem presidência judicial – o sujeito passa a ser titular de direitos constitucionais a partir de atos em que se conclua que é suspeito – independentemente do indiciamento – e pode exercer em sua plenitude os direitos inerentes ao contraditório a partir do momento em que passa a figurar como réu em ação penal.[12]

Já no Direito continental europeu, de maneira geral, para estabelecer um momento inicial da afirmação do direito de defesa, a doutrina socorre-se da identificação da chamada *imputação.* Do mesmo modo em que, a partir de uma perspectiva estrutural do processo, se afirma a essencialidade da garantia do contraditório, especialmente dentre as doutrinas italiana e espanhola, entende-se a imputação penal como pressuposto necessário do processo punitivo,[13] definida[14] como a *atribuição do cometimento de um fato aparentemente delitivo a uma determinada pessoa, com exclusão de qualquer outra,*[15] *apoiada, em princípio, sobre a base de uma mera suspeita.*[16] Assim, para essa corrente, somente quando o sujeito passa a

12. As decisões são no sentido de que o indiciamento em inquérito policial é *"figura desprovida de conseqüência jurídica porque não prevista no ordenamento como ato processual formal"* e que, portanto, não altera qualquer *status* do investigado: com ou sem indiciamento, o investigado possui mesmos direitos. Ver, neste sentido, somente para exemplificar, as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro: STF, 1ª Turma, HC 75.435/SP, Rel., Min. Sydney Sanches, j. 24.06.1997 (*DJ* 29.08.1997); STF, Pleno, HC 65.544/DF, Rel. Min. Oscar Corrêa, unânime, j. 18.11.1987 (*DJ* 11.12.1987); STF RHC 61.454 / SP, 1ª Turma, Relator: Min. SOARES MUNOZ, j. 30.03.1984 (*DJ* 27.04.1984).

13. Ver em CARNELUTTI, F., "Principi del processo ...", p. 95; CONSO, G., *Instituzioni di diritto processsuale penale*, Milano, 1967, p. 89. No mesmo sentido, MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", op. cit., ps. 315 y 316.

14. Vid. LEONE, G., *Manuale di diritto processuale penale*, (trad. MENCARELLI), Napoli, 1983, p. 471.

15. Conferir FENECH, M., *El proceso Penal*, Madrid, 1992, p. 238; GÓMEZ ORBANEJA, E., "Comentarios a la Ley ...", Tomo II, Vol. I, op. cit., p. 580; MORENO CATENA, V., (et. alt.), "Derecho Procesal Penal", p. 315; PRIETO CASTRO, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, F., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1982, p. 120. Cfr. CORDERO, F., "Processo Penale", op. cit. pág. 225. Parece sustentar o contrário FRANCESCO CARNELUTTI, em *Derecho Procesal Civil y Penal, T. II. Principios del Proceso Penal* (traduc. SENTIS MELENDO), Buenos Aires, 1971.

16. A imputação, assinala GÓMEZ ORBANEJA, é dirigida *"contra la persona que resulta sospechosa, en mayor o menor grado, de participación en un hecho que se presume delito"*. Ver em *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 60.

ser "imputado" adquire a condição efetiva de sujeito passivo do processo e torna-se titular de direitos de defesa.[17]

Nesta linha, entende MORENO CATENA que a atribuição da qualidade de imputado se traduz no recebimento de um autêntico estatuto jurídico com uma série de direitos[18] que definem e privilegiam sua posição no processo. O entendimento constata, portanto, *simultaneidade* entre o surgimento da imputação e o nascimento dos direitos de defesa.

O que percebemos, qualquer que seja a legislação, é que o reconhecimento formal de tal condição, seja por meio de ato administrativo, seja por ato judicial, pode não ocorrer. Com efeito, e em especial quando se estamos falando de procedimentos envolvendo crimes transnacionais, a mera suspeita é suficiente para desencadear muitos atos persecutórios. Assim, melhor seria atribuir a todo suspeito em persecução penal – o que se verifica com atos constritivos como medidas cautelares, solicitação de documentos a respeito do suspeito – um rol mínimo de garantias para que possa defender-se. A mais básica delas é saber que, primeiramente, pesa uma suspeita sobre eles. Depois, ter acesso ao que já foi juntado aos autos a seu respeito.[19] Nesse aspecto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também acolhe essa concepção material, e não formal, do termo "acusação", contido no art. 6.1 da Convenção Européia de Direitos Humanos.[20]

17. ARAGONESES ALONSO define o "imputado", precisamente, como o sujeito *"sospechoso de criminalidad vinculado, más o menos fundadamente, al proceso"* en *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1981, p. 148.

18. Direitos que, como afirma MORENO CATENA, são instrumentais para a defesa e, como conseqüência, seu exercício é pressuposto indispensável para a efetiva realização do processo paritário. Ver em "Algunos problemas del derecho de defensa", en *La Reforma del Proceso Penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1989, p. 452.

19. Assim, com acerto propõe MORENO CATENA uma distinção entre a "imputação judicial" e a "imputação extrajudicial", que se dá com o desenvolvimento por parte de órgãos públicos de atos de investigação de um fato delitivo com a restrição de direitos do cidadão suspeito de seu cometimento. Ver em MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, op. cit, p. 341 y 342.

20. Ver caso "Adolf", decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 26.03.1982. Contudo, em outra ocasião o termo "imputação" foi interpretado como notificação ofi-

Como se vê, o direito de acesso aos autos, *sem que o indivíduo tenha sido formalmente considerado suspeito,* ou seja, em razão de um pedido de mera "fiscalização" é questão ainda controvertida. Em especial depois dos acontecimentos de 11.09.2001 e 11.03.2004, tais pedidos, baseados em vagas e distantes suspeitas (o que a doutrina americana denomina, com concisão e eloqüência, como "*fishing*" ou "*fishing expedition*") são cada vez mais freqüentes, face ao *temor* das *conseqüências* de eventual não-aprofundamento de uma investigação.[21]

Há necessidade, portanto, de se delimitar quem é o sujeito ativo do direito de acesso aos autos. No caso de existir imputação, é óbvio que o *imputado* é aquele que possui tal direito. Na fase processual, não há dúvidas de que o réu é titular de todos os direitos de defesa, inclusive do direito de acesso aos autos.

Por outro lado, mostra-se evidente que não se pode restringir o direito de acesso aos autos ao formalmente "imputado, ou mesmo ao "indiciado", pelo simples motivo que assim possibilita-se até mesmo a eliminação de tal direito pela singela prática de se "*retardar*" a imputação. O direito de acesso aos autos e, conseqüentemente, o próprio direito de defesa, desmoronaria e se tornaria *meramente formal.* O mesmo argumento pode ser oposto ao tipo de procedimento ou processo no qual o direito de acesso aos autos existiria.

cial, proveniente de autoridade competente, da suspeita de haver cometido uma infração penal (caso "*Deweee*", de 27.02.1980).

21. Os Estados tendem a considerar a "pescaria" como uma invasão desproporcional e ofensiva à soberania estatal, o que ameaça até a própria cooperação judicial internacional. Lembra Del Valle que "*France enacted criminal procedures in the form of a blocking statute (the Act), designed to prevent the so called "fishing expeditions" on the part of litigants from the United States.*" Ver DEL VALLE, Elena. "Obtaining Evidence in France for use in the United States" in 1 *University of Miami Yearbook of International Law* (1991), p. 266-291, em especial p.274. Zagaris e Resnik lembram, por seu turno, que houve forte oposição no Congresso estadunidense à assinatura do *Mutual Legal Assistance Treaty* com o México, porque temia-se o "*fishing*", por parte das autoridades mexicanas. Descrevem os autores que "*Senator Helms noted his concern that some foreign governments might use the treaties to obtain assistance in investigating capital flight from their countries and that U.S. officials might be subject to foreign "fishing expeditions" and be otherwise flooded with requests*". Ver ZAGARIS, Bruce e RESNIK, Jessica. "The Mexico-U.S. Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Treaty: another step toward the harmonization of International Law Enforcement", 14 *Arizona Journal of International Law* (1997), p. 01-96, em especial p. 20.

Não cabe restringir o direito de acesso aos autos ao processo penal propriamente dito, excluindo procedimentos atípicos a cargo da Polícia ou outro órgão administrativo qualquer. Novamente, o entendimento de que o direito de acesso aos autos é um direito de acesso aos autos *judicializados* ensejaria toda sorte de abusos, por meio da criação de procedimentos preparatórios ou de investigação preliminar.

A jurisprudência inclina-se a garantir o *amplo* direito de acesso aos autos, reconhecendo a titularidade não só do imputado, mas de todo aquele que, em virtude da investigação conduzida em qualquer tipo de procedimento, possa ser considerado como possível autor de um ilícito.

Para o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, o direito de acesso aos autos deve ser assegurado inclusive nos procedimentos de averiguação preliminar, pois "*Le respect des droits de la défense, en tant que principe de caractère fondamental, doit être assuré non seulement dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, mais également dans le cadre de procédures d'enquête préalable*".[22]

A partir dos casos da Comissão Européia de Direitos Humanos e da Corte Européia de Direitos Humanos mostra-se clara a noção de que a classificação legal de um procedimento dado pelas autoridades persecutórias não é de-

22. Também já pacífico na União Européia. Ver em julgamento de 18.10.1989, *Orkem vs. Comissão*, C- 374/87, Recueil, p.3283, parágrafo 35. Em outro caso, o TJEC decidiu que: "*Le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci constitue un principe fondamental de droit communautaire et doit être assuré même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure en cause. Ce principe exige que la personne contre laquelle la Commission a entamé une procédure administrative ait été mise en mesure, au cours de cette procédure, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégués et sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation quant à l'existence d'une violation du droit communautaire. Lorsque la personne concernée n'a pas été en mesure de commenter des documents contenant des informations couvertes par le secret des affaires, la Commission ne peut pas retenir ces informations dans sa décision* ». Ver em Caso *Bélgica vs. Comissão, julgamento de 10.07.1986, Receuil p. 02263, em especial parágrafos 27 e 29.*

terminante para a invocação dos direitos previstos na Convenção Européia de Direitos Humanos.[23] De fato, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) se baseia em três critérios para determinar se o art. 6.º da Convenção é aplicável ao procedimento:[24] (1) o Tribunal Europeu de Direitos Humanos não está submetido à classificação de um procedimento dado pelo ordenamento nacional e assim avalia por si mesmo as normas procedimentais e materiais aplicáveis – podendo até mesmo fazer referência à classificação determinada por outro Estado para o mesmo tipo de infração; (2) uma sanção é considerada uma sanção penal quando pune a violação de uma norma genérica e tem finalidade tanto preventiva como punitiva e (3) são levadas em consideração a natureza e rigidez da penalidade imposta.[25]

Ora, se um procedimento é classificado como procedimento criminal de acordo com estes critérios, as garantias previstas na Convenção Européia também se aplicam durante a investigação pré-processual,[26] desde que tais procedimentos, nas palavras utilizadas pelo TEDH, "*sejam diretamente dirigidos para posterior julgamento, por um tribunal, do cometimento de um crime pela pessoa envolvida*".[27]

Nesse sentido, vê-se claramente a aplicação desse raciocínio no caso *Öztürk,* no qual o TEDH considerou uma pena administrativa imposta pela Polícia germânica (de acordo com a lei nacional) como sendo uma *pena criminal* que deveria, assim, ser compatível com o art. 6.º (1) da Convenção (direito a ser ouvido por juízo imparcial nos casos criminais). Para a Corte, em que pese

23. Ver, por exemplo, os casos *Öztürk v. República Federal da Alemanha,* A73, de 21.02.1984 e *Lutz v. República Federal da Alemanha,* A123-A, de 25.08.1987.

24. Conforme exposto no caso *Engel v. Holanda,* A 22, de 08.06.1976.

25. Cf. GLEß, Sabine e ZEITLER, Elisabeth. "Fair Trial Rights and the European Community's Fight Against Fraud" in *European Law Journal,* vol. 7, n. 2, jun 2001, pp. 219-237, p. 228.

26. De acordo com o já decidido pelo TEDH no caso *Imbroscia v. Suíça,* A275, de 24.11.1993.

27. TEDH, casos *Fayed v. Reino Unido,* A 294-B, de 21.09.1994, e *Saunders v. Reino Unido,* A 65, de 17.12.1996

a liberdade do Estado em descriminalizar delitos menores e considerá-los infrações administrativas (o Sr. Öztürk cometeu delito de trânsito, causando meros danos materiais), não é possível retirar, ao mesmo tempo, *garantias inerentes ao devido processo legal penal.*[28]

Também para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a aplicação das garantias do devido processo legal não somente são exigíveis junto às diferentes instâncias que integram o Poder Judiciário como também devem ser respeitadas por todo órgão que exerça funções de caráter materialmente jurisdicional.[29] Assim, deve-se proteger as garantias do devido processo não somente nos âmbitos de atuação dos órgãos do Poder Judicial, mas também diante de qualquer instância que tenha atribuições para determinar direitos ou obrigações.

Na mesma linha, observam SABINE GLEß e ELISABETH ZEITLER que a finalidade de aplicação dos direitos previstos no art. 6.º da CEDH aos procedimentos investigatórios preliminares é determinada pela *importância* de sua proteção para os processos principais e pela *significância* dos procedimentos preliminares para o processo principal.[30]

28. Foram cobrados os gastos com intérprete, que seriam gratuitos em um processo criminal (a tradução é garantia básica do indivíduo e dever do Estado). Ver TEDH, *Caso Öztürk*, j. 21.02.1984, Série A n. 73, em especial o parágrafo 49. Ver também caso *Belilos*, j. 02.04.1988, Série A n. 132.

29. Neste sentido, assim decidiu a Corte: "*De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana*"(Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Aguirre Roca, Rey Terry e Revoredo Marsano *Vs.* Perú. Sentença de 31.01.2001, item 71)

30. GLEß, Sabine e ZEITLER, Elisabeth. "Fair Trial..." cit., p. 228.

## 3. O direito de acesso aos autos como aspecto fundamental do direito de defesa: análise nos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos e União Européia

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em reiteradas ocasiões,[31] claramente manifestou-se no sentido de que o direito de acesso aos autos constitui um elemento inerente ao enunciado no artigo 6.1 da Convenção Européia de Direitos Humanos.

Assim, afirmou o TEDH que, nos processos criminais, cada parte deve ter oportunidade razoável de apresentar suas alegações perante um tribunal sob condições que não o coloquem em "substancial desvantagem" ao seu oponente.[32] E, ainda, existe o direito de a defesa ter acesso aos autos e às provas colhidas pela acusação para que possa preparar sua defesa, a fim de que a paridade de armas e o contraditório sejam assegurados.[33]

A lógica dessa abordagem, que reconhece o direito de acesso aos autos como manifestação do direito de defesa, está baseada na idéia segundo a qual o Estado é obrigado a usar seus poderes e meios para assegurar que todo material de prova relevante deve estar acessível no processo penal tanto para a acusação como para a defesa.[34]

O direito de ter acesso aos autos, assim, é inerente ao conceito de tutela judicial efetiva e justo processo: é um direito fundamental, e, como tal, tendo em vista o duplo caráter desses direitos,[35] significa que os tribunais e au-

31. Ver Sentença de 21.02.1975, *caso Golder.*

32. TEDH, caso *De Haes and Gijsels vs Bélgica,* de 24.02.1997.

33. Caso *Jespers vs. Bélgica,* de 14.12.1981.

34. Cf. constatam STARMER, Keir, STRANGE, Michelle e WHITAKER, Quincy. *Criminal Justice, Police Powers & Human Rights.* Oxford: Oxford University Press, 2001, p.142.

35. Já é clássica a afirmação de ALEXY segundo a qual "as disposições de direito fundamental podem ser consideradas não apenas como positivações de princípios (...) mas também (...) como expressão de uma vontade de estabelecer determinações frente às exigências de princípios contrapostos. Adquirem, desta maneira, um caráter duplo. Através delas, por um lado, se positivam prin-

toridades estatais envolvidas têm o dever de possibilitar o livre acesso das partes aos autos.[36]

E mais: conforme sintetiza FINDLAY, o acesso do acusado às provas contra ele colhidas antes de ser levado a julgamento é *crucial para que se estabeleça o acesso à justiça* e os *direitos do processo justo*.[37]

Também no âmbito da União Européia o direito fundamental de acesso aos autos foi consagrado. O Estado de Direito (*rule of law*) é considerado elemento central da nova ordem constitucional européia. Inseridos na noção de Estado de Direito estão os direitos fundamentais, inclusive os direitos processuais, os quais são elemento fundamental da herança comum dos Estados-membros da União.[38]

Até o famoso caso "Stauder",[39] o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias não havia reconhecido que os direitos fundamentais se incluíam entre os princípios gerais do Direito comunitário.[40] Mas, uma vez reconhecidos, o Tribunal de Justiça desenvolveu uma importante jurisprudência com relação ao reconhecimento dos direitos fundamentais no direito comunitário e a tutela efetiva

cípios; mas, por outro, na medida em que apresentam tipos de garantias e cláusulas restritivas diferenciadas, contêm as normas de direitos fundamentais determinações com respeito às exigências de princípios contrapostos". Ver em ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 133-134.

36. Cf. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Derechos Fundamentales Del Proceso Penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, p. 37.

37. FINDLAY, Mark. "Internationalised Criminal Trial and Access to Justice" in *International Criminal Law Review*, vol. 2, n. 3, 2002, pp. 237-259, p. 254.

38. RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil-Carlos "Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo" in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung/Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, 1999, p. 27-50.

39. Sentença de 12.11.1969. Assunto 29/69.

40. Tal decisão foi confirmada logo depois, e o respeito aos direitos fundamentais assegurados de forma ainda mais clara, no Assunto 11/70, sentença de 17.12.1970, caso "*Internationale Handelsgesellschaft*", onde foi afirmado que o respeito aos direitos fundamentais forma parte integrante dos princípios gerais do Direito, cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça.

dos mesmos. Em concreto, o Tribunal desenvolveu entendimentos sobre princípios gerais e específicos relacionados aos direitos fundamentais.

Dessa forma, o Tribunal é pacífico ao entender, por exemplo, que 1) os direitos fundamentais formam parte do ordenamento jurídico comunitário e o Tribunal deve assegurar seu respeito;[41] 2) o juiz comunitário se inspira nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, assim como nas determinações existentes nos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos que os Estados-membros tenham cooperado ou aderido, em especial a Convenção Européia de Direitos Humanos;[42] 3) os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser estabelecidas restrições sempre que respondam a objetivos de interesse geral e que não constituam, em relação ao objetivo que se persegue, uma intervenção desmesurada e intolerável que atente à própria substância do direito protegido.[43]

O Tribunal de Justiça reconheceu também de forma explícita uma série de direitos fundamentais que formam parte integrante do ordenamento jurídico comunitário, além dos princípios gerais acima mencionados. Dentre eles, especificamente com relação ao tema objeto deste trabalho, o Tribunal reconheceu o *direito ao justo processo*[44] e o *direito a tutela judicial efetiva.*[45]

41. Caso Erich Stauder, de 12.11.1969; caso Gabrielle Defrenne contra Sabena, de 15.06.1978; caso J. Nold, de 14.05.1974; caso National Panasonic (UK), de 26.06.1980; caso Vittorio Testa y otros contra Bundesanstalt für Arbeit, de 19.06.1980; caso Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz, de 13.12.1979; caso Hoechst, de 21.09.1989; caso Dow Benelux de 17.10.1989; caso Dow Chemical Ibérica S.A. de 17.10.1989; caso Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH, de 14.05.1998; caso Enso Española, de 14.05.1998; caso Siderúrgica Aristrain Madrid SL de 11.03.1999; caso Limburgse Vinyl Maatschappij NV, de 20.04.1999; caso Emesa Sugar NV contra Aruba, de 04.02.2000.

42. Caso Enso Española S.A., de 14.05.1998; ver também T-347/94, T-156/94, T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94.

43. Ver casos C-404/92, C-200/96; C-84/95; C-44/94; T-113/96

44. Casos 98/79, Josette Pecastaing contra Estado belga, de 05.03.1980; 103/80, SA Musique Diffusion française e outros, de 04.06.1983; 97/91, Oleificio Borelli SpA, de 03.12.1992; C-185/95 P, Bavstahlgewebe GmbH, de 17.12.1998; C-17/98, T-17/96, TF1, de 03.06.1999.

45. Casos 222/84, Marguerite Johston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, de 15.05.1986; 234/84, Bélgica contra Comissão, de 10.07.1986; 40/85, Bélgica contra Comissão, de 10.07.1986 e T-348/94.

Quanto ao tema em estudo, vê-se que o direito de acesso (*right to disclosure*) forma parte do Direito comunitário. No caso *Imperial Chemical Industries v. Commission,*[46] o Tribunal de Justiça europeu decidiu que o "*acesso aos autos é uma das garantias protegidas pelo direito de defesa*".[47]

Além do reconhecimento jurisprudencial dos direitos fundamentais na União Européia, os próprios Tratados contêm referências explícitas à questão.[48]

O Tratado da União Européia contém ainda disposições concretas que se referem a determinados direitos fundamentais. Dentre eles o art. 255 acolhe o direito de acesso aos documentos.

Por fim, no Conselho Europeu de Colônia, celebrado em 03 e 04 de junho de 1999, chegou-se à conclusão de que seria necessária a elaboração de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Européia. Assim, uma Comissão foi criada para elaborar o projeto. No Conselho Europeu de Nice, ocorrido nos dias 07 a 10 de dezembro de 2000, foi proclamada solenemente a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia.[49]

Os direitos fundamentais previstos na Carta de Direitos Fundamentais da União Européia conectam-se, assim, ao repertório de direitos prote-

46. EC *Imperial Chemical Industries v. Commission* (1995), ECR II-1922, § 49.

47. Ver também os casos *Fiskano v. Commission* (1994), ECR I-2909, §§ 39 e 40; *Cimenteries CBR v. Commission* (1992), ECR II-2682, § 38, *BPB Industries and British Gypsium v. Commission* (1993), ECR II-389, §30.

48. Assim, o art. 6.º do Tratado da União Européia estabelece que: *"1. A União se baseia nos princípios de liberdade, democracia, respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e ao Estado de Direito, princípios que são comuns aos Estados-membros. 2. A União respeitará os direitos fundamentais tais como são garantidos na convenção européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, firmado em Roma em 04 de novembro de 1950, e tais como são resultados das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros como princípios gerais de Direito comunitário. 3. A União respeitará a identidade nacional de seus Estados-membros. 4. A União será dotada dos meios necessários para alcançar seus objetivos e para levar a cabo suas políticas."* Por sua vez, o art. 49 UE exige, como requisito prévio para que um Estado possa solicitar seu ingresso na União, que respeite os princípios enunciados no item 1 do art. 6.º, e o art. 7.º do Tratado que regula o procedimento para impor sanções a um Estado-membro que não respeite os direitos fundamentais. Por último, o art. 46 do Tratado atribui ao Tribunal de Justiça a competência para controlar o respeito pelas instituições de direitos fundamentais.

49. Conferir histórico na página de Internet http://europa.eu.int

gidos pela União e os garantidos pelos Estados-membros, como observa RUBIO LLORENTE.[50]

Ora, dentre os direitos fundamentais elencados nos 7 capítulos e 54 artigos da Carta, estão a *tutela judicial efetiva e o direito de defesa*, ambos sob o capítulo VI ("Justiça"). E ainda, no capítulo V ("Cidadania") incluiu-se como *direito fundamental o direito de acesso a documentos da União Européia*, reconhecendo-se assim expressamente a hierarquização deste princípio dentro do ordenamento jurídico comunitário, que é a transparência e publicidade – e que, como direito fundamental eleito para figurar na Carta, deve pautar todos os atos da União Européia – os de caráter judicial, inclusive.

Tais direitos são novamente reproduzidos e recepcionados no projeto de Constituição européia, em sua parte II. Com relação ao direito de acesso aos documentos, o art. II-42 (como um dos direitos fundamentais sucedâneos da Cidadania) determina que "*qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou coletiva com residência ou sede social num Estado-Membro, tem direito de acesso aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União, seja qual for o suporte desses documentos*".[51]

Com isso, a Carta converte-se em um "documento de referência", para utilizar a expressão de MENÉNDEZ, na hora de determinar o grau de proteção dos direitos humanos envolvidos.[52]

50. RUBIO LLORENTE, Francisco. "Una Carta de Dudosa Utilidad" in MATÍA PORTILLA, F. J. (ed). *Protección de Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea.* Madrid: Civitas, 2002, p. 198.

51. Ver mais sobre a Carta de Directos Fundamentais e as competências da União Européia em BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Derechos Fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton" in *Revista de Derecho Comunitario*, n. 14, enero-abril 2003, pp. 45-68. BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Derechos Fundamentales en la Unión y en los Estados Miembros: algunos problemas de conexión" in *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, n. 69, set-dez 2003, pp. 387-396.

52. MENÉNDEZ, Agustín José. "Fundamentando Europa: el impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea" in FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (coord). *Unión Europea y Derechos Fundamentales en Perspectiva Constitucional.* Madrid: Dykinson, 2004, pp. 93-126, p. 119.

Como já visto, também junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos o direito de acesso aos autos é garantido, seja pela compreensão como parte do direito a ser ouvido (*fair hearing*), previsto no art. 6.º, (1),[53] ou pelo conceito de ser um dos direitos necessários para se outorgar "*meios adequados para a preparação da defesa*", previstos no art. 6.º, (3)(b).[54]

Por seu turno, o art. 14(3)(b) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[55] prevê que no curso de qualquer acusação criminal os investigados e réus têm o direito de ter tempo adequado e meios para a preparação de sua defesa e para comunicar-se com defensor de sua própria escolha. O art. 8 (2) (c) da Convenção Americana de Direitos Humanos igualmente garante aos acusados "tempo adequado e meios para a preparação de sua defesa". O art. 6 (3) (b) da Convenção Européia de Direitos Humanos fala de "tempo adequado e meios para a preparação de sua defesa.

Como enfatizado pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, o direito de um acusado de ter tempo e meios adequados para a preparação de sua defesa é um importante elemento de afirmação de um processo justo e corolário do princípio de igualdade de armas. No Comentário Geral n. 13 ao art. 14, o Comitê define que o significado de "tempo adequado" depende das circunstâncias de cada caso, mas "*meios adequados*" devem incluir acesso a documentos e outras provas que o acusado necessita para preparar sua defesa, assim como a oportunidade de contatar e comunicar-se com seu defensor.[56]

Especificamente com relação ao acesso aos autos por parte do acusado e/ou seu defensor legal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou, no caso "Castillo Petruzzi e outros", que houve violação ao art. 8(2)(c), no qual "as

53. TEDH, caso *Edwards v. Reino Unido*, A 247-B, de 16.12.1992.

54. TEDH, caso *Kamasinski v. Áustria*, A 168, de 19.12.1989.

55. *Verbis: "Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: (...) b) A dispor do tempo e das facilidades necessárias para a preparação da defesa e a comunicar-se com um advogado de sua escolha".*

56. *United Nations Compilation of General Comments*, p. 124, parag. 9. A interpretação do artigo pelo Comitê de Direitos Humanos está disponível na página da Internet, no endereço: www.abanet.org/ceeli/publications/iccpr_index.pdf.

*condições sob as quais os defensores legais tiveram que operar foram totalmente inadequadas para uma defesa efetiva, já que eles não tiveram acesso aos autos até o dia anterior ao julgamento em primeira instância".*

Na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, "*o efeito foi que a presença e participação de advogados defensores foi meramente para formalizar o processo" e conseqüentemente, "mal poderia ser argumentado que as vítimas tiveram qualquer meio adequado de defesa*".[57]

Conforme ressalta KNOOPS, o princípio da tutela efetiva e do justo processo está intrinsecamente relacionado com a noção de *participação efetiva* do acusado.[58] O direito de participação efetiva do acusado, como um aspecto do modelo de processo acusatório, está genericamente previsto no art. 6.º (1) e 6.º (3) (c) da Convenção Européia de Direitos Humanos.[59]

Ora, para participação efetiva do acusado no processo há que se assegurar meios para que tenha acesso aos autos, conforme também já decidido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.[60]Não sem razão o art. 6.º é considerado *"um dos mais importantes artigos da Convenção Européia de Direitos Humanos*".[61]

Já desde o caso *Golder*[62] o Tribunal Europeu de Direitos Humanos passou a apresentar uma ampla interpretação do art. 6.º, entendendo que o direito de

57. Caso *Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, julgamento de 30.05.1999, *Serie C, No. 52*, p. 202, para. 141.

58. KNOOPS, Geert-Jan G.J. *Defenses in contemporary international law*. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2001, p. 235.

59. Sobre a recepção do modelo de processo acusatório pela Convenção européia, ver caso *Brandstetter vs. Autria*, A 211, de 28.08.1991; sobre o acolhimento do princípio da igualdade de armas, ver caso *Borger vs. Bélgica*, A214-B, de 30.10.1991.

60. No caso *Mantovanelli vs. França*, de 18.03.1997, o TEDH decidiu favoravelmente ao autor, julgando que como o autor não teve acesso a um documento de prova juntado aos autos – um relatório de um perito elaborado na fase de investigação – o procedimento não foi justo *de facto*, pois não houve cumprimento ao princípio acusatório estabelecido no art. 6 (1).

61. Cf. KNOOPS, Geert-Jan G.J. *Defenses in contemporary*... cit., p. 236 e BASSIOUNI, Cherif e MANIKAS, Peter. *The law of the International Criminal Tribunal for the Former Yuguslavia*. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 1995, p. 959, nota 176.

62. *Golder vs. Reino Unido*, de 21.02.1975, Serie A, vol. 18, parágrafo 6.

acesso à justiça, em todas as suas manifestações, é inerente ao art. 6.º da Convenção Europeu. Tal interpretação é coerente com os princípios de interpretação previstos na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, especialmente a norma prevista no art. 31 da Convenção, segundo a qual um tratado deve ser interpretado conforme a "boa fé" e à luz de seu objeto e propósito.[63]

Neste contexto, cabe ressaltar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao seguir o conceito conforme o qual "*a convenção é um instrumento vivo que deve ser interpretada à luz das condições dos dias atuais*",[64] expande a finalidade do art. 6.º segundo as transformações sociais e seus reflexos no Direito como um todo.[65]

Outro exemplo importante da jurisprudência do Tribunal Europeu foi o caso *Lamy vs Reino da Bélgica*, no qual foi decidido por unanimidade que a igualdade de armas não é respeitada se o acusado ou seu defensor, pretendendo impugnar a prisão preventiva, *não tem acesso às peças processuais onde estavam os elementos que serviram para fundamentar tal decisão*, ao passo que o Ministério Público delas tinha conhecimento e delas se servia para defender a manutenção da prisão preventiva.[66]

63. No caso *Golder*, o TEDH entendeu que os arts. 31-33 da Convenção de Viena, por refletirem normas de costume de Direito Internacional e inerentes aos Estados de Direito, devem ser utilizadas como método de interpretação da Convenção Européia. Ver em MATSCHER, Franz. "Methods of Interpretation of the Convention" in MACDONALD, R. St. J., MATSCHER, F. e PETZOLD, H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993, pp. 63-75, p. 66.

64. Caso *Tyrer vs. UK*, de 25.02.1978, Serie A, 26.

65. KNOOPS, Geert-Jan G. J. *Defenses in contemporary...* cit., p. 238.

66. A-151, 30.03.1989. No caso *Lamy*, o acusado era um cidadão belga, gerente de uma sociedade de responsabilidade limitada que foi à falência, vindo a ser responsabilizado pela prática do crime de insolvência dolosa. Preso preventivamente, Lamy impugnou por recurso a decisão de aplicação dessa medida de coação, sem ter tido acesso a todas as peças do processo. No recurso de cassação suscitou a questão da falta de acesso ao processo, ao perceber que o Tribunal de Segunda Instância de Liège se baseara em relatórios da polícia judiciária cujo conteúdo era desconhecido do recorrente e do seu advogado para manter a decisão que decretara a prisão preventiva. Face à improcedência do seu recurso no Tribunal de Cassação belga, Lamy recorreu às instâncias européias. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem aceitou a sua tese, considerando ter sido violado o n. 4 do art. 5.º da CEDH.

Ao não ser respeitada a igualdade de armas entre a acusação e a defesa, segundo a mesma decisão, o processo penal não era verdadeiramente contraditório,[67] pelo que estava sendo violado o art. 5.º, n. 4, da Convenção Européia de Direitos Humanos.[68]

E acrescentou o Tribunal: *"o Tribunal, tal como a Comissão, verificou que, devido à interpretação que a jurisprudência deu à lei, o advogado do requerente não pôde, durante os primeiros trinta dias da prisão preventiva, conhecer nenhum dado dos autos e especialmente dos relatórios elaborados pelo juiz de instrução e pela polícia judiciária de Verniers. Sucedeu assim concretamente no momento da primeira comparência perante a Secção que tinha de se pronunciar sobre a confirmação do mandado de prisão [...]. O advogado não tinha a possibilidade de se opor eficazmente às declarações ou argumentos que o ministério público deduzira dos referidos documentos"*. Na seqüência deste acórdão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a lei belga sobre a prisão preventiva foi alterada.[69]

Na síntese comparativa de MIREILLE DELMAS-MARTY, *"é preciso assinalar nomeadamente a reviravolta recente do direito belga logo após uma condenação aplicada à Bélgica pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos [caso Lamy vs. Bélgica]: hoje não apenas o advogado, mas também o próprio acusado, têm acesso ao processo instrutório"*[70]

Em face dessa avalanche de normas e decisões internas e internacionais, constata-se que o direito de acesso aos autos está consolidado no Estado de Direito. Tal pensamento é coerente com a constatação de que as linhas fundamen-

67. Uma vez que não era garantida a igualdade de armas, o processo não era realmente contraditório. Veja-se, *mutatis mutandis*, o caso Sánchez-Reisse, série A, n. 107, de 21.10.1986, que aborda a igualdade de armas e processo contraditório.

68. Acórdão integralmente publicado em *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, n. 11, Novembro de 1994, p. 201 a 208, e também parcialmente na *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 1, 1989, p. 124 e ss.

69. Em lei promulgada em 20.07.1990.

70. DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Procédures pénales d'Europe*. Paris: PUF, 1995, p. 475-476.

tais do sistema processual penal constitucional contemporâneo se desenvolvem em torno do conceito de prova.[71] E o conceito de prova está verdadeiramente ancorado a uma concepção dialética.

Isso significa que deve ser assegurada a participação das partes na reconstrução do fato penalmente relevante. Com habitual síntese, FERRAJOLI afirma que, no processo acusatório, a verdade, *"essendo concepita come relativa o formale, è acquisita, come in qualunque ricerca empirica, attraverso il procedimento per prova ed errore e la garanzia primaria, peri il suo raggiungimento, è conseguentemente affidata alla massima esposizione delle ipotesi accusatorie allla falsificazione della difesa, cioè al libero sviluppo del conflitto tra le due parti del processo, portatrici di punti di vista contrastanti proprio perché titolari di interessi opposti"*[72]

Contudo, se não há como privar a defesa de participar da instrução, seja na fase processual, seja na fase pré-processual, tal fato não leva à conclusão necessária de que o direito de acesso aos autos é absoluto.

É indiscutível que, para que as investigações penais obtenham êxito, pela sua própria natureza, deva haver uma certa cautela, que acarreta limites inevitáveis, por exemplo, à publicidade do processo e a outras regras, em face do poder persecutório estatal e sua atividade investigativa – mesmo porque, um tecnicismo exagerado chega a ser irresponsável e pode acarretar na impunidade e incredibilidade no sistema.

Tal exigência, porém, não afasta o entendimento de que é perfeitamente possível construir um procedimento que permita certa participação do investigado no inquérito sem acarretar prejuízo à atividade investigatória. Isto porque o complexo de normas constitucionais visam a um escopo fundamental: assegurar um processo justo e leal. Nesta ótica, é possível desenhar um modelo processual

71. VER MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Direito à prova no processo penal.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 139.

72. FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale.* Roma, Laterza Ed, 1989, p 626.

fundamentado em um sistema circular de garantias, onde está incluído o reconhecimento às partes do direito à prova.[73]

## 4. Limites possíveis ao direito de acesso aos autos

A questão dos limites aos direitos fundamentais é uma das questões mais discutidas no Direito contemporâneo, sobre a qual ainda não existe uniformidade de critérios na doutrina.[74] Decorrência do *princípio da unidade da Constituição* é o imperativo de se encontrar um equilíbrio entre os vários bens constitucionalmente protegidos que no caso concreto se encontram em conflito. Como não existe uma ordem hierárquica entre bens e valores constitucionais, o intérprete da Constituição deve estabelecer um balanço entre os bens em conflito que permita a ambos recuperar sua máxima eficácia jurídica nas circunstâncias dadas – caso em que deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade.[75]

73. Conforme MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Direito à prova no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 138-140.

74. Sobre o debate genérico, ver BASTIDA FREIJEDO, Francisco, VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignácio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Angel, ALÁEZ CORRAL, Benito e FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignácio. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004, pp. 120-141. Conferir também NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, primeira parte.

75. A ponderação pelo princípio da proporcionalidade se realiza através de três etapas, a saber: 1. Exame da adequação do preceito limitador do direito ao bem por meio do qual se pretende proteger (subprincípio de idoneidade); 2. Exame da necessidade da lesão do direito para o fim pretendido: toda medida de intervenção nos direitos fundamentais deve ser a mais benigna com o direito que sofre a intervenção (subprincípio da necessidade); 3. Exame de proporcionalidade entre a lesão ao direito e o fim a que se persegue: as vantagens que são obtidas por meio da intervenção no direito fundamental devem compensar os sacrifícios que esta implica para seus titulares e para a sociedade em geral (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito). Ver a respeito, na doutrina alemã, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos...* cit., pp. 111 e ss. Conferir também a abrangente e extensa obra do autor colombiano BERNAL PULLIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad...*, pp. 36 e ss. No tocante à invocação do princípio da proporcionalidade no Direito Internacional dos Direitos Humanos, ver RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, pp. 142-146.

Esta compreensão material e dinâmica do Direito constitucional é reconhecível em sentenças do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Tribunal Constitucional alemão, Tribunal Constitucional espanhol e também junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos – e mostra-se evidente particularmente na jurisprudência relativa aos direitos fundamentais, cujas garantias muitas vezes são indeterminadas.

Dentre deste contexto, há casos em que o direito fundamental da defesa, e sua expressão, o direito de acesso aos autos, podem sofrer limitações. Com efeito, conforme observa MICHELE RUSCA, o direito de consulta e acesso aos autos, e conseqüente participação na persecução penal, *não é absoluto*:[76] pode ser limitado, quer quanto à extensão, quer quanto ao seu conteúdo, quer quanto ao seu exercício.

Com efeito, o sistema jurídico constitucional do Estado de Direito garante que todo aquele que possa vir a ser prejudicado pela prova possa contestar sua autenticidade, juntar contraprova, pedir esclarecimentos. Assim, em face da garantia do contraditório, as partes podem e devem se manifestar sempre que um meio de prova for juntado aos autos, independentemente da fase da persecução criminal – inquérito ou ação penal.[77]

Mas, dada a primazia e natureza das medidas investigatórias, que visam a quebra da privacidade, o contraditório pode ocorrer após a colheita da prova – mesmo

76. RUSCA, Michele. "Le misure provvisionali nell'assistenza internazionale in materia penale" in *Revue de droit suisse*, 1997, vol. II, pp. 135 ss, especialmente p. 165-167.

77. Ver, neste sentido, COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 184 e ss. Contra o acesso do investigado aos autos, cite-se a posição de STARMER, Keir, STRANGE, Michelle e WHITAKER, Quincy. *Criminal Justice...* cit., p 144, segundo os quais, não obstante o disposto no art. 6.º da Convenção Européia de Direitos Humanos, a teoria da *margem de apreciação* permite que cada Estado limite o acesso aos autos de acordo com sua legislação interna: "*The domestic court is now obliged to act compatibly with the disclosure obligations inherent in Article 6 and to take account of the Strasbourg case law on the prosecution's obligation to provide pre-trial disclosure. This, as we have seen, does not impose a broad duty on the prosection to disclose all evidence and material obtained in the course of an investigation whether for, neutral or against the defendant*" (grifamos).

porque, a tutela do direito de acesso aos autos não é absoluta,[78] conforme inclusive já decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Leander v. Suécia.*[79]

A gravidade do crime investigado e investigações sobre a fortuna, movimentação patrimonial e modo de vida do suspeito *não podem ser escusas* para que não se observe o devido processo legal e o mencionado contraditório. Mas, para que não seja inviabilizada a investigação e assim consagrada a impunidade, o contraditório deve ser outorgado *a posteriori,* ou seja, deve ser diferido.[80]

No direito processual penal clássico, não se concebia persecução sem sigilo.[81] Hoje, com a pacificação dos preceitos do Estado de Direito e da internalização

78. Nesse sentido, saliente-se as palavras de Luiz Flávio Gomes: *"Até mesmo os principais textos jurídicos internacionais (muitos em vigor no Brasil, diga-se de passagem) albergam a possibilidade de quebra da privacidade. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, por exemplo, no seu artigo 17, diz: 'Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais a sua honra e reputação'. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por seu turno, em seu artigo 11, n. 2, dispõe: 'Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada...'. O que se deve evitar a qualquer custo é a arbitrariedade ou o abuso ou a ilegalidade. Quando fundadas razões autorizarem, pode-se quebrar o sigilo da vida privada".* Ver em GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl, *Crime Organizado.* São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995, p. 98.

79. TEDH, decisão de 26.03.1987.

80. O bom senso e o justo equilíbrio na atuação das partes apontam que o exagero, que por parte da acusação, quer por parte da Defesa, nos pleitos dirigidos ao Juízo podem trazer conseqüências, no mínimo, indesejáveis para quem os efetuou – com prejuízo do próprio devido processo legal. Assim, com relação aos abusos da acusação em impedir o acesso da defesa aos autos, a jurisprudência brasileira já decidiu inúmeras vezes em anular procedimentos nos quais não foram observados os princípios da ampla defesa. Ver, dentre outras, as decisões do STJ, RMS 1.932-9/PR, 5ª Turma, rel. Min. Costa Lima, j. 10.03.1993, *DJU,* 12.04.1993; ROMS 10.731/BA, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 01.06.1999, *DJU,* I, 16.08.1999. p. 88; RMS 417-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 05.06.1991, *DJU,* I, 23.09.1991. Por outro lado, o exagero da defesa pode ocasionar a si mesmo jurisprudência desfavorável, como ocorreu, por exemplo, na conhecida decisão do órgão especial do TRF – 3ª Região, no qual, à unanimidade, foi decidido que investigados e sua defesa não poderiam ter acesso a documentos antes de sua juntada e antes do conhecimento do Ministério Público, por consistir tal ato, além de obstrução à investigação, violação do princípio constitucional da ampla defesa (TRF-3ª Região, MS 228.555, rela. Desembargadora Federal Suzana Camargo, j. 16.03.2005).

81. Ver, neste sentido, a afirmação de TOURINHO FILHO: "(...) Não se concebe investigação sem sigilação. Sem o sigilo, muitas e muitas vezes o indiciado procuraria criar obstáculos às investigações, escondendo produtos ou instrumentos do crime, afugentando testemunhas e, até, fugindo à ação policial. Embora não se trate de regra absoluta, como se entrevê da leitura do art. 20, deve a Autoridade Policial empreender as investigações sem alarde, em absoluto sigilo, para evitar

dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos, a visão do indivíduo como sujeito de direitos não permite mais esse simples aleijamento deste do procedimento persecutório penal.

A regra, portanto, é que os procedimentos não sejam sigilosos – apenas o sejam eventualmente. E, ainda assim, os feitos sigilosos *não o são* para o investigado ou réu: há que se conferir ao interessado vista dos documentos que o incriminam – mesmo que *a posteriori* – a não ser que direitos fundamentais de terceiros ou de outros réus estejam em jogo.[82] Neste caso, e somente neste caso, os documentos cujo conhecimento por parte do investigado ou réu possa acarretar dano a direito fundamental de terceiro ficam fora de seu acesso – mas nunca a totalidade da investigação.

Neste sentido, citem-se as palavras de FAUZI CHOUKR: *"dentro de um Estado democrático não há sentido em se falar de 'investigações secretas', até porque, na*

que a divulgação do fato criminoso possa levar desassossego à comunidade. E assim deve proceder para que a investigação não seja prejudicada. Outras vezes o sigilo é mantido visando amparar e resguardar a sociedade, vale dizer, a paz social". TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*, V. 1, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 49.

82. Os Tribunais brasileiros reiteradamente vêm acolhendo que o segredo de justiça, com proibição de vista dos autos, não pode ser oponível às partes. Cite-se, por exemplo, as seguintes decisões de Tribunais Regionais Federais (segunda instância de jurisdição federal brasileira): *"O instituto do segredo de justiça visa proteger a intimidade das partes envolvidas no processo, não sendo aplicável a ela própria, a pondo de impedir-se o seu defensor legal de ter acesso aos dados, informações e documentos necessários ao exercício da defesa. É direito do advogado examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da administração pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos (Lei 8.906/94 – art. 7.º, XIII). Já realizado o ato judicial – no caso, busca apreensão domiciliar –, não se justifica que o seu advogado não tenha acesso aos autos do processo"*. (MS 2001.01.00.031862-8/GO, j. 25.08.2004, publicado no *DJ* 23.09.2004, p. 04); *"São direitos do advogado, assegurados pelo art. 7.º, XIII e XV, da Lei 8.906/94, examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos do processo, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos e ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza. O acesso à informação para defesa de direito, seja este oriundo de interesse coletivo ou geral, é garantia constitucional (art. 5.º, XXXIII), a qual deve ser prestada no prazo legal, sob pena de responsabilidade, ressalvando-se apenas aquelas informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, o que não é o caso"* (Ap em MS 96.01.56336-9/DF, j. 04.04.2003, *DJ* 15.05.2003, p. 155).

*construção do quadro garantidor e na nova ordem processual acusatória, deve o investigado ser alertado sobre o procedimento instaurado".*[83]

Hipótese um pouco diversa, mas que ainda consiste em certa restrição ao amplo acesso da defesa aos elementos de prova colhidos, consiste em casos em que seja constatado perigo grave à pessoa, liberdade ou bens de testemunhas ou peritos.

Assim, tanto no regime processual penal espanhol como no brasileiro, para citar os dois ordenamentos, existe, por exemplo, a possibilidade de uma testemunha prestar suas declarações fora da vista do acusado, bem como utilização de elementos como aparelhos para distorcer a voz em audiências. Mas nestes casos, a testemunha deve sempre ser vista e ouvida tanto pelos defensores como acusadores, bem como, claro, pelo Juízo.

Tais restrições, conforme pacificamente entende doutrina e jurisprudência, não vulneram o direito de acesso aos autos e às provas, já que na contra-balança estão em jogo lesão a bem jurídicos relevantes, como a vida ou liberdade.

Aplicando o princípio da proporcionalidade aos limites possíveis do direito de acesso aos autos por parte do imputado, entendo que somente por razões de ordem pública e proteção de direitos e liberdades fundamentais o Poder Judiciário, mediante decisão motivada, pode limitar o âmbito da publicidade e determinar caráter secreto dos autos ou de parte deles – o que pode até afetar as partes processuais.

Por isso que o sigilo dos autos – restrição ao princípio da publicidade, que ocorre nos casos em que há necessidade de preservar os interesses da justiça[84] – é

83. CHOUKR, Fauzi. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 92

84. Conforme previsto no art. 8(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, 14.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 120.1 da Constituição espanhola, dentre outros textos. Genericamente, os motivos para limitar o princípio da publicidade podem ser: moralidade, ordem pública, respeito à vítima e sua família, segurança nacional, interesse de menores, proteção da vida privada e interesse da justiça.

compatível com a publicidade entre as partes, a qual se reconhece em caráter quase absoluto, já que só excepcionalmente se permite ao indivíduo acesso "*a posteriori*" dos documentos juntados na instrução.

A finalidade do segredo de justiça, especialmente na fase pré-processual, é de proteger os direitos fundamentais das partes no processo penal e de garantir o êxito da investigação, mas deve ser interpretado restritivamente frente a outros direitos fundamentais, como o de defesa.[85]

## 5. Crítica às decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos nos casos Jasper e Fitt

Conforme já afirmado, ainda mostra-se tarefa árdua compatibilizar a punição da macrocriminalidade e resguardo da segurança jurídica com o respeito aos direitos fundamentais..

Assim, verifica-se recentes oscilações da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Com efeito, encontramos com relação ao tema, conforme já apontado, várias decisões que sugerem que a acusação deve apresentar ao indivíduo todas as provas colhidas nas investigações.[86] Porém, há decisões que entendem que o direito de acesso aos autos não configura direito absoluto e que, portanto, pode ser restringido, negando-se o acesso em alguns casos "para preservar o interesse público", desde que o sigilo dos autos seja decretado por autoridade judiciária.[87]

Mostraram-se emblemáticas, particularmente, as decisões do Tribunal Europeu nos casos *Rowe e Davis vs. Reino, Jasper vs Reino Unido* e *Fitt vs Reino*

85. STS 13/1985 de 31 de janeiro.

86. No caso *Edwards v. Reino Unido*, de 1992, a Corte decidiu, no §38, que "once there are criminal proceedings and an indictment, the whole of the evidence, favourable ou unfavourable to the defendant, must be communicated to the defence in order to the subject of adversarial argument in accordance with Article 6 of the Convention".

87. Casos *Jasper v. Reino Unido* e *Fitt v. Reino Unido*, 16.02.2000, disponíveis no site www.echr.coe.int.

*Unido.*[88] Os três casos contra o Reino Unido foram levados ao TEDH por violação ao artigo 6º da Convenção Européia (direito ao processo justo) e foram julgados no mesmo dia. No caso *Rowe e Davis*, o TEDH decidiu que havia ocorrido violação do art. 6.º, pois entendeu que a legislação vigente à época no Reino Unido não permitia a proibição de acesso aos autos por parte dos réus na fase judicial. Nos casos *Jasper* e *Fitt*, ambos abordando a mesma questão, o Tribunal entendeu que não houve prejuízo ao "*fair trial*", mesmo sendo negado acesso dos réus, durante o processo já levado a fase judicial, a alguns documentos utilizados pela acusação, porque a legislação havia mudado (em prejuízo dos réus) e o Reino Unido é um país que respeita "independência e imparcialidade" do juízo; assim, a nova norma que determinou a possibilidade de esconder dos acusados parte dos documentos de investigação é possível dentro da "teoria da margem de apreciação". Tal decisão, contudo, não foi majoritária. Os votos minoritários entenderam que negar acesso total aos documentos utilizados pela acusação contra os indivíduos constitui violação do "*due process of law*", "*fair trial*" e do princípio de igualdade de armas

A indecisão do Tribunal Europeu não passou despercebida para parte da doutrina. Assinalam os autores ingleses STARMER, STRANGE e WHITAKER que, não obstante a divisão do Tribunal – injustificável, para os autores, mesmo sob o argumento de que a Convenção Européia de Direitos Humanos é um "instrumento vivo"[89] – é possível resumir a atual posição do TEDH sobre o direito de acesso aos autos e suas restrições da seguinte forma:[90] a) se é oferecida vista da prova logo após a sentença condenatória mas antes da apreciação do mérito em

88. Os três casos dizem respeito a cidadãos britânicos: Eric Jasper, Raphael Rowe, Michael Davis e Barry Fitt. Os srs. Rowe e Davis foram condenados por homicídio e outros crimes cometidos em 1988. O sr. Jasper foi condenado por evasão de divisas e importação de maconha, em 1994. O sr. Fitt foi condenado por roubo e porte de arma de fogo proibida em 1994.

89. Conforme decidido no "*leading case*" *Tyrer v. Reino Unido*, de 25.04.1978, série A26.

90. Ob. cit., p. 148.

grau de recurso, não haverá violação ao art. 6.º da CEDH, porque qualquer defeito ocorrido no processo em 1ª instância pode ser remediado pelo segundo grau de jurisdição (caso *Edwards v. Reino Unido)*; b) se o juiz ouve o acusado antes ou durante o processo e eticamente justifica os fatores pró e contra o acesso aos documentos ao negar tal acesso ao sujeito, e se sua decisão é sujeita a reforma, não há violação do art. 6.º; c) se a defesa não teve acesso a parte do material que embasou a acusação e subseqüentemente a sentença condenatória, e se o acusado não foi ouvido nem tal decisão foi justificada, haverá violação do art. 6.º da CEDH, que não pode ser remediada, neste caso, sequer por uma posterior audiência junto ao tribunal de segunda instância.

Felizmente, as decisões no caso Jasper e Fitt apresentam-se isoladas das demais decisões proferidas pelo TEDH. Os votos minoritários, ainda, demonstram que, facilmente, a tradicional posição do Tribunal Europeu na defesa dos direitos fundamentais tende a voltar a prevalecer. O que se conclui é que nenhuma Corte, nem mesmo uma que se pretenda defensora de direitos humanos, é infalível.

## 6. Conclusões

1. Os direitos processuais básicos – dentre eles o direito à ampla defesa e seu consectário lógico, direito de acesso aos autos – deixaram de ser simples proclamações retóricas ou simples princípios programáticos para converterem-se em direitos exigíveis como garantias fundamentais.

2. Por outro lado, não obstante todos os avanços advindos do estudo constitucional dos princípios processuais penais, ainda não se concluiu pacificamente nem doutrina nem na jurisprudência, nacional ou no direito comparado, qual o momento em que o sujeito investigado passa a ser titular dos direitos de defesa – dentre eles o direito de acesso aos autos – e quando pode exercê-los de forma plena.

3. O reconhecimento formal da condição de "imputado", "acusado" ou "indiciado" (a depender do sistema jurídico), seja por meio de ato administrativo,

seja por ato judicial, pode não ocorrer. Em especial quando se estamos falando de procedimentos envolvendo crimes transnacionais, a mera suspeita é suficiente para desencadear muitos atos persecutórios. Assim, há que se atribuir a todo suspeito em persecução penal – o que se verifica com atos constritivos como medidas cautelares, solicitação de documentos a respeito do suspeito – um rol mínimo de garantias para que possa defender-se. A mais básica delas é saber que, primeiramente, pesa uma suspeita sobre eles. Depois, ter acesso ao que já foi juntado aos autos a seu respeito. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos também acolhe essa concepção material, e não formal, do termo "acusação", contido no art. 6.1 da Convenção Européia de Direitos Humanos (direito ao processo justo). Também para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a aplicação das garantias do devido processo legal não somente são exigíveis junto às diferentes instâncias que integram o Poder Judiciário como também devem ser respeitadas por todo órgão que exerça funções de caráter materialmente jurisdicional

4. O direito de ter acesso aos autos, assim, é inerente ao conceito de tutela judicial efetiva e justo processo: é um direito fundamental, e, como tal, tendo em vista o duplo caráter desses direitos, significa que os tribunais e autoridades estatais envolvidas têm o dever de possibilitar o livre acesso das partes aos autos. A lógica dessa abordagem, que reconhece o direito de acesso aos autos como manifestação do direito de defesa, está baseada na idéia segundo a qual o Estado é obrigado a usar seus poderes e meios para assegurar que todo material de prova relevante deve estar acessível no processo penal tanto para a acusação como para a defesa. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em reiteradas ocasiões, claramente manifestou-se no sentido de que o direito de acesso aos autos constitui um elemento inerente ao enunciado no artigo 6.1 da Convenção Européia de Direitos Humanos. Também no âmbito da União Européia o direito fundamental de acesso aos autos foi consagrado. O Estado de Direito ("*rule of law*") é considerado elemento central da nova ordem constitucional européia. Inseridos na noção de Estado de Direito estão os direitos fundamentais, inclusi-

ve os direitos processuais, os quais são elemento fundamental da herança comum dos Estados-membros da União. Especificamente com relação ao acesso aos autos por parte do acusado e/ou seu defensor legal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou, no caso "Castillo Petruzzi e outros", que houve violação ao art. 8(2)(c), no qual "as *condições sob as quais os defensores legais tiveram que operar foram totalmente inadequadas para uma defesa efetiva, já que eles não tiveram acesso aos autos até o dia anterior ao julgamento em primeira instância*".

5. Além do reconhecimento jurisprudencial dos direitos fundamentais nos Tribunais Internacionais, como acima citado, os próprios Tratados contêm referências explícitas à questão. O art. 14(3)(b) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos prevê que no curso de qualquer acusação criminal os investigados e réus têm o direito de ter tempo adequado e meios para a preparação de sua defesa e para comunicar-se com defensor de sua própria escolha. O art. 8(2)(c) da Convenção Americana de Direitos Humanos igualmente garante aos acusados "tempo adequado e meios para a preparação de sua defesa". O art. 6(3)(b) da Convenção Européia de Direitos Humanos fala de "tempo adequado e meios para a preparação de sua defesa". Como enfatizado pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, o direito de um acusado de ter tempo e meios adequados para a preparação de sua defesa é um importante elemento de afirmação de um processo justo e corolário do princípio de igualdade de armas. No Comentário Geral n. 13 ao art. 14, o Comitê define que o significado de "tempo adequado" depende das circunstâncias de cada caso, mas "*meios adequados*" devem incluir acesso a documentos e outras provas que o acusado necessita para preparar sua defesa, assim como a oportunidade de contatar e comunicar-se com seu defensor. Em face da verdadeira "avalanche" de normas internas e internacionais, constata-se que o direito de acesso aos autos está consolidado no Estado de Direito.

6. Se não há como privar a Defesa de participar da instrução, seja na fase processual, seja na fase pré-processual, tal fato não leva à conclusão necessária

de que o direito de acesso aos autos é absoluto. É indiscutível que, para que as investigações penais obtenham êxito, pela sua própria natureza, deva haver uma certa cautela, que acarreta limites inevitáveis, por exemplo, à publicidade do processo e a outras regras, em face do poder persecutório estatal e sua atividade investigativa – mesmo porque, um tecnicismo exagerado chega a ser irresponsável e pode acarretar na impunidade e incredibilidade no sistema. Tal exigência, porém, não afasta o entendimento de que é perfeitamente possível construir um procedimento que permita certa participação do investigado no inquérito sem acarretar prejuízo à atividade investigatória. Isto porque o complexo de normas constitucionais visam a um escopo fundamental: assegurar um processo justo e leal. Nesta ótica, é possível desenhar um modelo processual fundamentado em um sistema circular de garantias, onde está incluído o reconhecimento às partes do direito à prova.

7. Aplicando-se o princípio da proporcionalidade aos limites possíveis do direito de acesso aos autos por parte do indivíduo investigado ou acusado, entendo que somente razões de ordem pública e proteção de direitos e liberdades fundamentais o Poder Judiciário, mediante decisão motivada, podem limitar o âmbito da publicidade e determinar caráter secreto dos autos ou de parte deles – o que pode até afetar as partes processuais. Por isso que o sigilo dos autos – restrição ao princípio da publicidade, que ocorre nos casos em que há necessidade de preservar os interesses da justiça – é compatível com a publicidade entre as partes, a qual se reconhece em caráter quase absoluto, já que só excepcionalmente se permite ao indivíduo acesso "*a posteriori*" dos documentos juntados na instrução.

8. A questão do direito de acesso aos autos, contudo, ainda não está de todo pacificada junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Encontramos com relação ao tema tanto decisões que sugerem que a acusação deve apresentar ao indivíduo todas as provas colhidas nas investigações como decisões que entendem que o direito de acesso aos autos não configura direito absoluto e que, portanto, pode ser restringido, negando-se o acesso em alguns casos "para preservar o interesse público", desde que o sigilo dos autos seja decreta-

do por autoridade judiciária. Mostraram-se emblemáticas, particularmente, as decisões do Tribunal Europeu nos casos *Rowe e Davis vs. Reino, Jasper vs Reino Unido* e *Fitt vs Fitt vs Reino Unido.* Os três casos contra o Reino Unido foram levados ao TEDH por violação ao art. 6.º da Convenção Européia (direito ao processo justo) e foram julgados no mesmo dia. No caso *Rowe e Davis*, o TEDH decidiu que havia ocorrido violação do art. 6.º, pois entendeu que a legislação vigente à época no Reino Unido não permitia a proibição de acesso aos autos por parte dos réus na fase judicial. Nos casos *Jasper* e *Fitt*, ambos abordando a mesma questão, o Tribunal entendeu que não houve prejuízo ao "*fair trial*", mesmo sendo negado acesso dos réus a alguns documentos utilizados pela acusação, porque a legislação havia mudado (em prejuízo dos réus). Mas ainda há luz no fim do túnel: tais decisões apresentam-se isoladas das demais decisões proferidas pelo TEDH. Os votos minoritários nos casos demonstram também que, facilmente, a tradicional posição do Tribunal Europeu na defesa dos direitos fundamentais tende a voltar a prevalecer.

## Bibliografia

ABADE, Denise Neves. *Garantias do Processo Penal Acusatório – o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ARAGONESES ALONSO, Pedro *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid: Gráficas Mesbard, 1997

BASSIOUNI, Cherif e MANIKAS, Peter. *The law of the International Criminal Tribunal for the Former Yuguslavia.* Ardsley, NY: Transnational Publishers, 1995.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco, VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignácio, REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, PRESNO LINERA, Miguel Angel,

ALÁEZ CORRAL, Benito e FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignácio. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978.* Madrid: Tecnos, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Derechos Fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton" in *Revista de Derecho Comunitario,* n. 14, enero-abril 2003, pp.45-68.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Derechos Fundamentales en la Unión y en los Estados Miembros: algunos problemas de conexión" in *Revista Española de Derecho Constitucional,* año 23, n. 69, set-dez 2003, pp. 387-396.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 10 ed. Rio de Janeiro: Campus Ed., 1992.

CARNELUTTI, Francesco. *Principi del processo penale.* Napoli: Morano editore, 1960.

_____, *Derecho Procesal Civil y Penal*, México: Editorial Pedagógica Especial Iberoamericana, 1994.

CHOUKR, Fauzi. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONSO, G., *Instituzioni di diritto processsuale penale*, Milano, 1967.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal.* Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

DEL VALLE, Elena. "Obtaining Evidence in France for use in the United States" in *University of Miami Yearbook of International Law* (1991), pp. 2666-2691

DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Procédures pénales d'Europe.* Paris: PUF, 1995.

FENECH, Miguel. *El proceso Penal.* Madrid: Edit. Agesa, 1992

FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale.* Roma: Laterza Ed, 1989.

FINDLAY, Mark. "Internationalised Criminal Trial and Access to Justice" in *International Criminal Law Review,* vol. 2, n. 3, 2002, pp. 237-259.

GLEß, Sabine e ZEITLER, Elisabeth. "Fair Trial Rights and the European Community's Fight Against Fraud" in *European Law Journal*, vol. 7, n. 2, jun 2001, pp. 219-237.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl, *Crime Organizado*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1995.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, vol I. Barcelona: Bosch, 1974

JAÉN VALLEJO, Manuel. *Derechos Fundamentales Del Proceso Penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.

KNOOPS, Geert-Jan G. J. *Defenses in contemporary international law*. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2001.

LEONE, Giovanni *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli: Jovene, 1983, 9.ª ed.

LÓPEZ YAQÜES, Verônica. *El derecho a la asistencia y defensa letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad*. Alicante: Universidad de Alicante, 2002.

MACDONALD, R. St. J., MATSCHER, F. e PETZOLD, H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993, pp. 63-75.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Direito à prova no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

MENÉNDEZ, Agustín José. "Fundamentando Europa: el impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea" in FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (coord). *Unión Europea y Derechos Fundamentales en Perspectiva Constitucional*. Madrid: Dykinson, 2004, pp. 93-126.

MORENO CATENA *La Reforma del Proceso Penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1989.

_____, GIMENO SENDRA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 1996.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

PRIETO CASTRO, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, F., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1982.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.* Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. "Los derechos fundamentales: derechos subjetivos y derecho objetivo", *Revista La Ley*, 21.03.1996, pp. 1 e ss.

RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil-Carlos "Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo" em *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.* Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung/Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, 1999, p. 27-50.

RUBIO LLORENTE, Francisco. "Una Carta de Dudosa Utilidad" in MATÍA PORTILLA, F. J. (ed). *Protección de Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea.* Madrid: Civitas, 2002, p. 198.

RUSCA, Michele. "Le misure provvisionali nell'assistenza internazionale in materia penale" em *Revue de droit suisse*, 1997, vol. II, pp. 135 ss.

SAFFERLING, Christoph J. M. *Towards an International Criminal Procedure.* Oxford: Oxford University Press, 2003.

STARMER, Keir, STRANGE, Michelle e WHITAKER, Quincy. *Criminal Justice, Police Powers & Human Rights.* Oxford: Oxford University Press, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado, V. 1, 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1997.

VALLESPÍN PÉREZ, "Las garantías constitucionales en el proceso penal español" in *Ensayos de Derecho Procesal, n. 21.* Tegucigalpa: Graficentro Editores, 1999.

ZAGARIS, Bruce e RESNIK, Jessica. "The Mexico-U.S. Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Treaty: another step toward the harmonization of International Law Enforcement", 14 *Arizona Journal of International Law* (1997), pp. 01–96.

# ¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?*

Kai Ambos

Catedrático [Prof. Titular] de Derecho Penal,
Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional
de la la Universidad Georg-August de Gotinga, Alemania Federal;
Director del Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional.

**Sumario:** 1. Observaciones preliminares – 2. La fase de la investigación – 3. La fase de antejuicio – 4. La fase principal del juicio: 4.1 Presentación del caso; 4.2 Normas probatorias; 4.3 Otros aspectos – 5. Conclusiones.

**Resumen:** Este artículo analiza si el procedimiento penal internacional es "adversarial", "inquisitivo" o mixto. Examina las leyes del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; en lo sucesivo, TPIY) y de la Corte Penal Internacional (CPI), incluyendo los precedentes pertinentes. Tales leyes se han desarrollado a partir de un procedimiento adversarial hasta llegar a la creación de uno verdaderamente

* Traducción de Marta Donís y revisión por Rodrigo Aldoney Ramírez. Versión revisada y ampliada de una ponencia presentada en el Coloquio Internacional del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (IMP) "Criminal Justice between Due Process and Crime Control", 1ª sesión "Overview of different types of procedure", Castillo Ringberg (Tegernsee, Baviera), del 8 al 11 de mayo de 2002. Para un análisis actualizado del proceso internacional ver KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht*, Munich 2006 (ed. Beck), § 8. – Estoy en deuda, por sus inapreciables comentarios, con el Dr. Carl Friedrich Stuckenberg (Universidad de Bonn, Alemania Federal), con el Dr. Michael Bohlander (Tribunal de Apelaciones de Jena, Alemania Federal) y con el Prof. Richard Vogler (Universidad de Sussex, Reino Unido). Agradezco a Tobias Wenning, investigador asociado del IMP, por verificar las referencias a pie de página.

mixto, gracias a las diversas enmiendas a las Rules of Procedure and Evidence (Normas de Procedimiento y de Prueba [NPP]) y al anteproyecto del Estatuto de Roma, en el que se han fusionado elementos del Derecho de tradición Civil y del "Common Law" en un solo procedimiento internacional. Ya no es importante determinar si una norma es "adversarial" o "inquisitiva", sino si ayuda a los Tribunales a cumplir con su cometido y si observa los criterios fundamentales de un proceso justo. En cuanto a su eficiente supervisión, un Grupo de Expertos de Naciones Unidas invitó a los jueces a desempeñar un papel más activo, en particular con respecto a la conducción del procedimiento y a la recolección de pruebas. En este contexto, se propone que un Derecho de tradición Civil, semejante a un procedimiento dirigido por los Jueces, puede evitar demoras generadas en el libre intercambio de las partes. Sin embargo, el funcionamiento fluido de un sistema judicial depende, en última instancia, de sus actores, en virtud de que las normas procesales suministran solamente un marco general. Un procedimiento verdaderamente mixto requiere de fiscales, abogados defensores y jueces que conozcan tanto el "Common Law" como el de tradición Civil y que sean capaces de ver más allá de sus propios sistemas jurídicos.

**Palabras-clave:** Proceso Penal Internacional – Processo Inquisitivo – Proceso Adversarial – Proceso Penal Mixto.

## 1. Observaciones preliminares

Mientras que el Estatuto del TPIY, al igual que el del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR, por sus siglas en inglés; en lo sucesivo, TPIR), sólo está integrado por unas cuantas disposiciones más bien generales de Derecho Procesal y su "código procesal" se fundamenta en las "Rules of Procedure and Evidence" ("Normas de Procedimiento y de Prueba"; en lo sucesivo, "Reglas")[1]

1. Normas de Procedimiento y Prueba, según las enmiendas al TPIY del 11 y 12 de julio de 2002, IT/32/Rev. 24, www.un.org/icty/basic.htm. La última enmienda de la Reglas es del 17 de julio de 2003 = IT/32/Rev.28.

creado jurisprudencialmente, el "Código" de la CPI está contenido en el tratado internacional adoptado en Roma en 1998 (a partir de aquí: "Roma" o "Estatuto de la CPI")[2] y ha recibido una gran influencia de las leyes y la práctica de los Tribunales *Ad Hoc*. Las Normas de la CPI, finalmente acordadas por la Comisión Preparatoria en noviembre de 2000[3] y aceptadas formalmente por la primera Asamblea de Estados Partes en septiembre de 2002 (Art. 112 del Estatuto de la CPI), sirven no sólo como una clarificación, sino como un complemento de la estructura procesal establecida en este último Estatuto (Art. 51). Después habrá un tercer instrumento, a saber, las Regulaciones que el propio Tribunal adoptará (Art. 52 del Estatuto). Resulta innecesario decir cuán difícil fue desembrollar estos tres conjuntos de preceptos en las negociaciones que desembocaron en el Estatuto de Roma.[4] De esta manera, la diferencia principal entre el TPIY y la CPI radica en que sólo el primero ha aplicado hasta ahora sus Normas en la práctica y puede, por consiguiente, suministrarnos una guía más concreta y precisa tocante a qué modelo, si lo hay, ha de preferirse en el ámbito internacional.[5]

Antes de ocuparse del análisis del TPIY y de las normas de la CPI para responder a la pregunta formulada al principio, es necesario hacer una *aclaración terminológica*.[6] El término inglés "inquisitorial" (inquisitorio), como normalmente

2. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, UN-Doc. A/CONF, 183/9, de acuerdo con las correcciones del procès-verbaux de 10.11.1998 y de 12.07.1999, www.un.org.law/icc.

3. Reporte de la Comisión Preparatoria para la Corte Penal Intenracional, , Addendum, parte I, Borrador final de las Normas de Procedimiento y Prueba (PCNICC/2000/1/Add. 1, 2.11.2000); www.un.org.law/icc.

4. A fin de tener una idea de la dificultad de las negociaciones para deslindar el Estatuto, las Normas y las Regulaciones del Tribunal, véase FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *The Process of Negotiation*, en LEE (ed.). *The ICC. The Making of the Rome Statute...*, 1999, pp. 217-227, pp. 224-226.

5. Para conocer la práctica de los Tribunales de la segunda posguerra mundial, véase MAY y WIERDA, *Trends in international criminal Evidence: Nuremberg, Tokio, La Haya y Arusha*, en *Col. J. of Transnational Law*, núm. 37, 1999, pp. 725-764; WALLACK, *The Procedural and Evidentiary Rules of the Post-World War II War Crimes Trials...*, en *ibid.*, pp. 851-882.

6. Este punto se trató asimismo durante la discusión en el coloquio citado. Véase ESER/RABENSTEIN (eds.). *Strafjustiz im Spannungsfeld von Fairness und Effizienz konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozeßrecht*, Internationales Kolloquium auf Schloss Ringberg, del 8 al 11 de mayo de 2002 (a publicarse en 2003).

lo utilizan los abogados formados en el "Common Law" para describir los sistemas jurídicos "civiles" de la Europa continental, es bastante desafortunado, ya que recuerda las épocas más oscuras de la Edad Media, cuando la persecución penal y la sentencia de un caso se concentraban en una institución, el juez como activo investigador (*inquisitio* = averiguación, indagatoria), mientras que el procedimiento se llevaba exclusivamente por escrito y en secreto y la tortura era un medio legítimo para obtener confesiones.[7] Desde la perspectiva de un historiador del Derecho, la expresión "procedimiento inquisitivo" se reserva en general para el tipo de procedimiento disciplinario, y asimismo penal, instituido por el papa Inocencio III en el siglo XIII, que después dio lugar tanto al Derecho canónico como al Derecho secular y perduró hasta bien entrado el siglo XIX.[8] La connotación despectiva del vocablo "inquisitorial" proviene, no tanto de los abusos y excesos posteriores del procedimiento regular de igual calificativo, sino más bien de su analogía terminológica con el tipo de procedimiento sumario e irregular utilizado para la persecución de herejes (*inquisitio haereticae pravitatis*) en el continente europeo, especialmente durante el apogeo del "Oficio de la Santa Inquisición", mientras que los abogados practicantes del "Common Law" tienden a pensar en los infames procesos políticos del *Star Chamber*.[9] Sin embargo, el procedimiento inquisitivo, en el sentido de la *inquisitio*, fue de hecho abandonado durante la Revolución Francesa (1789) y durante el Procedimiento Penal Alemán Reformado (*Reformiertes Strafverfahren*), establecido

7. Sobre este significado tradicional, véase SAFFERLING, C, *Towards an international criminal Procedure*, 2001, pp. 6-7; TULKENS, F., *Criminal procedure: main comparable features...*, en DELMAS MARTY (ed.). *The criminal Process and human Rights*, núm. 5, 1995, pp. 8-9.

8. Aunque su verdadero origen no queda claro. *Cfr.* SCHULZ, L., *Normiertes Misstrauen*, 2001, pp. 49 y ss. Existe una relación histórica en DAMASKA, *Two Faces of Justice and State Authority*, 1986, p. 3.

9. Sobre la "inquisición" inglesa, véase BÖSE, M. Die verfassungrechtlichen Grundlagen des Satzes '*Nemo tenetur se ipsum accusare*', en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), núm. 149, 2002, pp. 98,108 y ss. (El *Star Chamber*, Tribunal inglés que operaba en Westminster, fue establecido formalmente por Enrique VII en 1487. Podía imponer cualquier castigo con excepción de la muerte. Sus juicios eran sumarios y a menudo inicuos, sus castigos arbitrarios y crueles. Fue abolido por el Parlamento en 1641)

después de la "revolución" alemana de 1848.[10] Como consecuencia de ello, los procedimientos "inquisitivos" contemporáneos se caracterizan por separar responsabilidades por la fase de investigación o previa al juicio dirigida por la fiscalía acusadora y/o el *juge d'instruction* (juez de instrucción) y por el juicio mismo dirigido por un juez de primera instancia o por un tribunal. En este sentido, uno puede incluso decir que tanto el sistema adversarial como el "inquisitorial" son ambos inquisitivos, puesto que el Estado, en el sentido de la policía y la fiscalía,[11] inician y dirigen el proceso en la fase previa al juicio. De igual forma, ambos sistemas son "acusatorios", porque la persecución penal y la "acusación" están en manos de una institución diferente del juez encargado de la fase previa al juicio (la fiscalía o el *juge d'instruction*).[12] El significado original del *processus per accusationem*, como causa iniciada por un ciudadano privado,[13] ya no es válido. Así, es engañoso llamar "acusatorio" *únicamente* al sistema adversarial,[14] ya que ello implica que el proceso de tradición Civil actual no actúa de forma acusatoria a través de una autoridad encargado de la persecución penal. En resumen, la división entre inquisitivo-adversarial solamente tiene significado, si es que lo tiene, en términos históricos, prerrevolucionarios.[15] Actualmente el procedimiento penal

10. *Cfr.* SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 8-9; BÖSE, M., *supra* n. 9, pp. 113 y ss.

11. *Cfr.* SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 55.

12. Efectivamente con el Procedimiento Penal Alemán Reformado se introdujo el procedimiento acusatorio o *Angklageprozeß* (Art. X, § 179, de la Constitución de Francfort del Reich de 1848). Véase al respecto BÖSE, *supra* n. 9, pp. 113 y ss. (115); para una diferenciación correcta consúltese asimismo KREß, *Witnesses in proceedings before the ICC...*, en FISCHER, KREß y LÜDER (eds.). *International and national Prosecution of Crimes under international Law*, 2001, pp. 309-383, p. 308, n. 1.

13. DAMASKA, *supra* n. 8, p. 3.

14. Sin embargo, así lo utiliza ROBINSON, *Ensuring fair and expeditious trials at the ICTY*, en *EJIL*, núm. 11, 2000, pp. 569-589 y p. 574; ORIE, *Accusatorial vs. inquisitorial approach in international criminal proceedings...*, en CASSESE, GAETA y JONES (eds.). *The Rome Statute...*, 3 vols., 2002, pp. 1439-1495, p. 1440.

15. Véase en tal sentido el estudio clásico de MERRYMAN, J.H. *The civil law tradition*, 1969, pp. 134 y ss.; también parece emplearlo de igual modo AMANN, D.M. *Harmonic convergence? Constitutional criminal procedure in an international context*, en *Indiana law Journal*, núm. 75, 2000, pp. 809-873, pp. 816-817.

está regido por los principios de oralidad e inmediación. En otras palabras, el único elemento que podría explicar el término "inquisitivo", para este tipo de procedimiento, es su naturaleza de ir tras la verdad. En tanto que en el sistema adversarial tal búsqueda de la verdad (procesal) está, si acaso, en manos de las partes y en consecuencia su conflicto se encuentra en el centro de los procedimientos ("enfoque de los dos casos"), en un sistema "inquisitivo" la responsabilidad recae en los organismos estatales a cargo de la persecución penal ("enfoque de un solo caso").[16] En este sentido, el modelo de tradición jurídico civil puede describirse de una forma más precisa como "dirigido por un juez" (*instruktorisch*) o, si seguimos el enfoque más estructuralista de DAMASKA, como "jerárquico", mientras que el modelo del "*Common Law*" es "*adversarial*", en la medida en que la fiscalía y la defensa son "adversarios", o bien es "coordinado".[17] Otro término engañoso es el de procedimiento "angloamericano", pues parece implicar que existe un procedimiento penal *común* para Gran Bretaña y Estados Unidos, cuando de hecho los procedimientos "británicos" (ingleses, escoceses e irlandeses) difieren entre sí, así como en relación con los estadounidenses, que a su vez son distintos en los diversos estados de la Unión. En todo caso, es aun peor atribuir un significado incorrecto o inadecuado a un vocablo que usarlo de manera engañosa. Por desgracia, esto ocurre con mucha frecuencia entre los juristas del "*Common Law*", quienes a veces escriben sobre el Derecho de tradición Civil apoyándose exclusivamente en fuentes del "Common Law"[18] y toman el modelo francés del Juez instructor como el único

16. Para obtener una buena explicación de los rasgos principales véase ORIE, *supra* n. 14, pp. 1443 y ss.

17. DAMASKA, *supra* n. 8, pp. 16 y ss.

18. Un ejemplo reciente representa MAY/WIERDA, *supra* n. 5, p. 727, quienes utilizan no sólo la dicotomía clásica "adversarial" e "inquisitivo", sino que también afirman, por ejemplo, y de forma incorrecta, que en el sistema del Derecho de tradición Civil el alcance de la prueba no queda restringido, invocando como referencia un artículo del *Am.J.Crim.L.*; sin embargo, véase el § 245, par. 2, del StPO [Ordenanza Procesal Penal, N.T.] Alemán, según el cual el juez que preside puede rechazar las mociones probatorias por diversas razones.

modelo del Derecho de tradición Civil,[19] si bien debiera, al menos, distinguirse entre este modelo y el acusatorio (de origen alemán).[20] Si se mira más de cerca la diversidad de los sistemas de justicia penal en la Europa de la Unión Europea y, con mayor razón, del Consejo Europeo, de ninguna manera pueden darse automáticamente por supuestas la armonización y la convergencia.[21] Con todas estas reservas, los términos "adversarial" e "inquisitivo" se utilizarán aquí sólo en el sentido general descrito, con objeto de reflejar la división aún existente entre el "*Common Law*" y el Derecho de tradición Civil.[22] Después de todo, sigue siendo cierto que la "tipología llega a ser embarazosa y difícil de emplear como instrumento de análisis"[23] cuando hablamos de problemas procesales concretos y de normas específicas.

Regresando a nuestro asunto, hoy en día existe un acuerdo general de que el procedimiento anterior al TPIY y a la CPI es mixto, puesto que contiene elementos estructurales o bloques de construcción de los sistemas "adversarial" e "inquisitivo".[24] No obstante, no debe pasarse por alto que únicamente las tendencias

19. A manera de ejemplo, consúltese a ROBINSON, *supra* n. 14, p. 575, quien, aparentemente, sólo conoce el sistema francés, al decir que "en el sistema inquisitivo hay un juez investigador". Excepciones como la de RICHARD VOGLER confirman la regla. Véase su excelente estudio sobre el procedimiento francés en HATCHARD, HUBER y VOGLER (eds.). *Comparative criminal Procedure*, 1996.

20. Para más detalles véase AMBOS, *The status, role and accountability of the prosecutor of the ICC*, en *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.*, núm. 8, 2000, pp. 89-90.

21. Sin embargo, ésta es la impresión creada por AMANN, *supra* n. 15, pp. 810, 825 y ss., cuando habla de la "integración europea en la vanguardia de la convergencia".

22. Aparentemente en un mismo sentido ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.440 y ss., con varias referencias.

23. DAMASKA, *supra* n. 8, p. 5.

24. Para el TPIY y el TPIR, véase DIXON, R. *Developing international rules of evidence for the Yugoslav and Rwanda tribunals*, en *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* núm. 7, 1997, pp. 81 y 83; VOHRAH, L.C. *Vol. I Commentary*, en McDONALD y SWAAK-GOLDMANN, *Substantive and procedural Aspects of international criminal Law*, 2000, pp. 479-545, p. 545; McDONALD, en *ibid.*, pp. 547-622, p. 558; OBOTE-ODORA, *Drafting of indictments for the ICTR, CLF*, núm. 12, 2001, pp. 335-358 (335); MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 735; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.463 y ss. (1464, 1492); MARCHESIELLO, *Proceedings before the pre-trial Chamber*, en *ibid.*, pp. 1.231-1.246,

recientes han fortalecido los elementos del Derecho de tradición Civil en el procedimiento penal internacional. Originalmente, las leyes de los Tribunales *Ad Hoc* fueron redactadas por juristas del "Common Law" y el Anteproyecto de Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional para una CPI[25] estipulaba un procedimiento adversarial.[26] Pese a que una de las Cámaras del TPIY declaró en 1996 que el procedimiento anterior a este Tribunal desarrolló una "amalgama única de características del 'Common Law' y del de tradición Civil" y "no se apega estrictamente al procedimiento del Derecho de tradición Civil o del 'Common Law' ...",[27] en aquella etapa la práctica de los tribunales adoptó todavía una perspectiva en gran parte adversarial.[28] En consecuencia, el *1999* Informe de Expertos

p. 1233; TERRIER, Powers *of the Trial Chamber*, en *ibid.*, pp. 1259-1276, p. 1271; *id.*, *Procedure before the trial Chamber*, en *ibid.*, pp. 1277-1318, p. 1296; WLADIMIROFF, *Challenges for defence lawyers taking cases for an international tribunal, Verteidigung vor den internationalen Strafgerichtshöfen*", ponencia presentada en el 53º Deutscher Anwaltstag, del 9 al 11 de mayo de 2002, p. 2; SAFFERLING no es muy claro al respecto cuando analiza el papel de los diferentes actores en *supra* n. 7, pp. 218-219, 223. En cuanto a la CPI, véase FERNÁNDEZ DE GURMENDI. *The Elaboration of the Rules of Procedure and Evidence*, en Lee (ed.). *ICC. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001, 235-257, p. 251; FRIMAN. *The Rules of procedure and evidence in the investigative stage*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 191-217, pp. 214, 217; HARHOFF, en *ibid.*, pp. 645-660, p. 650; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1475 y ss. (1493-1494); ESER, *Auf dem Weg zu einem internationalen Strafgerichtshof...*, Festschrift Spinellis, Atenas, 2001, pp. 339-369, p. 365.

25. Reporte de la ILC en su 46a. sesión, Estatuto borrador para una CPI, 2 de mayo de 1994-22 de julio de 1994, GA, 49ª sesión, sup. núm. 10, UN-Doc. A/49/10.

26. *Cfr.* BITTI, *Two bones of contention between civil and common law: the record of the proceedings and the treatment of concursus delictorum*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 273-288, p. 273; TOCHILOVSKY, *Legal systems and cultures in the ICC: the experience from the ICTY*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 627-644, pp. 628-629; GUARIGLIA, *Investigation and prosecution*, en LEE, *supra* n. 4, pp. 227-238, p. 234.

27. *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Defence Motion on Hearsay, 5 de agosto de 1996 (IT-94-1-T), par. 14, reimpreso en KLIP y SLUITER (eds.). *Annotated leading Cases of international criminal Tribunals*, vol. I, 1999, p. 193 (196). De igual forma, *Prosecutor vs Delalic et al.*, Decision on the Motion on Presentation of Evidence by the accused Esad Landzo, 1 de mayo de 1997 (IT-96-21-T), par. 15: una "amalgama de elementos tanto del 'Common Law' como del Derecho de tradición Civil que la hace sui generis".

28. Véase *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on Prosecution Motion for Production of Defence Witness Statements, 27 de noviembre de 1996 (IT-94-1-T), con opinión particular del Juez Stephen "el procedimiento del Tribunal Internacional es, en cuanto a su carácter, esencialmente adversarial...";

comprobó que el sistema adversarial "se reflejaba extensamente en los Estatutos".[29] Sólo con las diversas enmiendas de las Normas del TPIY – la última revisión (la número 24) data del 24 de agosto de 2002 – el procedimiento, en buena medida inspirado por el Informe mencionado,[30] evolucionó hacia uno mixto, de modo que en la actualidad puede hablarse justificadamente de un modelo sui géneris.[31] En cuanto a la CPI, el inicio de las deliberaciones del Comité Preparatorio de 1995 estuvo dominado por el "Common Law" a tal grado que el delegado francés Gilbert Bitti resolvió "advertir" a su gobierno "que era necesario reaccionar enérgicamente a fin de evitar un sistema puro de 'Common Law'".[32] Aun cuando no falta quien califique lo anterior como una (típica) exageración de los franceses, a quienes por cierto han acusado de retrasar las negociaciones,[33] lo cierto es que el

el Juez Vohrah coincide con la misma. *Cfr.* asimismo CASSESE, *First annual report of the ICTY, Yb 1994*, p. 99; MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 737: "en esencia son aplicables los principios adversariales y los del 'Common Law'" (en lo referente a la presentación de pruebas), véase también la p. 739; VOHRAH, *supra* n. 24, p. 526: "en gran mediada de naturaleza adversarial"; BOAS, *Admissibility of evidence under the RPE of the ICTY: Development of the 'flexibility principle'*, en MAY *et al.* (eds.). *Essays on ICTY Procedure and Evidence in Honour of Gabrielle Kirk Mc Donald*, 2001, pp. 263-274, p. 266; GUARIGLIA. *The Rules of Procedure and Evidence for the ICC*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, pp. 1111-1133 (en la p. 1112 se refiere a la versión inicial de las NPP); ORIE, *supra* n. 14, pp. 1463-1464; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1267; BOHLANDER, *Anspruch und Wirklichkeit...*, en HAEDRICH y EICHENHOFER (eds.). *Staatswissenschaften im Dialog - Schillerhausgespräche*, 2000/2001, Berlín, 2002, obra en la que el autor demuestra que las fuentes del "Common Law" se citan más del doble de veces en los precedentes que las fuentes del Derecho de tradición Civil. Respecto de Nuremberg y Tokio, que fueron incluso más adversariales, véase ORIE, *supra* n. 14, pp. 1456 y ss, p. 1492.

29. Report of the Expert Group to conduct a Review of the effective Operation and Functioning of the ICTY and the ICTR, 22 de noviembre de 1999, UN Doc. A/54/634, par. 67; véase asimismo par. 82: "que refleja el sistema adversarial del 'Common Law' ...".

30. En el que se pedía que los Jueces "intervinieran mucho más", *supra* n. 29, pars. 75-78 y la recomendación 9. En el "Report on the Operation of the ICTY", presentado por el Juez Jorda en representación de todos los Jueces el 12 de mayo de 2000, se declara que "el Tribunal demostró su determinación de hacer uso de todas las recomendaciones..." (introducción, trasfondo).

31. De modo parecido se expresa ROBINSON, *supra* n. 14, pp. 569, 588 y *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra* n. 27.

32. BITTI, *supra* n. 26, p. 274. Sobre la historia del anteproyecto véase FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 4, pp. 217 y ss.

33. BITTI, *supra* n. 26, p. 274; FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 4, p. 221, que expresa que la existencia del Anteproyecto Francés alternativo "hizo extremadamente difíciles las discusiones".

llamado "Anteproyecto Francés" presentado en 1996[34] fue decisivo para suscitar un verdadero debate entre el "Common Law" y el Derecho de tradición Civil, que finalmente llevó a la convergencia de ambos sistemas en el Estatuto de la CPI y las Reglas.[35] Miremos ahora más de cerca las leyes y la práctica del TPIY y de la CPI en lo concerniente a las etapas procesales del procedimiento internacional, vale decir, la investigación, la fase previa al juicio y el fase de juicio.[36]

## 2. La fase de la investigación

En ambos Tribunales la *Oficina de la Acción Penal*, supuestamente fuerte e independiente, inicia y dirige la investigación. El Fiscal determina si hay un caso *prima facie*[37] que requiera una investigación ulterior. Puede simplemente llevar a cabo medidas de investigación que no infrinjan los derechos individuales, como citar e interrogar a sospechosos, víctimas y testigos, así como "recabar" cualquier otra prueba (Art. 18 (2) del TPIY, Norma 39 (i); Art 54 (3) del Estatuto de la CPI). No obstante, requiere autorización judicial para aplicar medidas coercitivas, como arrestar a un sospechoso (Normas 54 y ss; Art. 57 (3) del Estatuto de la CPI). La primera diferencia importante entre el TPIY y la CPI tiene que ver con

34. UN Doc A/AC.249/L.3 (1996).

35. Incluso FERNÁNDEZ DE GURMENDI, presidenta argentina del grupo de trabajo sobre Cuestiones Procesales y bastante crítica respecto del Anteproyecto Francés (*supra* n. 33), admite que sólo hacia fines de 1997, es decir, más de un año después que se presentó el anteproyecto, los delegados "habían terminado por aceptar que los procedimientos futuros de la Corte no reflejarían, ni podrían hacerlo, las opiniones nacionales particulares, sino que debían ser híbridos" (*supra* n. 4, p. 220). Véase también a KREß en GRÜTZNER, PÖTZ y KREß. *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 2ª edición de hojas insertables, vol. 4, entrega 56, Barcelona, 2002, III 26, mn. 95.

36. Para esta misma (triple) distinción, consúltese SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 54, 172, 207; véase asimismo la estructura del Comentario editado por CASSESE *et al.*, *supra* n. 14, pp. 1111 y ss. (sección 6).

37. Sobre este criterio véase el excelente análisis comparativo de HUNT, *The meaning of a "prima facie case" for the purposes of confirmation*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 137-149; asimismo VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 491-492; TURONE, *Powers and duties of the prosecutor*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, p. 1173.

los límites y el tiempo de control y de supervisión del Fiscal. Mientras que el del TPIY decide de manera formalmente independiente si archiva un sumario o deja un caso y sólo se encuentra sujeto a una "revisión" subsecuente del sumario (Arts. 18 (4) y 19 del Estatuto del TPIY, Norma 47), en el caso de la CPI el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede suspender una investigación por un período (renovable) de doce meses (Art. 16 del Estatuto de la CPI) y la Sala de Cuestiones Preliminares interviene cuando el Fiscal decide si existe o no un "fundamento razonable" para iniciar el procedimiento, vale decir mucho antes que se redacte la acusación formal (Arts. 15 (3) y 53 del Estatuto de la CPI).[38] Sin embargo, lo que puede concluirse de esta diferencia en lo referente a nuestro asunto es muy poco, si es que puede sacarse algo en limpio. La injerencia judicial, antes que acaso pueda redactarse una acusación formal, se opone tanto a los métodos procesales adversariales como a los inquisitivos, en virtud de que ambos modelos dejan que el Fiscal adopte él solo esta medida.[39] Es evidentemente incorrecto considerar que el fiscal del TPIY y de la CPI, tan fuerte e independiente, es una expresión del sistema del "Common Law", en vista de que la creación de una autoridad de persecución penal responsable de la investigación fue uno de los grandes logros de la reforma "acusatoria"[40] al antiguo sistema inquisitivo. Alguien podría, sin embargo, sostener que, en conjunto, la idea del control o la supervisión judicial previa al proceso respecto del Fiscal, a título de una especie de procedimiento intermedio y de una Sala de Cuestiones Preliminares, es una mezcla de las influencias francesa y alemana y que, como tal, representa una "clara caracte-

38. Crit. BERGSMO, CISSÉ y STAKER, en ARBOUR, ESER, AMBOS y SANDERS (eds.). *The Prosecutor of a Permanent ICC*, 2000, p. 121, p. 142; SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 81, 177; TURONE, *supra* n. 37, p. 1160. Sobre la relación entre los Arts. 15 y 53 del Estatuto de la CPI, véase FRIMAN. *Investigation and prosecution*, en LEE, *supra* n. 24, pp. 494-96; *id.*, *supra* n. 24, pp. 193-194; TURONE, *op. cit.*, pp. 1147 y ss. Extenso sobre la historia de la negociación de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, GURIGLIA, *supra* n. 26, pp. 233 y ss.

39. Desde una perspectiva comparada, confróntese ARBOUR *et al.*, *supra* n. 38; AMBOS, *supra* n. 20, 89 y ss.

40. Para el significado correcto de este término, véase *supra* n. 12 y ss (y el texto).

rística inquisitiva" de la fase de antejuicio ante la CPI.[41] Efectivamente, durante las negociaciones los delegados del "Common Law" de los países "de pensamiento similar" (proclives a la CPI) consideraron que cualquier intervención judicial en el curso de la investigación, exceptuando la emisión de órdenes de arresto y otras actividades semejantes, podría comprometer la independencia del Fiscal;[42] pero muy pronto tuvieron que percatarse de que la opción propuesta por países hostiles a la idea de un Fiscal independiente implicaba el control político por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es decir, por cinco Estados, dos de los cuales son hostiles (EEUU y China) y otro que, en el mejor de los casos, es neutral (Rusia) a la idea de una Corte Penal Internacional.[43] Así, finalmente el grupo con intereses afines se sintió obligado a respaldar en conjunto la existencia de un Fiscal independiente sujeto al control judicial, con lo que se dejó atrás la división entre el Derecho de tradición Civil y el "Common Law". En este contexto, es interesante observar que la decisión de Estados Unidos de notificar al Secretario General de las Naciones Unidas que su país ya no se siente ligado a la firma de la administración Clinton (para "desfirmar" el tratado de la CPI) la justificó aduciendo, entre otras razones, que el Estatuto de Roma contempla "un sistema de persecución penal que es un poder carente de control".[44] Acabamos de

41. FRIMAN, *supra* n. 38, p. 537; asimismo *id.*, *supra* n. 24, p. 192; FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 4, p. 223: *Propuestas del Derecho de tradición Civil*; GUARIGLIA, *supra* n. 26, p. 228; SADAT y CARDEN, *The new ICC: an uneasy revolution*, en *Georgetown Law Journal*, núm. 88, 2000, p. 381, p. 399; TURON, p. 1157; KREß, *supra* n. 35, mn. 108.

42. *Cfr.* GUARIGLIA, *supra* n. 26, p. 228.

43. La hostilidad del Consejo de Seguridad hacia la CPI quedó demostrada recientemente por la Resolución 1422 (2002) que, reinterpretando el Art. 16 del Estatuto de la Corte, concede una inmunidad renovable a los "ex funcionarios o al personal de un ... Estado no Parte del Estatuto de Roma respecto de actos u omisiones relacionados con una operación establecida o autorizada por Naciones Unidas ... por un periodo de doce meses a partir del 1 de julio de 2002". He comentado lo anterior en el periódico alemán Süddeutsche Zeitung de 16 de julio de 2002, p. 13 (la versión en inglés puede encontrarse en <www.germanlawjournal.com>, publicada en octubre de 2002).

44. GROSSMAN, Marc, *Under Secretary for Political Affairs (Subsecretario de Asuntos Políticos), "American foreign policy and the International Criminal Court", Remarks to the Center for Strategic and International Studies*, Washington, DC, 6 de mayo de 2002: "El Estatuto de Roma crea un

ver que lo contrario es verdad, por lo que resulta deprimente advertir a qué grado la administración estadounidense actual está dispuesta oscurecer la verdad en sus intentos por desacreditar a la CPI.

Regresemos a las funciones del Fiscal. Su imparcialidad, la obligación de establecer la verdad y presentar pruebas no sólo acusatorias sino también exculpatorias, explícitamente reconocidas por una Cámara del TPIY[45] y en los artículos 54 (1) (a) y 67 (2) del Estatuto de la CPI, pueden tenerse por un rasgo característico del procedimiento del Derecho de tradición Civil.[46] Aun cuando también en el sistema adversarial se exija al fiscal que se adhiera a los principios de verdad y objetividad,[47] el sistema del Derecho de tradición Civil es estructuralmente diferente por cuanto no opera en función de un caso de persecución y defensa y, por lo tanto, el Fiscal se considera como un agente independiente más que como parte.[48] Por otro lado, él tiene una amplia facultad discrecional en lo tocante a la decisión de iniciar una investigación que, en última instancia, depende de "los intereses de la justicia" (Arts. 53 (1) (c) y 2 (c) del Estatuto de la CPI)[49] e incluso puede entablar convenios con

sistema de persecución penal con poderes sin control". Véase también Statement of Secretary of Defense Donald H. Rumsfeld ante el Senate Appropriations Committe Defense Subcomité de 21 de mayo de 2002: "falta de controles y equilibrios adecuados en los poderes del fiscal de la CPI y (*¡sic!*) de los Jueces..."

45. *Prosecutor vs. Kupreskic*, Decision on Communications between the Parties and their Witnesses, 21 de septiembre de 1998 (IT 95-16-T): "...el Fiscal del Tribunal no es parte - o no lo es solamente – de los procedimientos adversariales, sino un órgano del Tribunal y un órgano de la justicia penal internacional cuyo objetivo es, además de afirmar una convicción, presentar el caso a la parte acusadora, lo que incluye tanto pruebas inculpatorias como exculpatorias, con objeto de ayudar a la Cámara a descubrir la verdad en un ámbito judicial...".

46. Para obtener una visión general véase ZAPPALÀ, *The rights of the accused*, en CASSESE *et al.*, *supra* n. 14, 1359-1354, pp. 1352-1353; crítico desde una perspectiva práctica KAY/SWART, *The role of the defence*, en CASSESE *et al.*. (eds), *op. cit.*, p. 1425.

47. SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 221-222.

48. Véase asimismo FRIMAN, *supra* n. 38, p. 537; *id.*, *supra* n. 24, p. 195; TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, p. 637; SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 79, 86.

49. La referencia a los "intereses de la justicia" puede encontrarse asimismo en otras normas; por ejemplo, en las 71 y 5 (A) del TPIY. *Crit.* TURONE, *supra* n. 37, pp. 1.173 y ss; FOURMY, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, pp. 1.207-1.230, pp. 1.217-1.218.

Estados, organizaciones intergubernamentales o personas privadas con vista a su cooperación (Art. 54 (3) (d)).[50] Para los abogados de tradición Civil, estas formulaciones muestran similitudes inquietantes con el acuerdo de la reducción de la pena entre acusado y Fiscal,[51] es decir, una característica clásica del "Common Law".

## 3. La fase de antejuicio

Aun cuando ni el procedimiento del TPIY ni el de la CPI tienen en cuenta una separación formal entre la fase de investigación y la de antejuicio, es posible trazar una línea divisoria entre la presentación del *indictment* (acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del fiscal) (TPIY) y los cargos formulados por la Fiscalía (CPI). En este momento termina la investigación y comienza la fase de antejuicio.[52] Aquí descubrimos nuevamente importantes diferencias entre ambos Tribunales. Mientras que la acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del fiscal del TPIY está sólo sujeta al ya mencionado *procedimiento de revisión* por un solo juez (Art. 19 del Estatuto del TPIY, Norma 47), los cargos de la CPI deben ser confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares en la denominada *audiencia de confirmación* (Art. 61 del Estatuto de la CPI); en cambio, el *indictment* puede confirmarse sin el acusado y éste puede incluso ser sometido al famoso procedimiento *in absentia*[53] de la Norma 61 (Art. 61 (1), 21ª cl. del Esta-

50. Crit. TURONE, *supra* n. 37, pp. 1.169-1.170.

51. FRIMAN, *supra* n. 24, p. 201.

52. Según VOHRAH, *supra* n. 24, p. 485, esta fase sólo comienza con la confirmación del Juez de la acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del Fiscal (y termina con la presentación de las pruebas en el proceso por el Fiscal en el juicio). Esto significaría, sin embargo, que el tiempo entre la presentación de tal acusación formal y la confirmación judicial pertenecerían a la fase de investigación, aunque normalmente la Fiscalía sólo estaría a la espera de la resolución judicial durante el lapso indicado. En todo caso, ésta es solamente una cuestión formal sin implicaciones materiales. Para la fase de antejuicio, véase MARCHESIELLO, quien aborda el asunto desde una perspectiva comparada, *supra* n. 24, pp. 1.231 y ss., y traza una línea divisoria con la primera aparición del acusado (p. 1.239).

53. Si bien "es difícil concluir que el procedimiento de la norma 61 equivale a un proceso *in absentia*..." (Reporte del Grupo de Expertos, *supra* n. 29, par. 57; asimismo VOHRAH, *supra*

tuto de la CPI), los "cargos" pueden confirmarse por regla general[54] si el acusado está presente (Art. 61 (1), 2ª cl., Estatuto de la CPI).[55] Sea como fuere, la audiencia de confirmación ha recibido un apoyo general[56] y puede adecuarse en verdad tanto en del modelo "adversarial" como en el esquema "inquisitivo". En otros términos puede considerarse, como en general lo hacen los abogados que practican el "Common Law", como una especie de filtro que garantiza que sólo los casos verdaderamente importantes irán a juicio[57] o, como lo creen los abogados formados en el Derecho de tradición Civil, especialmente los franceses (que lo "inventaron"),[58] como un proceso previo bastante largo cuyo objeto es "confirmar" o verificar los cargos y evitar disputas demorosas sobre la revelación de pruebas en la etapa del proceso.[59] En este sentido compárese con el procedimiento francés en el caso de los "crímenes" ante la *Chambre d'accusation* o, como se propuso en la reciente reforma del Code de Procédure Pénale, en la *Chambre de l'instruction criminelle*

n. 24, p. 504; McDONALD, *supra* n. 24, p. 556; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1283), es de todas maneras un *procedimiento in absentia*. (de igual modo ORIE, *supra* n. 14, at 1467). En todo caso, también el Grupo de Expertos reconce que "se podría abandonar sin ninguna disminución significativa en la efectividad del tribunal..." (ibid., para. 60). Véase sobre ese procedimiento también SAFFERING, *supra* n. 7, at 243; VOHRAH, supra n. 24, 503 y ss.; McDONALD, *supra* n. 24, pp. 555 y ss.

54. Véanse en el Art. 61 (2) las excepciones en lo referente a una audiencia *in absentia*.

55. *Cfr.* HARHOFF, *supra* n. 24, pp. 648-649; MARCHESIELLO, *supra* n. 24, pp. 123 y ss.; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1283. En cuanto a la presencia durante el proceso, véase el Art. 63.

56. Ver FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 24, p. 251; BRADY, *Disclosure of evidence*, en LEE, *supra* n. 24, 403-426, p. 423, rechaza la opinión de que la audiencia de confirmación (Art. 61) se parece al *juge d'instruction* "en un sistema inquisitivo"; asimismo *id. Setting the record straight: A short note on disclosure and 'the record of the proceedings'*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 261-272, p. 265.

57. *Cfr.* FRIMAN, *supra* n. 38, p. 537; MARCHESIELLO, *supra* n. 24, p. 1238; véase asimismo la descripción bastante adversarial de LEWIS, *The Rules of Procedure and Evidence of the ICC: Confirmation hearing to trial*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, 219-234, pp. 223-225.

58. Anteproyecto francés, *supra* n. 34, Art. 48. Véase también el Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, vol. II (compilación de propuestas), GA, 51st session, supp. 22A, UN-Doc A/51/22, pp. 119-125.

59. Véase BITTI, *supra* n. 26, p. 276; FOURMY, *supra* n. 49, p. 1.225 ("organismo preparatorio"); crit. BRADY, *supra* n. 56 (ajuste), p. 264.

(Art. 191-230 CPP).[60] Cualquiera que fuese el caso, semejante procedimiento de "filtro" fue propuesto en diciembre de 1998 en los Tribunales *Ad Hoc* con las Pre-Trial and Pre-Defence Conferences [Reuniones Preprocesales y previas a la Defensa] (Normas 73 *bis* y 73ª del TPIY), aunque ya se había tomado en consideración en las Status Conferences (Reuniones en torno a la Naturaleza Jurídica) (Norma 65 *bis* del TPIY).[61] La propuesta de un Juez de antejuicio (Norma 65ª del TPIY) fortalece la intervención judicial en la etapa anterior al proceso según el modelo del Derecho de tradición Civil, pese a que este Juez tiene funciones sólo de coordinación y no de investigación.[62]

Otra zona de conflicto entre el "Common Law" y el Derecho de tradición Civil tiene que ver con la *presentación de los cargos* por parte del Fiscal. Si bien existen precedentes abundantes de los Tribunales *Ad Hoc* sobre la forma del *indictment* (Art. 18 (4) del Estatuto del TPIY, Norma 47) que requiere una formulación precisa de los hechos imputada al acusado y de su calificación jurídica,[63] no queda muy

60. Loi n. 2000-516 del 15 junio.

61. *Cfr.* VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 541 y ss.; FOURMY, *supra* n. 49, p. 1.229.

62. *Cfr.* ORIE, *supra* n. 14, p. 1.465.

63. Véase *Prosecutor vs. Kunarac & Kovac*, Decision on the Form of the Indictment, 4 November 1999 (IT-96-23-PT), par. 6: la acusación debe dejar en claro la naturaleza de la supuesta responsabilidad, es decir, la disposición en que se hallaba el acusado cuando cometió los delitos y los hechos materiales para establecer la responsabilidad; asimismo, debe especificar el lugar y el tiempo de los delitos y de otras personas que hayan tomado parte en el mismo. - *Prosecutor vs. Krnojelac*, Decision on Preliminary Motion on Form of Attended Indictment, 11 February 2000 (IT-97-25-PT), par. 60: alegato general con respecto a la responsabilidad como superior, responsabilidad personal o por cooperación e instigación "probablemente causará ambigüedad..."; es preferible "indicar precisa y expresamente, respecto de cada imputación individual, la naturaleza específica de la responsabilidad." En particular, cuando hay diferencias en lo concerniente a la responsabilidad, "no debe dejarse al acusado concluir a partir de la ausencia de hechos" que no se persigue determinada responsabilidad. En *Prosecutor vs. Dosen* y *Kolundzija*, Decision on Preliminary Motions, 10 February 2000 (IT-95-8-PT), pars. 8-15, se hacen afirmaciones semejantes a las anteriores. *Prosecutor vs. Krnojelac*, Decision on Form of Second Amended Indictment, 11 May 2000 (IT-97-25-PT), par. 16: En cuanto a la responsabilidad basada en la finalidad común como parte de una actividad criminal conjunta, la acusación formal debe indicar la "la naturaleza o finalidad de la actividad criminal conjunta" (su "esencia"), el tiempo durante en el cual existió tal actividad, la identidad de los que tomaron parte en ella, al menos en referencia a

claro si las acusaciones de la persecución penal tienen un efecto obligatorio en las etapas subsiguientes. En términos generales, hay claridad en cuanto a que, después de la confirmación de los cargos, una enmienda requiere autorización judicial; por otra parte, si se concede tal autorización, la enmienda real es tarea del Fiscal.[64] En *Kupreskic* una de las Salas permitió reformar la acusación formal realizada por el Gran Jurado a iniciativa del Fiscal únicamente cuando los delitos fueran menos graves o se denegasen. En lo tocante a los delitos más graves o de índole diferente, la Sala tiene la obligación de convocar al Fiscal para modificar la acusación formal mencionada.[65] Por su parte la CPI, en su calidad de tribunal, debe basar su juicio, en atención al artículo 74 (2), cláusula 2 del Estatuto, "en los hechos y circunstancias descritos en los cargos y cualesquier enmiendas a estos últimos..."; sin embargo, no queda claro si tales cargos siguen siendo los originales, tal como los redactó el Fiscal, o si la Sala de Cuestiones Preliminares tiene el derecho de enmendarlos *motu proprio* en la audiencia de confirmación. El "Common Law"

su categoría como grupo, así como la naturaleza de la participación del acusado en la misma. Para consultar otros requisitos relacionados con el caso de la Fiscalía, especialmente en lo concerniente al elemento mental, véase *Prosecutor vs. Brdjanin* y *Talic*, Decision on Form of Further Attended Indictment and Prosecution Application to amend, 26 June 2001 (IT-99-36-PT), pars. 41-43, 46 y ss.; véase también *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, Judgement, 23 October 2001 (IT-95-16-A), pars. 79 y ss. y 306 y ss., entre los que se incluyen los precedentes mencionados y las críticas a las acusaciones contra Z y M. Kupreskic y Josipovic, en virtud de que no son suficientemente precisas (par. 88: "los suficientes detalles para informar claramente al acusado acerca de los cargos..."; "alegar con suficiente detalle contra el aspecto esencial del caso de la Fscalía"). Con lo anterior se relaciona el problema de *la formulacion de cargos acumulativa*. Según la Cámara de Apelaciones, "debe admitirse a la luz del hecho de que, antes de la presentación de las pruebas, no es posible determinar con certeza qué cargos... se probarán" (*Prosecutor vs. Delalic et al.*, Judgement 20 February 2001 (IT-96-21-A), par. 400; conc. *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, Judgement 12 June 2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), par. 167); *Prosecutor vs. Krstic*, Judgment 2 August 2001 (IT-98-33-T), par. 559. Confróntese asimismo *Prosecutor vs. Kunarac & Kovac*, Decision on the Form of the Indictment, 4 November 1999 (IT-96-23-PT): se permite que se acumulen diferentes delitos para los mismos hechos; la acumulación de cargos sólo es relevante para la sentencia. *Cfr.* igualmente VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 490, 537 y ss.

64. Ver para el TPIY VOHRAH, *supra* n. 24, p. 493.

65. *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, Judgement, 14 January 2000 (IT-95-16-T), pars. 728 y ss. (744 y ss.).

preferiría el planteamiento anterior, puesto que en su tradición el tribunal está sujeto a la calificación jurídica de los cargos formulados por el Fiscal. El último enfoque se asemeja más al Derecho de tradición Civil, en vista de que el Tribunal puede reformar, de propio derecho, los cargos y no sólo aceptarlos o descartarlos, de acuerdo con el principio *iura novit curia*.[66] A primera vista, el Estatuto de la CPI parece seguir el planteamiento del "Common Law", pues la Cámara puede solamente confirmar o rechazar los cargos (Art. 61 (7) (a), (b)) o aplazar la audiencia y "...solicitar al fiscal que considere..." (Art. 61 (7) (c)), proporcionar más pruebas (i) o modificar un cargo por motivo de una calificación jurídica diferente (ii). Por otra parte, dados los amplios poderes de la Sala de Cuestiones Preliminares y de la Sala de Audiencias, es posible afirmar que tienen el poder intrínseco de corregir las acusaciones con tal que los derechos de la defensa no se violen, vale decir, siempre que la defensa tenga el tiempo suficiente para reaccionar a tal reforma.[67] En realidad, la falta de claridad al respecto en el Estatuto de la CPI obedece a que, durante las negociaciones, no hubo acuerdo entre los juristas del "Common Law" y los del Derecho de tradición Civil. La cuestión se dejó, como tantas otras, evidentemente abierta.[68]

Nuevos problemas se suscitan en torno a las *disclosure rules* (normas de revelación).[69] En ambos Tribunales, el fiscal está obligado a dar a conocer la mayoría

66. Véase FRIMAN, *supra* n. 38, pp. 208-209; Bitti, *supra* n. 26, p. 282. Ver asimismo *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, *supra* n. 65, pars. 723, 733 y ss. (con reservas en cuanto a la aplicabilidad del principio en los procesos penales internacionales).

67. Esta "solución del Derecho de tradición Civil" es aplicable a Kosovo de acuerdo con el Art. 337 del Criminal Procedure Act of the SFRY. Sin embargo, para los problemas de los fiscales según el "Common Law", UNMIK ha propuesto un Art. 374 en su Draft Procedural Code for Kosovo (fechado en septiembre de 2001, el cual sólo permite rectificar las acusaciones).

68. Véase FRIMAN, *supra* n. 38, pp. 208-210; BITTI, *supra* n. 26, pp. 280-281, 284-288.

69. Para un análisis más detallado en torno al TPIY, véase PRUITT, *Discovery: mutual disclosure, unilateral disclosure and non-disclosure...*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 305-314; MAY y WIERDA, *supra* n. 5, pp. 756 y ss.; sobre el TPIY y la SPI en general, ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.449-1.450, 1.469-1.470, 1.483-1.484.

de las pruebas (incriminatorias) a la defensa ya sea *motu proprio*, o a solicitud (ICTY Rules 66 [Norma 66 del TPIY]; Art. 61 (3) del Estatuto de la CPI, Normas 76, 77, 121 (2)).[70] En cuanto a las pruebas exculpatorias, deben darse a conocer "...tan pronto como sea posible..." (Norma 68 del TPIY; Art. 67 (2) del Estatuto de la CPI, Norma 83)).[71] Un representante de la persecución penal debe certificar que se ha llevado a cabo un examen cabal de todo el material pertinente.[72] La revelación de pruebas debe ser específica. En lo concerniente a los testigos, por ejemplo, deben darse a conocer fecha y lugar de nacimiento, sexo y lugar de residencia (no la dirección), en virtud de que una defensa idónea "revela más que un careo a ciegas en una sala del tribunal".[73] Sin embargo, un careo a ciegas puede ser consecuencia de la necesidad de proteger a ciertos testigos y garantizarles el anonimato (Art. 22 del Estatuto del TPIY, Normas 69, 75; Art. 68 del Estatuto de la CPI, Normas 87 y 88).[74] Si bien esta posibilidad afecta, en principio, tanto a los testigos de la

70. *Prosecutor vs. Furundžija*, Decision 16 July 1998 (IT-95-17/1-T), reimpreso en KLIP y SLUITER (eds.). *Annotated leading Cases of international criminal Tribunals*, vol. III, 2001, pp. 223 (226); par. 19: el Art. 20 del Estatuto asume una situación de descubrimiento cabal, pertinente y oportuno por parte de la Fiscalía.

71. Véase, por ejemplo, *Prosecutor vs. Krajisnik & Plavsic*, Decision on Prosecution Motion for Clarification in Respect of Application of Rules 65, 66(B) and 67(C), 1 August 2001 (IT-00-39 & 40 PT), par. 10: "La Fiscalía debe revelar *todas* las presentaciones de pruebas con las que se propone contar, por lo menos en el momento en que archive el documento previo al proceso". (Cursivas agregadas; la Fiscalía sugirió que no estaba obligada a revelar los 400 documentos que quedaban de un total de 800.) Al respecto, puede consultarse también a VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 519-520; PRUITT, *supra* n. 69, pp. 309 y ss. Sobre la definición del "material exculpatorio" y otros problemas no resueltos en este contexto, véase HARMON y KARAGIANNAKIS. *The disclosure of exculpatory material...*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 315-328.

72. *Prosecutor vs. Krnojelac*, Decision on Motion by Prosecution to Modify Order for Compliance with Rule 68, 1 November 1999 (IT-97-25-PT).

73. *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Decision on the Defense Motion to Compel the Discovery of Identity and Location of Witnesses, 18 March 1997 (IT-96-21), pars. 17, 19 y 20.

74. Ver, por ejemplo, *Prosecutor vs. Tadic*, Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995 (IT-94-1-T), reimpreso en KLIP y SLUITER, *supra* n. 27, p. 155, pars. 4, 55 y ss., argumentando en favor del anonimato absoluto y desarrollando cinco condiciones (pars. 62-66); voto dicidente del Juez Stephen, opinión separada, 10 Aug. 1995, pp. 11, 15 y *passim*; conc. *Prosecutor vs. Blaskic*, Decision on the Application of

Fiscalía como de la defensa, será más frecuente que limite el derecho del acusado al careo y ello habrá de influir, por consiguiente, en un difícil equilibrio entre este derecho y la protección de los testigos.[75] La defensa sólo tiene obligaciones específicas de información en casos especiales, como cuando existe una coartada (Norma 67 del TPIY, Normas 78 y 79 de la CPI).[76] No puede obligársele a dar a conocer pruebas inculpatorias, ya que ello violaría la prerrogativa del acusado a la no autoincriminación (Art. 67 (1) (g) del Estatuto de la CPI)[77] y asimismo el principio general de igualdad de armas, dada la superioridad de recursos de la Fiscalía.[78] Sin embargo, la Norma 73 del TPIY, estipula que debe haber una Reunión previa

the Prosecutor dated 17 October 1996, etc. 5 November 1996 (IT-95-14), par. 34 (sin conceder las medidas de protección *in casu*, par. 45). El acuerdo de la resolución *Tadic*, de que los testigos fueran totalmente anónimos, se ha considerado en general como violatoria del debido proceso legal. Véase al respecto LEIGH, *Editorial comment*, en *AJIL*, núm. 91, 1997, p. 80; igualmente McDONALD, *op. cit.*, pp. 562 y 568: anonimato como "anatema"; MUMBA, *Ensuring a fair trial while protecting victims and witnesses – balancing of interests?*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 359-371, pp. 368 y ss. (quien sigue fundamentalmente al Juez Stephen); GUARIGLIA, *supra* n. 28, pp. 1125-1126; ZAPPALÀ, *supra* n. 46, p. 1333. Crit. también CRETA, *The search for justice in the former Yugoslavia and beyond analyzing the rights of the accused...*, en *Hous. J. Int'l L.* núm. 20, 1998, pp. 381-418, pp. 394 y ss.

75. Los redactores del Estatuto de la CPI estaban al tanto de este problema, estipulando en la última cláusula del Art. 68 (1) que las medidas de protección a la víctima "no debieran ser perjudiciales o contradictorios con los derechos del acusado y con un proceso justo e imparcial." Para un análisis detallado en relación con el punto anterior, véase DEFRANCIA, *Due process in international criminal courts: Why procedure matters*, en *Virginia Law Review*, núm. 87, 2001, pp. 1.381-1.439, pp. 1.410 y ss., quien argumenta en favor de un "derecho atenuado al careo" p. 14.179; MUMBA, *supra* n. 74, pp. 361 y ss.; véase asimismo SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 277 y ss., pp. 374-375, que defiende "un sistema combinado en el que el Juez y el abogado trabajan conjuntamente para establecer la verdad" (p. 286) y una "combinación de una estructura adversarial basada en la formulación de repreguntas, por una parte, y un sistema inquisitivo con un Juez activo, por la otra..." (p. 288). Cfr. igualmente McDONALD, *supra* n. 24, pp. 558, p. 562 y ss.; ZAPPALÀ, *supra* n. 46, pp. 1330 y ss.; JONES, *Protection of victims and witnesses*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, pp. 1355-1370, pp. 1364 y ss.

76. Véase también el Reporte del Grupo de Expertos, *supra* n. 29, par. 89, con la recomendación 12; VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 516-517.

77. BRADY, *supra* n. 56, p. 414. Sobre el difícil problema del derecho de los testigos a la no autoincriminación, consúltese AMBOS, *EJIL*, núm. 15, 2002, pp. 155-177, donde expongo que la Norma 74 de la CPI sigue el "Common Law" (p. 166 y *passim*).

78. MAY y WIERDA, *supra* n. 5, pp. 760-761; SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 194, 202 y 374.

a la Defensa, lo que implica la revelación de los testigos de la defensa (¡y no de sus declaraciones!),[79] con lo cual busca evitar largos interrogatorios durante la etapa del proceso.[80] La revelación se halla limitada en lo referente a informes, memoranda u otros documentos internos (Norma 70 del TPIY, Norma 81 de la CPI).[81] Por lo demás, queda a decisión de la Sala de Audiencias si se lleva a cabo la revelación o no (Norma 66 (C) del TPIY),[82] actuando como árbitro entre las partes.[83] De esta manera, la revelación es un proceso continuo[84] que implica una "obligación permanente" que se extiende hasta la etapa posterior al proceso, incluyendo las apelaciones.[85] Desde un punto de vista conceptual, las citadas normas de revelación son una clara expresión del modelo adversarial, en virtud de que su "enfoque de los dos casos" hace que la revelación (mutua) se vuelva necesaria para garantizar que ambas partes tengan el mismo nivel de información.[86] En cambio, son superfluas en el sistema del Derecho de tradición Civil en el que, según el "enfoque de un solo caso",[87] la investigación queda en manos del Fiscal y éste investiga tanto las pruebas incriminatorias como las exoneradoras. En estas circunstancias, es

79. Esto contravendría la prerrogativa de la relación abogado-cliente en cuanto al secreto profesional, reconocido en el modelo del Derecho de tradición Civil. Véase *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 28; asimismo ORIE, *supra* n. 14, p. 1.470, n. 130.

80. MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 761; ver también VOHRAH, *supra* n. 24, p. 542.

81. Sobre la índole excepcional de la Norma 70 (B), véase *Prosecutor vs. Brdjanin & Talic*, Decision on Joint Motion by Momcilo Krajinsk and Biljana Plavsic for Access to Trial Transcripts of Both Open and Closed Session and Documents and Things Filed under Seal, 13 March 2002 (IT-99-36-PT), par. 19.

82. Para una visión general de la historia de la redacción de estas Normas, véase BRADY, *supra* n. 56, pp. 403-426; ver asimismo LEWIS, *supra* n. 57, pp. 226-227.

83. MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 758.

84. *Cfr.* BRADY, *supra* n. 56, p. 422; Pruitt, *supra* n. 69, p. 308.

85. *Prosecutor vs. Blaskic*, Decision on the Appellant's Motion for the Production of Material, Suspension or Extension of the Briefing Schedule, and Additional Filings, 26 September 2000 (IT-95-14-A), pars. 29 y ss (42).

86. *Cfr.* SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 198; véase también ORIE, *supra* n. 14, p. 1469, quien observa la semejanza con las US Federal Rules of Criminal Procedure.

87. Sobre esta terminología, véase *supra* n. 16 y texto.

suficiente con que se conceda a la defensa acceso al *dosssier* [expediente] del Fiscal en determinado momento antes del inicio del proceso.[88] En cierto sentido, el *dossier* cumple la función de las normas de revelación del "Common Law".[89] De hecho, la Norma 121 (2) (c) de la CPI vincula las normas de revelación al *dossier* y requiere que todas las pruebas reveladas sean comunicadas a la Sala de Cuestiones Preliminares.[90] Es cierto que la diferencia conceptual entre revelación y *dossier* puede tener menos validez en la práctica, en la que podemos detectar una evidente convergencia de los sistemas, ya que la Fiscalía investiga básicamente *su* propio caso y trata de mantener en secreto las pruebas el mayor tiempo posible. Incluso un juez activo del Derecho de tradición Civil difícilmente puede igualar las ventajas de la Fiscalía que surgen durante la fase de investigación. Por consiguiente, desde la perspectiva de los derechos humanos, sólo las normas amplias de revelación salvaguardan adecuadamente el derecho de la defensa. Esto se aplica no sólo a un procedimiento adversarial. Así el planteamiento adoptado por las Normas de la CPI (especialmente la Normas 70, 77 y 78), de que "todas las cartas deben estar sobre la mesa" es bienvenido.[91]

En cuanto a los intereses potenciales de *seguridad nacional*, puede formularse una triple norma: la información común y corriente debe darse a conocer al acusado; la confidencial sólo a su abogado y aquella perteneciente a la seguridad nacional no debe revelarse en absoluto.[92]

Mucho más indicativo de que las normas actuales del TPIY y de la CPI tienen un carácter de componenda es el desarrollo de una *guilty plea (declaración*

88. Ver asimismo FRIMAN *supra* n. 24, p. 213; TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, pp. 640-641; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.450-1.451.

89. *Cfr.* ORIE, *supra* n. 14, p. 1.484.

90. Véase ORIE, *supra* n. 14, p. 1.484, quien considera que esta disposición altera el carácter de la revelación.

91. GUARIGLIA, *supra* n. 28, p. 1.127.

92. SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 196. Para un análisis general, véase MALANCZUK, *Protection of national security interests*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, pp. 1.371-1.386.

*de culpabilidad por parte del acusado)* o, como se la conoce en el Artículo 65 del Estatuto de la CPI, "procedimiento de la 'admisión de culpabilidad'".[93] Originalmente las Normas 62 (iii)-(v) del TPIY proporcionaban un procedimiento directo de declaración de culpabilidad por parte del acusado del "Common Law" que llevaba el proceso directamente a la etapa de la sentencia si el acusado formulaba una declaración.[94] En tal caso se realizaba una audiencia de imposición de sentencia por separado, es decir, se llevaban por separado el procedimiento para establecer la culpabilidad o la inocencia del acusado y la resolución respecto de la sentencia.[95] Este sistema se desmembró muy rápidamente con el proceso *Erdemovic*, en el que el acusado, a quien se defendió inadecuadamente, "confesó" haber matado a civiles bajo coacción.[96] Su confesión se aceptó primero como una declaración de culpabilidad válida por parte de una de las Salas de Audiencias,[97] pero posteriormente la Cámara de Apelaciones anuló esta resolución.[98] Posteriormente estableció cuatro requisitos para una declaración de culpabilidad por parte del acusado, que ahora pueden encontrarse en la Norma 62 *bis*: la declaración debe ser voluntaria, informada, no ser equívoca y es necesario que exista una base suficiente y fundada

93. Ver también TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, pp. 638-640; SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 272 y ss.; TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1286 y ss.; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1480-1481; BOHLANDER, *Plea-Bargaining before the ICTY*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, 151-163 (con una buena explicación en las pp. 159 y ss., de la postura alemana).

94. *Cfr.* VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 511 y ss.

95. Sobre una visión general de esta separación, ver *infra*, n. 223 y texto.

96. ICTY Trial Chamber I, *Prosecutor vs. Drazen Erdemovic* Sentencing Judgement, 29 November 1996, caso núm. IT-96-22-T, par. 10: "Señoría, tuve que hacerlo. Si me hubiera negado, me habrían matado junto con las víctimas. Cuando me rehusé a asesinarlos, me dijeron: 'Si sientes pena por ellos, párate, fórmate de su lado y también morirás'. No lo siento por mí, sino por mi familia, mi esposa y mi hijo, que en ese tiempo tenía nueve meses. Y no pude negarme porque entonces me habrían matado". Este caso fue analizado en diversas ocasiones; véase, por ejemplo, McDONALD, *supra* n. 24, pp. 574 y ss.; BOHLANDER, *supra* n. 93, pp. 153 y ss.

97. *Prosecutor vs. Erdemovic*, *supra* n. 96.

98. ICTY – Appeals Chamber, *Prosecutor vs. Drazen Erdemovic*, Judgement, 7 October 1997 (IT-96-22-A); reimpreso en KLIP y SLUITER (eds.), *supra* n. 27, p. 537 y McDONALD y SWAAK-GOLDMAN (eds.), *supra* n. 24, vol. II, parte 2, p. 1.421.

en hechos sobre la consumación del delito y la participación del acusado en él. Solamente si se cumplen estas condiciones puede la Sala de Audiencias presentar un veredicto de culpabilidad y establecer una fecha para la audiencia de la sentencia (Normas 62 *bis* y 100). La Norma 62ª se encarga, además, del procedimiento para un acuerdo respecto de la declaración[99] entre el Fiscal y el acusado, cuya característica más importante en nuestro contexto es que no es obligatorio para la Sala de Audiencias.

Esta última no está limitada a la consideración de los hechos, tal como lo han acordado la Fiscalía y la defensa "porque su obligación principal es asegurarse de que hay un fundamento verdadero suficiente para el delito y la participación del acusado en él".[100] Sólo si la Cámara inscribe un veredicto de culpabilidad, deberá, por regla general, apoyarse en los hechos acordados para imponer sentencia.[101] De igual manera, el artículo 65 del Estatuto de la CPI y la Norma 139, fuertemente influídas por el desastre Erdemovic,[102] dejan que la Sala de Audiencias adopte completamente sus resoluciones respecto de la validez de la "admisión de culpabilidad", tomando en cuenta los criterios antes mencionados. Puede bien registrar una condena, o bien ordenar la continuación del proceso. Además, cualquier acuerdo o trato entre el Fiscal y el acusado – el Estatuto de la CPI habla de "discusiones" – no es obligatorio para la Sala de Audiencias (Norma 62 (C)) del TPIY, Art. 65(5) del Estatuto de la CPI). De esta manera, aun cuando se reconoció la necesidad de que hubiese discusiones entre las partes, ello no tuvo como objeto impedir que las víctimas y el testigo hablaran de la "verdad histórica" en sesión del Tribunal.[103]

99. Ver, por ejemplo, los acuerdos sobre la defensa en *Prosecutor vs. Sikirica et al.*, Judgement 13 November 2001 (IT-95-8-S), pars. 17 y ss.

100. *Ibid.*, par. 48.

101. *Prosecutor vs. Jelisic*, Judgement 5 July 2001 (IT-95-10-A), par. 87; asimismo *Prosecutor vs. Sikirica et al.*, *supra* n. 99, par. 49.

102. *Cfr.* BEHRENS, *The trial proceedings*, en LEE, *supra* n. 4, pp. 241-242.

103. *Cfr.* BEHRENS, *supra* n. 102, p. 242. Sobre la función de búsqueda de la verdad del TPIY, véase MAY y PIERDA, *Evidence befote the ICTY*, en MAY *et al.* (eds.)., *supra*, n. 28, pp. 249-261, pp. 252-253; RODRIGUES y TOURNAYE, *Hearsay evidence*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 291-303, pp. 296-297.

Difícilmente puede decirse que esta disposición sea una "componenda",[104] sino que muestra la fuerza de la influencia adquirida por el Derecho de tradición Civil y, en este caso, su escepticismo en relación con la idea de mecanismos de negociación en procesos penales. En realidad, puede decirse que la "sobrerregulación" de la declaración de culpabilidad por parte del acusado socava su finalidad misma, a saber, acortar los procedimientos;[105] su efecto se convierte en una simple confesión.[106]

Este tipo de declaración de culpabilidad por parte del acusado puede llevar a una gran frustración entre los juristas del "Common Law". El presente autor presenció un proceso llevado a cabo en el Timor Oriental bajo la Regulación 15/2000 de la UNTAET (United Nations Transitional Administration for East Timor), que en esencia es una copia del Estatuto de la CPI, en el que un acusado inscribió una declaración de culpabilidad con base en un acuerdo de declaración con el Fiscal (británico), siguiendo la práctica de los Tribunales *Ad Hoc*.[107] Él deseaba obviamente que terminara su proceso, pero fue interrogado tan intensamente por un grupo de tres Jueces practicantes del Derecho de tradición Civil (dos internacionales provenientes de Italia y Benin y uno de Timor Oriental) que finalmente desistió de tratar de convencerlos, especialmente al africano, que efectivamente había hecho su declaración de una manera voluntaria, informada e inequívoca. El final de la historia fue que su declaración no fue aceptada y el proceso continuó de forma ordinaria por un buen tiempo.

En resumen, las actuales medidas respecto de la declaración de culpabilidad por parte del acusado son un buen ejemplo de las reformas excesivas de Derecho de tradición Civil a las instituciones ya establecidas del "Common Law". Esto le facilita a los juristas del Derecho de tradición Civil (véase el ejemplo del Timor

104. *Supra* n. 4, p. 223.

105. *Cfr.* CRETA, *supra* n. 74, p. 407.

106. Véase ORIE, *supra* n. 14, p. 1.481, quien se muestra complacido con lo anterior y considera que el Estatuto de la CPI cumple con los requisitos de la justicia mejor que el del TPIY.

107. Cfr. *supra* n. 99.

Oriental) rechazar incluso declaraciones de culpabilidad "limpias", mientras que los juristas del "Common Law" tienen que hacer frente a normas inoperantes completamente ajenas a su práctica normal.

# 4. La fase principal del juicio

## *4.1 Presentación del caso*

Se ha dicho con razón[108] que el período de prueba es la etapa procesal en la que más se contraponen los principios del "Common Law" y del Derecho de tradición Civil. En este caso podemos identificar nuevamente, en diversos campos, reformas del Derecho de tradición Civil, dentro de una estructura del "Common Law", el primero de los cuales se refiere a la *presentación del caso* (Normas 82 y ss. del TPIY). A primera vista, las Normas del TPIY parecen asemejarse a un procedimiento adversarial ("inclinación adversarial")[109] en lo referente a los alegatos de apertura de la fiscalíapersecución penal y la defensa (Norma 84); a la presentación de pruebas por parte de la fiscalía y la defensa, seguida de la réplica y la dúplica (Norma 85 (A)); al "primer interrogatorio", a la "formulación de repreguntas" y al "reexamen" de los testigos (Norma 85 (B)). No obstante, una mirada más de cerca revela que la Sala de Audiencias puede modificar el curso de los acontecimientos "en interés de la justicia" (Norma 85 (A))[110] y ordenar pruebas adicionales *motu proprio* (Normas 85 (A) (v) en relación con la 98). Por otra parte, la Norma 84 *bis* permite que el acusado emita su alegato de apertura después de las declaraciones de las partes "bajo el control de la Sala de Audiencias". De esta manera, por lo menos conceptualmente, el acusado se convierte de un simple objeto

108. SAFFERLING, *supra* n. 99.

109. DIXON, *supra* n. 24, p. 98; MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 249; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.464, 1.465, 1.472.

110. Para el significado de la cláusula "interés de la justicia" en la Norma 115 (B), véase *Prosecutor vs. Kupreskic*, *supra* n. 63, pars. 52-54, 61-69.

del proceso, como se conoce del procedimiento adversarial, en una parte activa, como se conoce delprocedimiento del Derecho de tradición Civil.[111] Asimismo puede también aparecer como testigo en su propia defensa (Norma 85 (C))[112] y de esa manera obtener la condición de que gozaría en el "Common Law".[113] La diferencia entre estas normas estriba en el hecho que el alegato de apertura no poseen el mismo valor probatorio que el interrogatorio al acusado como testigo, ya que sólo en tal caso se toma la declaración bajo juramento y se prueba mediante la formulación de repreguntas. En todo caso, los elementos del Derecho de tradición Civil se han "introducido sigilosamente" con el tiempo[114] y en 1998 una de las Cámaras del TPIY incluso sostuvo que, una vez que el testigo hubiese hecho la declaración solemne, es decir, que prestara juramento, se convierte en un "testigo de la verdad" y deja de ser "un testigo de cualquiera de las partes".[115] Lo anterior implica evidentemente que ya no existe un proceso puramente adversarial. En *Blaskic* la Sala de Audiencias citó una y otra vez a los testigos bajo la Norma 98 y especificó que primero testificarían libremente y sólo después serían interroga-

111. Véase ORIE, *supra* n. 14, p. 1.468. Lo mismo puede decirse de la posición de la víctima ante la CPI: si bien no es parte del juicio en sentido formal (como una *partie civile* o *Nebenkläger*), puede estar activamente implicada en el proceso (ver Art. 68 (3), 82 (4), Normas 89 y ss.; *Cfr.* asimismo GUARIGLIA, *supra* n. 28, pp. 1.127-1.128: "Tribunal orientado hacia la víctima"; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.478, 1.487, 1.491; en términos generales JORDA y DE HEMPTINNE, *The status and role of the victim*, en CASSESE *et al.* (eds.), *supra* n. 14, 1.387-1.420, p. 1.399: "asunto potencial".

112. Ver MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 742; TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1.307-1.308.

113. *Cfr.* KREß, *supra* n. 14, pp. 321-322; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1.308; ORIE, *supra* n. 14, p. 1.468. Sobre la posición en general del acusado en ambos sistemas, véase ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.448-1.449.

114. *Cfr.* BASSIOUNI y MANIKAS. *The Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, 1996, p. 955 ("incorporan de un modo selectivo los conceptos del Derecho de tradición Civil en una estructura en el que predomina el "Common Law"); de igual modo, TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1.295-1.296; ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.464, 1.492.

115. *Prosecutor vs. Kupreskic, supra* n. 45, consideración 3 (iii): "...un testigo, sea de la Fiscalía o de la defensa, una vez que ha prestado la declaración solemne según la Norma 90 (B) de las Normas de Procedimiento y de Prueba, es un testigo de la verdad ante el Tribunal y, en la medida en que se le requiere para contribuir al establecimiento de la verdad, no es estrictamente un testigo para ninguna de las partes"; véase asimismo TOCHILOVSKY, *supra* n. 265, p. 631.

dos por las partes.[116] En cuanto al principio del juicio justo, vale la pena mencionar que se ha sostenido que una formulación de repreguntas a un testigo por una de las partes violaría el principio de igualdad de armas contenido en la Norma 85 (A).[117]

En los procedimientos de la CPI, el papel de la Sala de Audiencias es aún más dominante. La Cámara es "responsable" de la conducción de los procedimientos (Art. 64 (6) (a) en relación con el Art. 61 (11) del Estatuto de la CPI), puede exigir la producción de pruebas (Art. 64 (6) (b), (d)) y "dirimir cualesquiera otras cuestiones pertinentes" (Art. 64 (6) (f)). El Juez Presidente dirige las actuaciones (Art. 64 (8)). Sólo si declina hacerlo es que la Fiscalía y la defensa pueden "convenir en el orden y la manera en que las pruebas serán sometidas a consideración" (Norma 140 (1) de la CPI). Este papel dominante de la Sala de Audiencias y del Juez Presidente ha dado lugar a amargas disputas entre abogados del Derecho de tradición Civil y los formados en el "Common Law". Ello ha tenido lugar no sólo en Roma, sino también después en Nueva York, en la Preparatory Commission, cuando se negociaron las Normas. Los observadores hablaron de un "choque de culturas entre el Derecho de tradición Civil y el 'Common Law'",[118] en el que el primero estaría a favor de un Juez fuerte dirigiendo el proceso, mientras que el último se inclinaría por un Juez neutral que deje la conducción de aquél esencialmente a las partes y, en particular, les permita formular libremente las repreguntas a los testigos.[119] El acuerdo final puede encontrarse en la Norma 140 (2), según la cual un testigo puede ser interrogado por la Fiscalía y por la defensa sin la intervención de la Sala de Audiencias, que puede interrogarlo sólo antes o

116. JOHN R. W. D. JONES, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, 2a ed., 2000, p. 431; véase asimimso KREß, *supra* n. 14, p. 351.

117. *Prosecutor vs Delalic et al.*, *supra* n. 27, pars. 28 y 29. Ver igualmente MAY y WIERDA, *supra* n. 5, pp. 739-740.

118. LEWIS, *supra* n. 208, pp. 547-550; FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *supra* n. 24, p. 252; KREß, *supra* n. 14, p. 352.

119. Sobre la importancia de la formulación de repreguntas para el modelo adversarial, véase asimismo KREß, *supra* n. 14, p. 347; para una crítica desde el interior del "Common Law", *id.*, pp. 349-350.

después que las partes lo hayan hecho. Así, la posibilidad de formular repreguntas ha sido reconocida implícitamente y dependerá finalmente de los protagonistas del procedimiento si se utiliza esta posibilidad y bajo qué modalidad.[120] Es muy interesante observar que expresiones como "formulación de repreguntas" y otras propias del medio ("palabras pegadizas"), tanto en el "Common Law" como en el Derecho de tradición Civil, están notoriamente ausentes del Estatuto y de las Normas. Los redactores querían dejar en claro que lo que se buscaba era realmente un procedimiento mixto.[121]

## *4.2 Normas probatorias*

### *a) Aspectos Generales*

Las normas jurídicas que rigen la prueba otorgan más poder aun a las Salas de Audiencias, tanto del TPIY como de la CPI. En términos generales, depende de la Sala resolver respecto de la "admisibilidad", "pertinencia" y "valor probatorio" de las pruebas (Norma 89 (C) del TPIY; Art.64 (9), 69 (4) del Estatuto de la CPI y Norma 63 (2)).[122] La Sala de Audiencias tiene una "amplia facultad discrecional" – para utilizar las palabras de la Cámara de Apelaciones en *Aleksovski* –,[123]

120. Tal puede ser la razón de por qué LEWIS, *supra* n. 57, pp. 231-233, hable todavía en un tono adversarial del caso de la Fiscalía y la defensa, casi pasando por alto el papel dominante de la Sala de Audiencias. Véase también GUARIGLIA, *supra* n. 28, p. 1133, quien percibe dificultades prácticas en la aplicación de la Norma 140.

121. *Cfr.* KREß, *supra* n. 14, p. 352; ORIE, *supra* n. 14, p. 1480, n. 161, p. 1488, n. 175.

122. Para la historia de la negociación del Art. 69 del Estatuto de la CPI, véase BEHRENS, *supra* n. 102, pp. 242 y ss.

123. *Prosecutor vs. Aleksovski*, Decision on the Prosecutor's Appeal on the Admisión of Evidence, 16 February 1999 (IT-95-14/1-AR73), par. 15; confirmada en *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, Decision on Appeal Regarding Statement of a Deceased Witness, 21 July 2000 (IT-95-14/2-AR73.5), par. 20. Véase también *Prosecutor vs. Aleksovski*, Judgement 24 March 2000 (IT-95-14/1-A), par. 63: "margen de deferencia respecto de la evaluación de las pruebas por la Sala de Audiencias...". La Cámara de Apelaciones puede echar por tierra los veredictos de la Sala de Audiencias únicamente cuando las pruebas "no hayan podido ser aceptadas por cualquier Tribunal justo o cuando la evaluación de las mismas sea totalmente errónea".

cuando toma en consideración "una justa determinación del asunto ante ella", "el espíritu del Estatuto y los principios generales del Derecho", y "la necesidad de garantizar un proceso justo" (Norma 89 (D) del TPIY)).[124] Sin embargo, las pruebas obtenidas mediante la violación de los derechos humanos quedan descartadas *a limine* (ex Norma 95 del TPIY; Art. 69 (7) del Estatuto de la CPI).[125] La Sala puede, asimismo, solicitar la presentación de pruebas adicionales que considere necesarias para la "averiguación" o "determinación de la verdad" (Norma 90 (G)(i) del TPIY, Art. 69 (3) del Estatuto de la CPI).[126] Si bien esto indica la influencia del Derecho de tradición Civil, existe un concepto erróneo entre los abogados formados en esta rama del Derecho al considerar que el procedimiento adversarial no persigue la verdad. En realidad, la búsqueda de la verdad es una característica que comparten ambos sistemas,[127] los que sólo difieren en el método para llegar a ella. Uno puede sostener que el "Common Law" sigue un concepto más liberal de la verdad, una especie de verdad procesal más que una verdad material.[128] En todo caso, la búsqueda de la verdad no es incompatible con un sistema de "Common Law", en la medida en que consista solamente en un *derecho a*

124. La referencia a la imparcialidad también puede encontrarse en la Norma 5 (C) del TPIY.

125. La Norma 95 del TPIY es *lex specialis* respecto de la Norma 89 (D) y puede considerarse la única Norma de exclusión *strictu sensu* (*Cfr.* ORIE, *supra* n. 14, p. 1.472; VISEUR SELLERS, *Rule 89 (C) and (D): At odds or overlapping with Rule 96 and Rule 95?*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28,. 275-290, pp. 276, 288; véase también *infra*, n. 144 y texto). SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 294- 295, 302, 313-314, arguye en favor de una exclusión general de las pruebas obtenidas mediante la violación de los derechos humanos y una "Norma de exclusión" para la CPI; de igual modo se expresa BEHRENS, *Investigation, trial and appeal in the ICC Statute*, en *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.*, núm 6, 1998, 429, pp. 435-436; PIRAGOFF, en TRIFFTERER (ed.). *ICC Commentary*, 1999, Art. 69, mns. 76-80.

126. *Cfr.* TERRIER, *supra* n. 24, p. 1.273. Crit. respecto a los derechos del acusado DEFRANCIA, *supra* n. 75, p. 1430.

127. SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 18-19; BEHRENS y PIRAGOFF, en TRIFFTERER, *supra* n. 125, Art. 69, mn. 5.

128. Sobre este concepto, véase VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, Constanza, 1980, pp. 15-18; sobre la distinción entre la verdad material y la procesal, véase la obra reciente de GUSY, *Verfassungsfragen des Strafprozessrechts, Strafverteidiger*, 2002, 153, p. 155.

(Art. 69 (3) del Estatuto de la CPI: "have the authority" ("tienen la facultad") y no, como originalmente propuso Alemania,[129] en un deber.

La Sala de Audiencias controla la manera y el orden en que se debe *interrogar a los testigos* (Norma 90 (F) del TPIY; Art. 69 (2) del Estatuto de la CPI). No debe, sin embargo, como hemos visto con anterioridad, interrumpir el interrogatorio del testigo por las partes, sino que sólo puede interrogarlos antes o después de que las partes lo hayan hecho (Norma 140 (2) (c) de la CPI). En tanto que la última norma contiene solamente una referencia implícita a la posibilidad de formulación de repreguntas (ver asimismo Normas 67 (1) y 68 de la CPI), esta posibilidad se menciona explícitamente en la Norma 90 (H) del TPIY. La formulación de repreguntas se limita, no obstante, "al objeto de las pruebas principales y a las cuestiones que influyan en la credibilidad del testigo y... en el asunto del caso". De esta manera, el TPIY sigue el precedente de Tokio y las US Federal Rules.[130] Además, la Sala de Audiencias del TPIY puede "tomar notificación judicial de hechos adjudicados y pruebas documentales de otros procedimientos del Tribunal en relación con los asuntos en cuestión en los procedimientos actuales" (Norma 94 (B)).[131] En otros términos, tales hechos no necesitan ser probados dos veces. En tanto que esto puede ser tolerado a la luz de la similitud de los procedimientos que surgen de un contexto político o militar específico – y lo mismo es aplicable a las pruebas respecto de una pauta consistente de conducta (Norma 93) –, es sumamente problemático que las normas pongan las pruebas orales y escritas de los testigos en pie de igualdad. Regresaremos a este punto posteriormente. Por último, existen

129. Véase BEHRENS, *supra* n. 102, p. 244; KREß, *supra* n. 14, pp. 351-352.

130. MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 739. Sobre el origen del "Common Law" de la Norma 90 (H), véase *Prosecutor vs. Brdanin and Talic*, Decision on "Motion to Declare Rule 90 (H) (ii) Void to the Extent it is in Violation of Art. 21 of the Statute of the International Tribunal" by the Accused R. Brdanin and on "Rule 90 (H) (ii) submissions" by the Accused M. Talic, 22 March 2002 (IT-99-36-T), par. 12; resumido en el *Judicial Supplement* núm. 31bis, p. 9.

131. Recomendado por el Reporte del Grupo de Expertos, *supra* n. 29, par. 85 con la recomendación 11. Para un análisis más detallado, véase O'SULLIVAN, *Judicial notice*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 329-339.

normas específicas en relación con las pruebas en casos de violencia sexual (Norma 96); en particular, no es necesaria una corroboración del testimonio de la víctima (96 (i), ver también Normas 70-72 de la CPI).[132] En general, estas disposiciones tienden hacia un enfoque *flexible* del Derecho de tradición Civil (en el sentido de un "principio de flexibilidad"),[133] con una amplia *facultad discrecional* del Tribunal, en vez del enfoque más bien estricto del "Common Law" de un sistema de normas de exclusión.[134] En particular, la Norma 89 (B) del TPIY se ha interpretado en el sentido de invitar al enfoque del "sentido común" y al enfoque "equitativo",[135] al permitir la "oportunidad única de crear un régimen viable y sólo procesal y probatorio que favorecerá los intereses de la justicia internacional".[136]

*b) Admisibilidad de diferentes formas de pruebas*

Una consecuencia importante del "principio de flexibilidad" es que la *hearsay evidence*, es decir, "las pruebas aportadas por cualquier testigo de lo que dijo otra persona (ya verbalmente, por escrito o de otra manera",[137] en general, se admiten.[138] Ésta ha sido la práctica establecida en las Salas de Audiencias del TPIY

132. Para más detalles, PIRAGOFF, *Procedural justice related to crimes of sexual violence*, en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, 385-421 (pp. 389 y ss); VISEUR SELLERS, *supra* n. 125, pp. 279 y ss (sobre la Norma 96 del TPIY). El requisito de corroboración no se extiende a otros crímenes, ver TERRIER, *supra* n. 24, p. 1.298.

133. BOAS, *supra* n. 28, p. 264.

134. Véase PIRAGOFF, *Evidence*, en LEE, *supra* n. 24, 349-401, pp. 351-354; ver también MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 745: "enfoque liberal, sin ataduras del 'Common Law'"; ROBINSON, *supra* n. 14, pp. 576 y ss. (p. 579: "enfoque liberal, relajado"; DEFRANCIA, *supra* n. 103, pp. 295 y ss.; desde una perspectiva comparada, ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.452-1.453.

135. *Cfr.* DIXON, *supra* n. 24, p. 100.

136. D. NTANDA NSEREKO, *Rules of Procedure and Evidence of the ICTY*, en *CLF*, núm. 5, 1994, pp. 507, 554.

137. P. MURPHY, *A practical Approach to Evidence, 6.1.*, 4a ed. 1992. Sobre la (imprecisa) terminología, véase asimismo SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 292; BOAS, *supra* n. 28, p. 270; RODRIGUES y TOURNAYE, *supra* n. 103, p. 291.

138. *Cfr.* DIXON, *supra* n. 24, pp. 91-92; HARHOFF, *supra* n. 24, p. 654; TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1.297-1.298; RODRIGUES y TOURNAYE, *supra* n. 103, pp. 297 y ss.; GUARIGLIA, *The admission of documentary evidence and of alternative means to witness testimony...*, en FISCHER,

desde la resolución respecto del testimonio *hearsay* en *Tadic*[139] y fue confirmada por la Cámara de Apelaciones en 1999.[140] Ello parece particularmente importante a la luz del hecho de que en el "Common Law" las pruebas basadas en este tipo de testimonios se permiten solo excepcionalmente.[141] Con todo, no debe pasarse por alto que la aceptación de este y otro tipo de pruebas no es ilimitada, sino que depende de su pertinencia y "valor probatorio" (Norma 89 (C) del TPIY).[142] Esto último depende, a su vez, de la confiabilidad de las pruebas, que está determinada sobre todo por la formulación de las repreguntas. En el caso de la *hearsay evidence*, el valor probatorio o peso es menor, en general, que el de las pruebas directas.[143]

Por último, aunque no menos importante, las pruebas de cualquier tipo, como se indicó antes, deben dejarse de lado "si su valor probatorio se ve excedido considerablemente por la necesidad de garantizar un proceso justo" (Norma 89 (D) del TPIY) o si se obtienen mediante métodos que arrojan "serias dudas acerca de su confiabilidad" (Norma 95 del TPIY, Art. 69 (7) (a) del Estatuto de la

KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 665-680, pp. 666-671; MAY y WIERDA, *supra* n. 28, p. 270; ROBINSON, *supra* n. 14, pp. 577-578; para una visión más crítica, WLADIMIROFF, *supra* n. 24, pp. 8-9. Del mismo modo, la *hearsay* no queda descartada por el concepto teórico del testimonio; ver al respecto KREß, *supra* n. 14, p. 317.

139. *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 27, pars. 7, 13 y ss. (voto disidente del Juez Stephen); *Prosecutor vs. Blaskic*, Decision on the Defence Motion to Compel the Disclosure of Rule 66 and 68 Material to Statements Made by a Person Known as "X", 15 July 1998 (IT-95-14-T), pars. 10-12.

140. *Prosecutor vs. Aleksovski*, *supra* n. 123, par. 15.

141. Véase *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 27, pars. 8 y ss.; y la opinión disidente del Juez Stephen. Véase asimismo MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 745, donde se hace referencia a la opinión disidente del Juez Pal en los Juicios de Tokio y Nuremberg; igualmente SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 292, 306; BOAS, *supra* n. 28, p. 269. En cuanto al punto de vista del Derecho de tradición Civil, véase la resolución del Tribunal Constitucional Alemán en *Strafverteidiger*, 1997, I, pp. 2-3. RODRIGUES y TOURNAYE, *supra* n. 103, pp. 292 y ss, identifican una fusión de ambos sistemas basándose en un análisis comparado.

142. Sobre la importancia de la relevancia, confróntese particularmente MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 252. Sobre la importancia del peso (o valor probatorio) de las pruebas, véase BOAS, *supra* n. 28, pp. 1.271 y ss.

143. *Prosecutor vs. Aleksovski*, *supra* n. 123, par. 15: "el peso o valor probatorio que se brinda a esa prueba ... sea en general menor que aquel dado al testimonio de un testigo...". Véase también BOAS, *supra* n. 28, p. 271.

CPI). En cuanto a la integridad de los procedimientos como un todo, la Norma 95 del TPIY debe leerse en conjunción con la Norma 42, que tiene que ver con los derechos del sospechoso durante la investigación. Una de las Salas la ha caracterizado como una "estipulación residual de exclusión"[144] y complementa la Norma genral exclusoria 89 (D) al requerir una "confiabilidad de fuentes" específica.[145] En vista de que el valor probatorio y su efecto de proceso justo en el sentido de la Norma 89 (D) puede a menudo sólo ser evaluado después del examen de las pruebas, también es posible admitir primero ciertas pruebas y desecharlas posteriormente.[146]

En la resolución sobre el *hearsay Tadic*, una de las Salas de Audiencias reconoció que la confiabilidad es "un componente de la admisibilidad" y desarrolló ciertos "indicios de confiabilidad".[147] En *Kordic and Cerkez* una de las Salas de Audiencias rechazó la admisión de declaraciones de testigos en testimonios de la Fiscalía, ya que esto "equivaldría a la aceptación absoluta de las pruebas *hearsay* sin verificarlas con la formulación de repreguntas...y carecería de valor probatorio".[148] Dicho en términos positivos, la formulación de repreguntas es el remedio más eficiente contra las pruebas indignas de confianza.[149] De igual modo, la Sala de Apelaciones dejó fuera la declaración de un testigo fallecido porque no era digna de confianza: "Una prueba puede ser tan precaria, en términos de indicios de con-

144. *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Decision on Zdravko Mucic's Motion for the Exclusión of Evidence, 2 September 1997 (IT-96-21-T), par. 44, reimpreso en KLIP y SLUITER, *supra* n. 27, pp. 227 (236). Véase ya *supra* n. 125.

145. Ver el profundo análisis de VISEUR SELLERS, *supra* n. 125, pp. 289-290.

146. *Prosecutor vs. Tadic*, Transcript of the Hearing of 20 May 1996 (IT-94-1-T), pp. 836 y ss, p. 928; crit. DIXON, *supra* n. 24, pp. 94-95.

147. *Prosecutor vs. Tadic*, *supra* n. 27, pars. 15 y 16: "si la declaración es voluntaria, veraz y fidedigna...".

148. *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, Decision on the Prosecution Application to Admit the Tulica report and Dossier into Evidence, 29 July 1999 (IT-95-14/2), par. 23.

149. *Prosecutor vs. Brdjanin & Talic*, Decision on Objection to Rule 92bis Procedure and Motion to Quash and Exclude all Rule 92bis Statements' Filed by Radoslav Brdjanin on 13 December 2001 (IT-99-36), 18 January 2002, par. 8: si Brdjanin está preocupado de que el contenido de la declaración esté influido por el investigador que la anotó, su remedio es hacer que el testigo en cuestión sea llamado para la formulación de repreguntas.

fiabilidad, que no es 'probatoria' ni, por consiguiente, admisible".[150] La Sala fundamentó el examen de la no confiabilidad, *inter alia*, en la ausencia de formulación de repreguntas al testigo y en la deficiente calidad de las pruebas basadas en la *hearsay* que no eran "de primera mano", "sino dudosas"[151] y, además, diluídas por diversas traducciones.[152] Aun cuando la Sala no deseaba que su resolución fuese entendida como "desconcertante" para el principio general de aceptación de pruebas *hearsay*,[153] limitó considerablemente el empleo de las pruebas de este último tipo, y la decisión fue incluso interpretada en el sentido de invocar las clásicas excepciones del "Common Law" a la norma de la *hearsay*.[154] Finalmente, la Cámara de Apelaciones *Kupreskic* pidió una "precaución extrema al valorar la identificación del acusado por un testigo hecha bajo circunstancias difíciles".[155]

En cuanto a las *pruebas documentales*, una de las Salas de Apelaciones resolvió acerca de la "admisibilidad" de ciertos documentos sobre la base de su valor probatorio y su confiabilidad.[156]

Mientras que, por ejemplo, los informes militares y un diario de guerra tienen su "propia autenticidad" y "hablan por sí mismos" y, en consecuencia, son nor-

150. *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 123, par. 24. Véase también TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, p. 635.

151. *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 123, par. 23 (en referencia a la resolución *Aleksovski*, *supra* n. 123).

152. *Prosecutor vs Kordic and Cerkez*, *supra* n. 123, par 27: "...Múltiples traducciones en un ambiente informal crean un potencial mucho mayor de imprecisión que cuando tanto el declarante como el testigo hablan el mismo idioma o cuando la declaración original se rinde en el Tribunal con una traducción simultánea doblemente corroborada".

153. *Ibid.*, par. 23 con n. 21.

154. GUARIGLIA, *supra* n. 138, p. 670.

155. *Prosecution vs. Kupreskic et al.*, *supra* n. 63, par. 39.

156. *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, Decision on Prosecutor's submissions concerning 'Zagreb Exhibits' and Presidencial Transcripts, 1 December 2000 (IT-95-14/1), par. 40. Véase en general MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 257 y ss.; BOAS, *supra* n. 28, pp. 271 y ss.

malmente admisibles,[157] documentos tales como los informes de inteligencia basados "en fuentes anónimas o declaraciones *hearsay*...imposibles de verificarse actualmente mediante la formulación de repreguntas" son inadmisibles, en virtud de que su valor probatorio está reducido a tal punto que se ven "considerablemente rebasados por la necesidad de garantizar un proceso justo" en el sentido de la Norma 89 (D).[158]

A mayor abundamiento, la Sala de Audiencias concluyó que la posibilidad de formulación de repreguntas por parte de la defensa, esto es, en este caso hacerlo con cualquier testigo en relación con los documentos, era un requisito fundamental para garantizar un proceso justo.[159] Esto no significa, sin embargo, que sólo puedan presentarse documentos por medio de un testigo con objeto de autentificarlos, tal como lo exigiría el "Common Law",[160] sino que confirma el derecho humano general del acusado a "examinar o haber examinado a los testigos en su contra", tal como lo reconocen los Artículos 14 (3) (e) del Pacto Intenracional de Derechos Políticos y Civiles, el 6 (3) (d) Corte Europea de Derechos Humanos y como lo ha adoptado el Artículo 21 (4) (e) del Estatuto del ICTY.[161]

Los criterios de un proceso justo rigen igualmente la postura del TPIY en lo tocante a la aceptación de *transcripciones* y "declaraciones juradas".[162] Mientras que la Norma 94 relativa a este problema[163] fue suprimida durante la enmienda a

157. *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 156, pars. 43-44.

158. *Ibid.*, pars. 43-44.

159. *Ibid.* pars. 40-41.

160. *Cfr.* MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 257; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1.308.

161. Véase, por ejemplo, *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 123, par. 23. Véase asimismo *Prosecutor vs. Delalic et al.*, Decision on Motion on Prosecution for Admissibility of Evidence, 19 January 1998 (IT-96-21-T), par. 22. Véase asimismo SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 283 y ss.; TERRIER, *supra*, n. 24, pp. 1.300, 1.303; también *infra*, n. 206 y texto.

162. Para un análisis detallado, véase GUARIGLIA, *supra* n. 138, pp. 674-676; TERRIER, *supra* n. 24, p. 1.309; MAY y WIERDA abordan la cuestión desde una perspectiva histórica, *supra* n. 5, pp. 749 y ss.

163. Para un análisis de esta Norma, véase DEFRANCIA, *supra* n. 75, pp. 1.496 y ss.; ORIE, *supra*, n. 14, p. 1.472.

las normas llevada a cabo en diciembre de 2000 (véase más abajo), la aceptación de las *transcripciones* de otros procedimientos continúa siendo de importancia. Lo mismo puede decirse en lo concerniente a la utilización de pruebas de *deposición* según la Norma 71, en sentido que puede tener un efecto semejante, en la medida en que reemplaza la audiencia inmediata del testimonio durante el proceso.[164]

La Cámara de Apelaciones aceptó la transcripción de un testimonio del almirante Domazet en el caso *Blaskic* como una *hearsay* en los procedimientos siguientes contra *Aleksovski*, ya que la posibilidad de formular repreguntas al testigo ya existía en los procedimientos *Blaskic* y no había ninguna "línea en particular de formulación de repreguntas que hubiera sido no sólo importante sino también significativa para el proceso Aleksovski y que hubiera sido también tanto importante como significativa para el proceso Blaskic".[165] Esta práctica ha sido seguida por la Sala de Audiencias *Kordic*, que aceptó varias transcripciones de testimonios de los procedimientos *Blaskic*, en virtud de que la defensa repreguntó a los testigos, quienes tenían un "interés en común" con la defensa en el caso *Kordic*.[166] Por otro lado, en *Delalic et al.* se adoptó la resolución de que la entrevista policial, practicada por la policía austríaca, a uno de los acusados no podría aceptarse como prueba, en vista de que las normas procesales austríacas de aquel entonces "contradecían de manera directa" el Artículo 18 del Estatuto del TPIY, así como también la Norma 42 en lo que respecta al derecho a contar con un abogado.[167] En virtud de la Norma 5, esta entrevista debe considerarse nula en los procedimientos ante el TPIY.[168] La resolución anterior refleja, en última instancia, la fuerza que tiene la posición del proceso justo ante este Tribunal Penal Internacional y puede vincularse directamente a la Norma 95, que ya se mencionó anteriormente.[169]

164. Véase MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 259-260.
165. *Prosecutor vs. Aleksovski*, *supra* n. 123, pars. 14 y ss. (20).
166. *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, *supra* n. 144, pars. 46 y ss. (50).
167. *Prosecutor vs. Delalic et al.*, *supra* n. 144, pars. 46 y ss (5).
168. *Ibid.*, par. 55.
169. *Cfr.* MAY y WIERDA, *supra* n. 5, p. 762.

*c) La creciente importancia de las pruebas escritas*

Si bien toda las resoluciones descritas hasta ahora tuvieron como punto de partida el principio del *testimonio vivo,* tal como se asentó en la antigüa Norma 90 (A),[170] esta última fue suprimida con la decimonovena modificación a las Normas en diciembre de 2000. Como consecuencia, la norma sobre el testimonio por video-enlace se ha hecho menos rigurosa[171] y, lo que es más importante aún, se ha implantado la Norma 89 (F), lo cual faculta a la Sala de Audiencias "a recibir las pruebas de un testigo oralmente o, cuando los intereses de la justicia lo permiten, de forma escrita". La Norma anterior se halla complementada por la Norma *92 bis (A).* Según esta última, una "declaración escrita" puede aceptarse "en lugar del testimonio oral" si "sirve como prueba de una cuestión *diferente a* los actos y la conducta del acusado".[172] La Norma proporciona, además, una lista no excluyente de factores que propician la aceptación de pruebas escritas y establece un conjunto sistemático de normas sobre tal admisibilidad de pruebas escritas que siguen fundamentalmente los precedentes del TPIY citados con anterioridad (ver, por ejemplo, la Norma *92 bis (D)* referente a las transcripciones). No obstante, tales modificaciones han recibido severas críticas, especialmente por parte de los abogados del "Common Law". Así, la ex Jueza del TPIY Patricia M. Waid las calificó como "un giro de 180 grados respecto al énfasis que se daba anteriormente al 'principio' del testimonio

170. Véase *Prosecutor vs. Tadic,* Decision on the Defence Motions to Summon and Protect Defence Witnesses and on the Living Evidence by Video-Link, 25 June 1996 (IT-94-1-T), par. 19: "No puede recalcarse suficientemente el hecho de que la regla general es que un testigo debe estar físicamente presente en la sede del Tribunal Internacional..."; reimpreso en KLIP y SLUITER (eds.), *supra* n. 27, p. 217 (221) con un comentario de KLIP.

171. Mientras que la antigua Norma 90 (A) permitía el testimonio por video-enlace sólo "en circunstancias excepcionales", la Norma 71 *bis* hace que su uso dependa *exclusivamente* de una petición de las partes y de "los intereses de la justicia". De este modo, los estrechos criterios establecidos por *Tadic (supra* n. 170) para utilizar tales pruebas y el menor peso adjudicado a las mismas ya no pueden considerarse válidos (véase para estos criterios *infra,* n. 204 y texto; asimismo MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 255-256).

172. Cursivas del autor.

vivo".[173] Por otra parte, esta misma Jueza consideró que incluso antes de estas modificaciones "las Normas del TPIY representaban una desviación del punto de partida desde las normas relativas a las pruebas del "Common Law",[174] y describe lo que ocurrió en diciembre de 2000 como "el predominio emergente del testimonio escrito.[175]

Pese a que no puede negarse que la supresión del principio del testimonio vivo (Norma 90 (A)) y la aceptación del testimonio escrito en interés de la justicia (Norma 89 (F)) implican un cambio normativo relevante, la situación es mucho menos dramática de cómo lo presentan los colegas formados en el "Common Law". Es verdad, por ejemplo, que la línea divisoria entre las pruebas relativas a los asuntos generales y los actos y conducta del acusado puede hacerse borrosa en casos específicos,[176] en particular en lo referente a la responsabilidad del superior.[177] Con todo, también se deduce claramente del texto de la Norma *92 bis (A)* que una declaración escrita no puede aceptarse para probar la responsabilidad individual del acusado tocante a los cargos específicos en la acusación "prueba de una cuestión *diferente* de los actos y la conducta del acusado..."). En resumen, el testimonio vivo continúa siendo indispensable para probar la culpabilidad individual del acusado.[178] Tal punto de vista se ha confirmado en una resolución reciente de la Sala de Audiencias en el caso *Naletilic & Martínovic*,[179] en la cual la Sala sostuvo,

173. PATRICIA M. WAID: *To "establish incredible events by credible evidence": The use of affidavit testimony in Yugoslavia War Crimes Tribunal Proceedings*, en *Harvard International Law Journal*, núm. 42, 2001, 535, p. 548.

174. *Ibid.*, p. 545.

175. *Ibid.*, p. 545. Coincide DEFRANCIA, *supra* n. 75, pp. 1.424 y ss., quien pide una "defensa mayor" en favor del modelo adversarial (p. 1.425).

176. WAID, *supra* n. 550.

177. Véase *Prosecutor vs. Brdjanin & Talic*, Decision on 'Objection and/or Consent to Rule 92 *bis* Admission of Witness Statements Number One' Filed by Brdjanin on 16 January 2002'.

178. *Cfr.* GUARIGLIA, *supra* n. 138, p. 678.

179. *Prosecutor vs Naletilic & Martinovic*, Decision on the Prosecutor's Request for Public Versión of Trial Chamber's 'Decisión on the Motion to Admit Statement of Deceased Witness (...)' of 22 January 2002, 27 February 2002 (IT-99-34-T).

además, que el requisito del encabezado de la Norma *92 bis (A)* debe extenderse mediante la interpretación teleológica de la Norma *91 bis (C)* que toma en consideración el testimonio escrito, como se reconoce en el Derecho Comparado,[180] en caso de muerte u otra incapacidad del testigo para asistir al proceso.[181] Como consecuencia de lo anterior, el testimonio escrito sólo puede aceptarse en estas circunstancias, si no se refiere a los actos y la conducta del acusado. Esto se aplica generalmente a todas las formas de testimonio escrito según la Norma *92 bis (*de hecho, el parágrafo (D) de esta Norma contiene la misma fórmula. Además, los precedentes del TPIY, que se basan en el Artículo 21 (4) (e) del Estatuto y en la Norma 89 (B)-(D), han desarrollado, como hemos visto en líneas previas, estrictos criterios que buscan garantizar un proceso justo para el acusado, especialmente para el examen de la confiabilidad de las pruebas.[182] Los criterios indicados limitan igualmente el uso del testimonio escrito. La Norma *91 bis* no los sustituye ni tampoco los modifica.[183] En el juicio *Milosevic* se restringió, en términos cuantitativos, la aceptación de las declaraciones escritas de 23 testigos presentados por la Fiscalía y se solicitó que asistieran al Tribunal aquellos que habían sido aceptados para formularles repreguntas. En caso de que un testigo no concurra, no se aceptará su declaración por escrito.[184] A pesar de que la Sala consideraba que las declaraciones debían recaer sobre el encabezado de la Norma *9 bis* (A), en sentido que debían referirse a la comprobación de asuntos diferentes de los actos del acusado,[185] "se relacionan con un elemento crítico de la causa de la

180. Ver el Art. 195 del Código Italiano de Procedimiento Penal, sección 23 de la UK Criminal Justice Act 1988 y § 251 de la Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal, N.d.Tr.) alemana.

181. *Prosecutor vs Naletilic & Martinovic, supra* n. 181, consideración 8.

182. Véase asimismo *id.*, consideraciones 11 y 14.

183. *Prosecutor vs. Sikirica et al,* Decisión on Prosecution's Application to Admit Transcnpts under Rule *92bis,* 23 May 2001 (IT-95-08-T), par. 3.

184. *Prosecutor vs Milosevic,* Decisión on Prosecution's Request to Have Written Statements Admitted under Rule *92bis,* 21 March 2002 (IT-01-47-T), par. 27.

185. *Ibíd.,* par. 22: "Actos y conducta del acusado" se define como los "..hechos y conducta del acusado", sin que importen los actos de otros partícipes.

persecución penal",[186] y por consiguiente "los requisitos de un proceso justo exigen que se le dé al acusado el derecho" a formularle repreguntas.[187] En todo caso, si llegan a aceptarse las pruebas escritas, éstas carecerán del "mismo valor probatorio *per se*" que posee el testimonio vivo.[188] Si hay una contradicción entre las declaraciones escritas y orales de un testigo, las partes pueden pedirle a éste "que explique la discrepancia, inconsistencia o contradicciones" al Tribunal, el cual determinará posteriormente su valor probatorio[189]

Hay que recordar que, en un nivel politico más general, las enmiendas de diciembre de 2000 fueron una reacción a la crítica general de la duración de los juicios ante el Tribunal.[190] Esta duración – que va de 10 a 224 días (en el caso *Milosevic* la la estimación de la Fiscalía para un proceso acumulado de las tres acusaciones fue de aproximadamente tres años) –[191] se debe en gran medida a la gran cantidad de testigos vivos, entre 100 y 200 (en *Milosevic,* entre 380 y 600 aproximadamente) y a que el testimonio de cada uno de ellos toma en promedio un día de proceso.[192] La dependencia de de los testimonios distingue los procesos actuales de los de Nuremberg y Tokio, donde la causa de la Fiscalía se construyó

186. *Ibid.*, par. 24.

187. *Ibid.*, par.25.

188. *Prosecutor vs. Naletilic & Martinovic,* Decisión on the Admission of Witness Statements into Evidence, 14 November 2001 (IT-98-34-T), consideración 3. Las "declaraciones testimoniales mediante entrevista", establecidas sin control judicial, no se aceptaron como pruebas.

189. *Prosecutor vs. Kayishema and Ruzindana,* Order on the Probative Valué of Alleged Contradiction between the Real and Written Statement of a Witness during Examination, 17 April 1997 (ICTR-95-1-T).

190. Véase también TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, p. 632; GUARIGLIA, *supra* n. 138, p. 677; McDONALD, *supra* n. 24, p. 615, donde señala que el objetivo principal de las modificaciones de diciembre de 1998 fue hacer más expeditos los procesos y mejorar la gestión de los casos. De manera similar se expresan MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 259, 261, quienes además defienden las pruebas escritas con el fín de acelerar los procedimientos; ver asimismo RODRIGUES y TOUE, *supra* n. 103, p. 302.

191. *Prosecutor vs. Milosevic,* Decisión on Prosecution's Motion for Joinder, 13 December 2001 IT-99-37-PT/IT/-01-50-PT/IT-01-51-PT, par. 47.

192. Para otros casos, véase MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 250.

sobre pruebas documentales.[193] Si bien esto puede cambiar en los procesos contra líderes militares y políticos que no llevaron a cabo, personalmente, ("con sus propias manos") ningún acto de violencia, sino que su participación fue tras bambalinas y que, por tanto, sólo pueden ser condenados por medio de pruebas documentales y circunstanciales,[194] los testimonios continuarán siendo cruciales por la sencilla razón de que los dictadores actuales no necesariamente llevan un registro detallado de sus atrocidades, en razón de las acciones penales que habrán de emprenderse en su contra. De este modo, el Reporte del Grupo de Expertos de 1999 recomendó que se utilizara otro tipo de pruebas, en particular el "testimonio preparado" escriturado.[195] Tal flexibilidad se justifica igualmente por la naturaleza de los crímenes a perseguir ante los Tribunales Penales Internacionales. Èstos normalmente no son delitos nacionales comunes, sino delitos internacionales, que tienen lugar en cierto contexto histórico y político.[196] Es preciso entender e investigar primero este contexto, a fin de imputar, de manera apropiada, la responsabilidad individual a los diversos sospechosos implicados en actividades criminales. Para probar este contexto, debe darse cabida a métodos diferentes y más flexibles, como se expresa, por ejemplo, en la Norma 93 del TPIY, que se refiere, a las pruebas de una pauta consistente de conducta y en la Norma 94, la que se ocupa de la *constancia judicial*.[197] Por último, los temores de los abogados del "Common Law" respecto

193. MAY y WIERDA, *supra* n. 5, pp. 743-744; *id.*, *supra* n. 103, p. 257; ORIE, *supra* n. 14, p. 1.460, RODRIGUES y TOURNAYE, *supra* n. 103, p. 296.

194. Sobre la importancia de las pruebas documentales, véase TERRIER, *supra* n. 24, p. 1.308; sobre las pruebas circunstanciales (o indirectas), véase MAY y WIERDA, *supra* n. 103, p. 256.

195. Report Expert Group, *supra* n. 29, par. 85 y ss, 88 con la recomendación 12: "testimonio escrito que se presenta por anticipado en forma de preguntas y respuestas, dándose la oportunidad a la otra parte de impugnar posteriormente las preguntas y haciendo que el testigo éste disponible posteriormente para repreguntas"; "preparación de un expediente ... que contenga declaraciones de testigos ... para permitir a la Sala de Audiencias elegir testigos apropiados que rindan un testimonio oral y para aceptar ciertas declaraciones de testigos como pruebas documentales...".

196. Cfr. al respecto McDONALD, *supra* n. 24, p. 621; de igual modo, MAY y WIERDA, *supra* n. 103, pp. 240-250.

197. Cfr. DIXON, *supra* n. 24, pp. 87 y ss.; TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1.293-1.294.

de la tendencia "inquisitiva" de un procedimiento conducido por un Juez pueden contestarse argumentando que tales miedos están mucho más justificados en un proceso ante partícipes legos, como son los integrantes del jurado. A nivel internacional se espera contar con un estrado de Jueces profesionales con la suficiente experiencia para calibrar las pruebas, tomando en cuenta las consideraciones necesarias de justicia y, en particular, los derechos del acusado.[198]

El Reporte del Grupo de Expertos afirmó, por otro lado, que los Jueces "expresaron el convencimiento que el carácter prolongado de las actuaciones ante el Tribunal podría atribuirse ... a un control insuficiente ... sobre los procedimientos por parte de los Jueces".[199] En otros términos, la duración de los juicios se toma como argumento para un procedimiento de carácter más "inquisitivo" que se apoye más en la dirección judicial que en el libre juego entre las partes. No obstante, las exigencias de que los procesos sean más expeditos, se toparán, con toda seguridad, con los oídos sordos de los abogados del "Common Law", ya que, al mismo tiempo, el método clásico de este tipo de Derecho para llegar a semejante resultado, es decir la aceptación de la culpabilidad por parte del acusado, se ha restringido a tal punto que ya no puede ejercer esta función como, en cambio, sí la ejerce en un proceso adversarial. Sea como fuere, el debate acerca de la duración de los juicios internacionales no tiene que ver tan sólo con la eficacia, sino también con los derechos humanos, ya que el derecho a un proceso ágil está reconocido en todos los instrumentos importantes de derechos humanos.[200] Ciertamente un proceso rápido interesa al acusado con tal que no obstaculice su derecho a una defensa apropiada.

Volviendo a la Corte Penal Internacional (CPI), el principio es que el testimonio sea vivo, "en persona".[201] La Corte puede no obstante permitir el

198. Véase también SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 285-286, 308, 371, 375. Para un análisis general de los derechos de los acusados, consúltese ZAPPALÁ, *supra* n. 46, pp. 1.319 y ss.

199. Report Expert Group, *supra* n. 29.par.77.

200. Cfr. SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 250 y ss.

201. Véase el ya citado *Prosecutor vs. Tadic, supra* n. 170.

testimonio oral o grabado mediante tecnologías de video o audio y la presentación de documentos o transcripciones escritas (Art 69 (2), Normas 67, 68). Las partes pueden (¡de una forma adversarial!) estar de acuerdo sobre ciertos hechos, pero (¡y en ello ha influido el Derecho de tradición Civil!) semejante acuerdo no es obligatorio para la Sala, pues ésta puede, no obstante, considerar que el hecho no está aún demostrado y requerir oír más pruebas (Norma 69).[202] Existen también normas específicas en relación con las pruebas en los casos de violencia sexual (Normas 70-72).[203] El uso de tecnologías de audio o video, que se utilizan mucho en los Tribunales *Ad Hoc,* implica la aceptación de pruebas grabadas previamente y conlleva, de este modo, una desviación del principio de inmediación. Es por ello que el TPIY ha desarrollado criterios estrictos para el uso de tales tecnologías.: El testimonio debe ser considerablemente importante, el testigo debe estar renuente o incapacitado para asistir al Tribunal y debe reservarse el derecho del acusado al careo.[204] La utilización de transcripciones escritas es ciertamente más peligrosa, en virtud de que no sólo influye en el principio de inmediación, sino también en el de oralidad. Por tal motivo, hay que recibir con agrado el hecho de que la CPI haya elegido un enfoque más restrictivo que el TPIY al exigir que las partes tengan la posibilidad de examinar al testigo en cierto momento del juicio (Norma 68).[205] Este planteamiento toma en cuenta el Artículo 6 (3) (d) de la Corte Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, según la cual un derecho efectivo de defensa exige que el acusado tenga, al menos en cierto momento durante el juicio, la posibilidad de interrogar al testigo.[206]

202. Véase asimismo ORIE, *supra* n. 14, p. 1.487.

203. Véase *supra* n. 132.

204. Véase *Prosecutor vs. Tadic, supra* n. 170, par. 19; para el tercer criterio, ver *Prosecutor vs. Delalic et al.,* Decisión on the Motion to Allow Witnesses K, L and M to Give their Testimony by means of a Video-Link Conference, 28 May 1997 (IT-96-21-T), par. 15. Ver también VOHRAH, *supra* n. 24, pp. 534-535; crit. McDONALD, *supra* n. 24, p. 569.

205. Véase también GUARIGLIA, pp. 1.130-1.131.

206. *Cfr. Van Mechelen et al vs. Netherlands,* Judgement 23 April 1997, Reports 1997-III, par. 51; *Lüdi vs. S\vitzerland,* Judgement 15 June 1992, Series A-238, par. 49; *P.S. vs. Germany,* Judgement 20

Por otro lado, según la Norma 121 (10) de la CPI, el *Registry* mantendrá "un *registro* completo y preciso de todos los procedimientos ante la Sala de Cuestiones Preliminares" (ver también la Norma 131 (1)), en sentido que las pruebas presentadas a la Sala de Cuestiones Preliminares en la audiencia de confirmación (normas de revelación!) deben, en esencia, quedar documentadas.[207] Este registro será enviado a la Sala de Audiencias (Norma 130). Si bien las Normas dejan claramente abierta ("constructivamente ambigua") la cuestión de si la Sala inspeccionará o podrá inspeccionar el registro – la Norma 131 sólo se refiere al Fiscal, la defensa, los representantes estatales y las víctimas –,[208] su simple existencia (pese a que puede no ser tan completa como un *dossier* francés)[209] conlleva, desde la perspectiva del "Common Law", el riesgo de que la Sala de Audiencias confíe en él en vez de decidir sobre la base de las pruebas que recibe en el proceso actual.[210] La interpretación correcta depende evidentemente también de la función y el papel del Juez presidente durante el proceso. Si realmente quiere dirigirlo, tal como se lo permite el Articulo 64 (8) del Estatuto de la CPI, puede necesitar el conocimiento del registro para hacerlo eficazmente;[211] si deja la conducción del proceso a las partes de una forma adversarial, no necesita este

December 2001, No. 33900/96, par. 21. Ver *supra* n. 161. Para un análisis, AMBOS, *Europarechtliche Vorgaben für das deutsche Strafverfahren*, en *NStZ*, 2002, 628 y 2003, 14; versión en castellano publicado en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004 (Fundacion Konrad Adenauer) y también en este libro.

207. Para la práctica similar de los Tribunales *Ad Hoc*, ver, por ejemplo, *Prosecutor vs. Akayesu*, Decision by the Tribunal on its Request to the Prosecutor to Submit the Written Witness Statements, 28 January 1997 (ICTR-96-4-T): "...todas las declaraciones de ese tipo se aceptarán como pruebas y forman parte del registro".

208. Véase asimismo BITTI, *supra* n. 26, p. 278.

209. *Cfr.* ORIE, *supra* n. 14, p. 1.485; también sobre el expediente del TPIY pp. 1.470-1.471.

210. Para la "división entre el Derecho de tradición Civil y el "Common Law"" respecto de este tema, ver BRADY, *supra* n. 56, pp. 424-426; *id.*, *supra* n. 56 (ajuste), pp. 269-271; asimismo LEWIS, *Trial procedure*, en LEE, *supra* n. 24, pp. 539-553, p. 540; TOCHILOVSKY, *supra* n. 26, p. 634, con n. 26.

211. *Prosecutor vs. Dokmanovic*, Order of 28 November 1997, IT-95-13a-PT: "Examen de tales documentos por la Sala de Audiencias tiene principalmente el fin de fomentar una mayor comprensión de los problemas y una dirección más eficaz del proceso...".

conocimiento. En última instancia, como lo ha mostrado la práctica de los Tribunales *Ad Hoc*,[212] los Jueces bien pueden tomar la opción que mejor conocen de sus sistemas nacionales.[213] El límite está claramente asentado en el Artículo 74 (2) del Estatuto de la CPI, según el cual la sentencia debe basarse "únicamente en pruebas sometidas a consideración y analizadas...en el proceso". En tal sentido, el registro puede, tan sólo, puede desempeñar una función de respaldo, la que podrá, no obstante, ser siempre necesaria dadas las complejidades jurídicas y fácticas implicadas en los procesos de los crímenes de guerra.[214]

En suma, es justo decir que las normas de prueba adoptan, pese a los amplios poderes de la Sala de Audiencias, un enfoque mixto al combinar rasgos del Derecho de tradición Civil y del "Common Law". La aplicación práctica de estas normas dependerá, en última instancia, de la formación jurídica de los Jueces, a quienes se otorga la suficiente facultad discrecional para conducir los procesos de acuerdo con sus preferencias.[215]

## *4.3 Otros aspectos*

En ambos Tribunales la sentencia debe ir acompañada de una *opinión razonada* (Art. 23 (2) del Estatuto del TPIY, Norma 98 (C); Art. 74 (5) del Estatuto de la CPI), desconocida en los procesos del "Common Law", que se realizan con un jurado.[216]

212. Véanse los ejemplos de HARHOFF, *supra* n. 24, pp. 653-654.

213. En esa medida, incluso BRADY, *supra* n. 56 (ajuste), p. 272, y BITTI, *supra* n. 26, p. 279, están de acuerdo.

214. SAFFERLING, *supra* n. 7, p. 188.

215. Para la misma conclusión concerniente al registro de los procedimientos, véase *supra* n. 213; con relación al régimen de testigos y la búsqueda de la verdad, véase KREß, *supra* n. 14, pp. 353, 382 "estructura procesal abierta".

216. ROBINSON pasa esto por alto, *supra* n. 14, p. 575, si considera una opinión razonada por escrito como una característica de ambos sistemas.

¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o mixto?

En cuanto al procedimiento de *apelaciones,*[217] tanto el TPIY como la CPI permiten una apelación del Fiscal contra la absolución (Art. 25 (1) del Estatuto del TPIY; Art. 81 (1) (a) del Estatuto de la CPI). En los sistemas del "Common Law" no existe semejante derecho automático de apelación contra el fallo absolutorio,[218] pues, para la mayoría de los abogados del "Common Law", constituye un hecho profundamente inquietante, sino enteramente incivilizado, someter a un acusado a un proceso criminal por segunda vez por el mismo acto; ello constituye una violación de la norma contra el doble enjuiciamiento *(ne*[219] *bis in ídem).*[220] Si bien el generoso campo de acción del derecho de apelación se asemeja al Derecho de tradición Civil, el procedimiento de apelaciones se basa en el "Common Law", en virtud de que no permite un proceso *de novo,* sino solamente una revisión de la resolución relativa a cuestiones de hecho y jurídicas claramente identificadas y con oportunidades limitadas para nuevas pruebas.[221]

El *planteamiento de los dos actos o las dos etapas* del sistema adversarial con relación al pronunciamiento de un fallo (veredicto de culpabilidad) y de la sen-

217. Para un análisis detallado del régimen de la CPI, ver BRADY, *The Rules of Procedure and Evidence on the Appeal,* en FISCHER, KREß y LÜDER, *supra* n. 14, pp. 235-259; ROTH y HENZELIN. *The appeal procedure of the ICC* en CASSESE *et al.,* (eds.), *supra n.* 14, pp. 1.535-1.558.

218. George C. THOMAS III, *Double Jeopardy,* 1998, pp. 216 y ss; STUCKENBERG, *Double Jeopardy,* 2001, pp. 13 y ss. ORIE, *supra* n. 14, p. 1.455; OBOTE-ODORA, *supra* n. 24, p. 335.

219. "Ne", no *"non"* de acuerdo con la regla gramatical que rige las órdenes prohibitivas; por ejemplo, *ne dubitaveris* (no vaciles). Véase BAYER-LINDHAMMER, *Lateinische Grammatik,* 2ª ed., 1990, p. 200; <www.facstaff.bucknell.edu/gretaham/Teaching/latin102>.

220. *Cfr.* THOMAS III, *supra* n. 218, pp. 229 y ss.; STUCKENBERG, *supra* n. 218, pp. 15-16; BRADY y JENNINGS, *Appeal and revision,* en LEE, *supra* n. 4, 294-304, p. 297; ROTH y HENZELIN, *supra* n. 217, p. 1.543; CRETA, *supra* n. 74, pp. 411-412, quien exige que se modifique el Estatuto del TPIY y las Normas en este aspecto. Véase asimismo SAFFERLING, *supra* n. 7, pp. 332-333, quien sostiene que una apelación contra la absolución no está prohibida por los derechos humanos. Según BEHRENS, *supra* n. 125, p. 440, esta prohibición (del "Common Law") no se aplica a un proceso sin jurado (*cfr.* HATCHARD, HUBER y VOGLER, *supra* n. 19, p. 237).

221. ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.474, 1.490. En cuanto a la aceptación de pruebas adicionales, según la Norma 15 del TPIY se han desarrollado diferentes criterios en los precedentes, que, en cualquier caso, dejan una gran facultad discrecional a la Cámara de Apelaciones *(Prosecutor vs. Kupreskic, supra* n. 63, pars. 42 y ss. (76) con referencia al enfoque del Derecho de tradición Civil y el "Common Law" y los precedentes anteriores).

tencia,[222] fue originalmente propuesto en el TPIY, pero posteriormente ambos actos se fusionaron, nuevamente por razones de eficacia, merced a la Norma 87 (C). El Estatuto de la CPI deja la resolución en una audiencia separada de imposición de sentencia básicamente en manos de los Jueces (Art. 76 (2); Norma 143).[223]

En lo concerniente al *efecto vinculante* de las resoluciones de la Cámara de Apelaciones sobre las Salas de Audiencias – que en el "Common Law" se reconocen generalmente según la doctrina del precedente vinculante –, la Cámara de Apelaciones dispuso en *Aleksovski* que la *ratio decidendi* de su resolución es vinculante,[224] con lo que hizo suyo el enfoque del "Common Law". Es posible encontrar un planteamiento más flexible en el Artículo 21 (2) del Estatuto de la CPI, de acuerdo con el cual "la Corte *puede* aplicar principios y normas del Derecho, tal como éstos se han interpretado en sus resoluciones anteriores",[225] en sentido que la Corte no está obligada a seguir las resoluciones mencionadas, sino que tiene, al respecto, una amplia facultad discrecional para hacerlo o no.[226]

La posibilidad de sancionar a los abogados de la defensa mediante procedimientos de *desacato* (Norma 77 del TPIY, Art. 70 y 71 del Estatuto de la CPI) es un mecanismo tradicional del "Common Law" que es más bien ajeno al Derecho de tradición Civil.[227] Según la Cámara de Apelaciones, el poder de sancionar el desacato es una "competencia inherente del Tribunal" y su propósito es garantizar

222. Para un mayor detalle véase SAFFERLING, supra n 7, pp. 269 y ss., p. 372 argumentando de modo convincente, desde una perspectiva de derechos humanos, enfavor de esta separación.

223. *Cfr.* ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.454, 1.473, 1.489-1.490.

224. *Prosecutor vs. Aleksovski, supra* n. 123 (Judgement), par. 113; coincide *Prosecutor vs. Brdjanin & Talic,* Decision on Application by Momir Talic for the Disqualification and Withdrawai of a Judge, 18 MAY 2000 (IT-99-36-PT), par. 6. Para un análisis detallado, véase HARRIS, *Precedent in the practice oft he ICTT* en MAY *et al.,* (eds.), *supra* n. 28, pp. 341-356.

225. Cursivas del autor.

226. *Cfr.* McAULIFFE DE GUZMAN, en TRIFFTERER, *supra* n. 125, Art. 21-22, mn.

227. Ver en general OOSTHUIZEN, *Of misconduct, contempt, false testimony, rule mutations...*, en MAY *et al.* (eds.), *supra* n. 28, pp. 387-402; KAY y SWART, *supra* n. 46, pp. 1.432 y ss., sobre los delitos específicos, véase TERRIER, *supra* n. 24, pp. 1.309 y ss.

que no se frustre el ejercicio de la jurisdicción y queden salvaguardadas sus funciones jurisdiccionales fundamentales.[228] La adopción de reglas para perseguir faltas de dasacato cae dentro de los "otros asuntos relativos al caso" en el sentido del Art. 15 del Estatuto del TPIY.[229]

## 5. Conclusiones

En el plano de los procedimientos penales internacionales, la tradicional división entre Derecho de tradición civil y "Common Law" ha sido superada. A pesar de que es posible rastrear el origen de tradición civil o "Common Law" respecto de la mayoría de las normas, éstas se han vuelto *sui generis* y únicas en su aplicación ante los tribunales de Derecho Penal Internacional.[230] De modo que no es importante si una norma es adversarial o "inquisitiva", sino si ayuda "al tribunal a llevar a cabo sus tareas...."[231] y si obedece a un estándar básico de juicio justo.[232] Dada la extendida crítica a este respecto,[233] es necesario recordar que la Corte europea de derechos humanos ha reconocido que el procedimiento ante el TPIY ofrece todas

228. *Prosecutor vs. Tadic*, Judgement on Allegations of Contempt against prior Counsel, Milán Yujin, 31 January 2000 (IT-94-1-A-R77), pars. 17-19; coincide *Prosecutor vs. B. Simic, M. Simic, Tadic, Todorovic & Zaric*, Judgement in the Matter of contempt Allegations against an Accused and his Counsel, 30 June 2000 (IT-95-9-PT), par. 91.

229. *Prosecutor v. Tadic*, Appeals Judgement of Allegations of Contempt against Prior Counsel, Milan Vujin, 27 February 2001 (IT-94-1-A-AR77), consideration 12; crit. BOHLANDER, *supra* n. 28, III. y con mayor detalle en 12 CLF, 91-111 (2001).

230. *Prosecutor v. Delalic et al.*, *supra* n. 27, para. 15: "Una norma puede tener un origen de tradición civil o de 'Common Law', pero el resultado final puede ser una amalgama de ambos..., llegando a ser *sui generis*." Conc. ROBINSON, *supra* n. 14, p. 580; también DEFRANCIA, *supra* n. 75, pp. 1.390, 1.436.

231. DIXON, *supra* n. 24, p. 98.

232. *Cfr.* también MAY/WIERDA, *supra* n. 5, pp. 753 y ss, 764. De forma similar ROBINSON, *supra* n. 14, p. 569 y *passim*: trato justo como un "requisito global." Así también la aproximación desde una perspectiva de los derechos humanos de SAFFERING, *supra* n. 7, pp. 2, 20-1 y *passim*.

233. Véase por ejemplo DEFRANCIA, *supra* n. 75, p. 1.401 ("prioridad...para una protección del debdo proceso") y *passim*; KATZ, *supra* n. 240, pp. 116 y ss., argumentando a favor de estándares más estrictos de un proceso justo.

las garantías necesarias para un debido proceso, incluyendo la de la imparcialidad e independencia del tribunal.[234] Aunque es cierto que existen "problemas sustanciales de coherencia y garantía legal" en los procedimientos penales internacionales, "ya que cada sistema (Derecho de tradición civil y "Common Law") representa un equilibrio cuidadosamente estructurado entre los derechos de las partes del proceso",[235] no constituye ninguna solución a estos problemas el establecimiento Salas de Derecho de tradición civil y de "Common Law", como fue propuesto recientemente por algunos colegas del "Common Law".[236] Esto profundizaría las diferencias entre los dos sistemas en vez de utilizar la posibilidad de desarrollar un verdadero procedimiento penal internacional mixto que merezca ser llamado *sui generis*.[237]

En vez de evaluar si un sistema es más conveniente que el otro para su aplicación a los procedimientos penales internacionales, se debiera distinguir entre la *fase de antejuicio y la de juicio en los procedimientos*, siguiendo una aproximación orientada hacia el resultado.[238] En ese sentido, la aproximación desde el Derecho de tradición civil parece ser más apropiado en relación a la *igualdad de armas* entre la Fiscalía y la defensa. La experiencia de los tribunales *Ad-Hoc* demuestran que la defensa – sin considerar la circunstancia que entra al caso en una etapa (de antejuicio) muy tardía – nunca tiene iguales, ni similares, posibilidades que la Fiscalía para preparar la causa.[239] Eso se debe en parte a la falta de recursos huma-

234. *Naletilic v. Croacia*, Decision of 4 may 2000, complaint 51891/99, 1.b) = 21 HRLJ 450 (2000) = EuGRZ 2002, p. 143. Véase sobre esa decisión y en relación entre tribunales penales internacionales y la Corte europea de derechos humanos CAFLISCH, 25 HRLJ 1, pp. 9 y ss. (2002).

235. Cfr. HARHOFF, *supra* n. 24, p. 650; de manera similar ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.453, pp. 1.494-95 observando, *inter alia*, que las normas de prueba "están íntimamente vinculadas al sistema procesal en el que funcionan."

236. Crit. BITTI, *supra* n. 26, p. 288.

237. Véase *supra* n. 27.

238. *Cfr.* DAMASKA, *supra* n. 8, p. 5. El fundamento de esta aproximación es observar los resultados en vez de la terminología o ideología. Véase la discución en torno a lo inquisitivo/adversarial al comienzo de este trabajo.

239. *Cfr.* WLADIMIROFF, *supra* n. 24, pp. 4-5, 7; id., en *McDONALD/SWAAK-GOLDMAN*, *supra* n. 24, pp. 415-450, pp. 439 y ss., p. 442 (2000); KAY/SWART, *supra* n. 46, pp. 1.424 y ss.

nos, lo que hace imposible enviar a personas a la lugares de los crímenes para realmente "investigar" el caso; mayor importancia tiene, sin embargo, la dependencia respecto de la cooperación estatal en la reunión de pruebas. Mientras resulta difícil para la Fiscalía entrar al territorio de un Estado en particular con fines investigativos, esto resulta generalmente imposible del todo para la defensa, si el Estado se niega a cooperar. Hay varias causas en que a abogados de la defensa les fue denegado el permiso de ingreso a la República de Bosnia-Herzegóvina o de Ruanda.[240] En un caso como el de *Milosevic*, en el que la Fiscalía depende fuertemente de información de inteligencia, alguién creería seriamente que la CIA u otro servicio secreto coopararía voluntariamente con abogados privados de la defensa? De este modo, la única posibilidad de la defensa para obtener la información necesaria para la preparación de su caso, es que la Fiscalía investigue en ambas direcciones y revele su información a la defensa. De hecho esa es la razón para la estrictas obligaciones de revelación impuestas a la Fiscalía.[241] Se podrá argumentar que, desde una perspectiva conceptual, un Fiscal imparcial, como está previsto en el sistema de tradición civil, garantiza al menos una cierta protección para el acusado, y podrá, si está dispuesto a hacerlo, asegurar que los derechos del acusado sean respetados. Este punto fue destacado durante las negociaciones del Comité Preparatorio antes de la Conferencia de Roma.[242]

Observando los procedimientos como un todo y el *juicio* en particular, un rol más activo – para usar las palabras del Grupo de Expertos – o "intervencionista" de parte los jueces pareciera asegurar una administración más eficiente del juicio

240. *Véase* HARHOFF, *supra* n. 24, p. 656; KAY/SWART, *supra* n. 46, p. 1.424. Para una discución general respecto de las limitaciones de la defensa con referencias sobre el Derecho de precedentes del TPIY *véase* KATZ, *International Criminal Courts and Fair Trials: Difficulties and Prospect*, 27 Yale Journal of International Law (2002), 111-140, pp. 121 y ss.

241. En *Prosecutor v. Krajisnik & Plavsic*, *supra* n. 71, la Sala invocó el principio de la igualdad de armas en favor de la revelación. Para una discución general *véase Prosecutor v. Tadic*, Judgement, 15 July 1999 (IT-94-1-A), para. 43 y ss. Para un argumento similar *véase Prosecutor v. Brdjanin & Talic*, *supra* n. 81, para. 10

242. *Cfr.* GUARIGLIA, *supra* n. 26, p. 234.

y de ese modo contribuir a acortar los procesos. Aunque el Reporte del Grupo de Expertos no sugirió explícitamente "que las mejoras en la administración de los casos no se pueden hacer en un sistema 'Common Law' adversarial",[243] sus análisis y recomendaciones[244] claramente argumentan en favor de un procedimiento liderado por jueces en el sentido del Derecho de tradición civil.[245] De hecho no se puede negar que el juicio dirigido y administrado por un juez experimentado puede evitar demoras producidas por la libre e incontrolada interacció entre las partes. Lo mismo vale para la fase de antejuicio coordinada por el juez del antejuicio (Norma 65 del TPIY).[246] Por otra parte, acuerdos entre la Fiscalía y la defensa alcanzados bajo la supervisión de un juez no debieran ser rechazados *a limine* por los abogados del Derecho de tradición civil, ya que son un importante elemento para acortar los procedimientos.[247]

No debe olvidarse, no obstante, que las normas de procedimiento solamente proveen un marco general, su funcionamiento fluido depende en definitiva de los protagonistas procesales, especialmente de los jueces.[248] Un procedimiento realmente mixto, *sui generis*, requiere Fiscales, abogados de la defensa y jueces que tengan conocimientos tanto del sistema de tradición civil como del "Common Law" y sean capaces de mirar más allá de sus propios sistemas legales.[249] Aunque las normas procesales existentes dejan suficiente espacio para que los juristas de

243. Expert Group Report, *supra* n. 29, para. 77.

244. *Ibid.*, para. 75-7 y recomendaciones 7 a 9.

245. Incluso abogados del "Common Law" reconocen esto, véase por ejemplo McDONALD, *supra* n 24, p. 616 argumentando en favor de un rol más activo de los jueces a fin de hacer los juicios más expeditos.

246. *Véase* ya más arriba n. 62 y texto.

247. *Véase* ya *Prosecutor v. Erdemovic*, *supra* n. 98 (opinión separada conjunta de McDONALD/VOHRAH), para. 2: "La institución del 'Common Law' de la confesión de culpabilidad debiera...encontrar un espacio receptivo".

248. De modo similar ORIE, *supra* n. 14, pp. 1.493, 1.494.

249. *Véase* también HARHOFF, *supra* n. 24, p. 654.

ambos sistemas puedan conducir los procesos de acuerdo a su propio derecho nacional, la práctica ante los tribunales *Ad-Hoc*, especialmente el TPIY, demuestran que los límites nacionales en cuanto a los procedimientos penales debieran verse superados con una creciente experiencia y práctica en el marco de un sistema de justicia penal internacional que se dirige hacia una convergencia armónica de ambos sistemas. En el futuro constiuirá un problema mucho mayor darle cabida a sistemas legales que no se basan en tradiciones occidentales, como por ejemplo el Derecho islámico.[250]

250. *Cfr.* AMANN, *supra* n. 15, p. 851 y ss. Ya hemos mencionado a China como un sistema *sui generis* en AMBOS, *supra* n. 20, p. 90.

## 3. Crime e Sociedade

# O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura

Fernando Salla

Sociólogo, pesquisador sênior do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo.

Marcos César Alvarez

Professor do departamento de Sociologia da Universidade de São Paulo e pesquisador sênior do Núcleo de Estudos da Violência da USP.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. A Convenção contra a tortura – 3. O Protocolo Facultativo – 4. A situação brasileira – 5. Prisões e penitenciárias – 6. Instituições Psiquiátricas – 7. Adolescentes em conflito com a lei – 8. Os mecanismos de fiscalização – 9. Execução Penal – 10. Juízes – 11. Ministério Público – 12. CNPCP – 13. DEPEN – 14. Conselho Penitenciário – 15. Conselho da Comunidade – 16. O papel das ONGs – 17. Divulgação dos resultados das inspeções – 18. Crianças e Adolescentes – 19. Instituições psiquiátricas – 20. Outros mecanismos: Conselhos de Direitos Humanos – 21. Corregedorias – 22. Ouvidorias – 23. A implementação do Protocolo Facultativo – 24. Referências.

**Resumo:** O texto apresenta informações básicas sobre o *Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas*

*Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, adotado pela Assembléia Geral da ONU. Analisa as condições de detenção existentes no Brasil e as graves violações dos Direitos Humanos que aí ocorrem. E faz um balanço dos mecanismos atualmente existentes de inspeção dos locais de detenção.

**Palavras-chave**: Tortura – Prisão – Lei de Execução Penal – Instituições psiquiátricas – Crianças e adolescentes.

# 1. Introdução

Este texto tem por objetivo apresentar informações básicas sobre o *Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*[1] que foi adotado pela Assembléia Geral da ONU, em 18.12.2002. Procura familiarizar o leitor com as propostas essenciais desse documento e ressaltar sua relevância para a proteção aos Direitos Humanos em geral e para a efetiva prevenção e combate à prática da tortura. O texto busca igualmente descrever as condições atuais dos locais de detenção existentes no Brasil, condições estas que justificam amplamente uma cuidadosa reflexão sobre a necessidade imediata do país ratificar o Protocolo Facultativo. A intenção dessa análise não é apenas apontar as graves violações dos Direitos Humanos que ocorrem nesses espaços de internação e que têm sido motivo de denúncias nos últimos vinte e cinco anos – como a presença da tortura, as precárias condições de habitabilidade, a dramática precariedade dos serviços de assistência aos internos, o abuso de autoridade e tantos outros aspectos – mas sobretudo enfatizar que tais violações sobrevivem apesar da modernização legal e institucional vivida pelo país nas últimas décadas, com a introdução de uma nova Constituição em 1988 e com a adoção de amplo conjunto de leis que em tese permitiria um consistente avanço na proteção e promoção aos Direitos Huma-

1. Daqui para frente mencionado apenas como Protocolo Facultativo.

nos. Dessa forma, apesar de existirem diversos mecanismos legais voltados para o monitoramento das condições dos espaços de detenção no país, o funcionamento desses mecanismos pode ser considerado aquém das reais necessidades de controle dos abusos e das violações, não sendo capaz de inibir a emergência regular dessas violações. Esse contexto confere assim grande importância ao debate sobre a necessidade de ratificação do Protocolo Facultativo pelo Estado brasileiro, uma vez que esse texto aditivo introduz inovações significativas ao voltar-se à *prevenção* das violações e ao basear-se na premissa da *colaboração* com os Estados-parte e não apenas da condenação pública pelos abusos cometidos.

O Protocolo Facultativo cria um Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes,[2] no âmbito da própria ONU, destinado a monitorar, através de visitas regulares, os locais de detenção dos Estados-parte. Ao mesmo tempo, propõe a criação de mecanismos de prevenção nacionais para os mesmos fins do Subcomitê. O Protocolo Facultativo permite diversos arranjos para a criação e funcionamento desses mecanismos internos. Deste modo, o presente texto procura contribuir para a reflexão em torno dessa questão, ao levar em consideração os instrumentos de visita e monitoramento já existentes no Brasil, e ao fazer um balanço, ainda que parcial, do funcionamento desses instrumentos.

## 2. A Convenção contra a tortura

A tortura continua a ser praticada em todo o mundo, apesar da existência de tratados internacionais, gerais ou regionais, que a interditam e não obstante a presença de legislação ordinária no interior dos países[3] voltada para o mesmo fim.

2. Daqui para frente mencionado apenas como Subcomitê.

3. Cabe destacar, no plano universal, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (de 16.12.1966), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (de 10.12.1984) e, no plano regional das Américas, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (09.12.1985). No caso do Brasil, além de ter ratificado a Convenção contra a Tortura em 28.09.1989, tipificou-a como crime com a Lei 9.455, de 07.04.1997.

Diversos intelectuais e pesquisadores têm manifestado crescente preocupação em relação à multiplicação de espaços de detenção não regulamentados nas sociedades contemporâneas, num contexto internacional de retração das políticas penais preventivas e de ascensão do assim chamado Estado Penal e de novas formas de controle social.[4] O filósofo Giorgio Agamben (2002), entre muitos outros, discute como no mundo contemporâneo multiplicam-se espaços onde os indivíduos detidos são integralmente despojados de seus direitos e prerrogativas – campos de refugiados para imigrantes clandestinos, zonas de trânsito nos aeroportos internacionais, campos de internação de combatentes, campos de segregação de grupos étnicos etc, – de tal modo que contra eles se pode praticamente cometer qualquer ato, tudo sendo verdadeiramente possível.

Não cabe aqui, entretanto, aprofundar as razões de ordem política ou social que têm sido responsáveis por essa sistemática presença da tortura na sociedade contemporânea, mas partir do pressuposto de que os mecanismos de prevenção e combate à tortura têm sido consideravelmente insuficientes.

O principal instrumento internacional voltado ao combate à tortura é a *Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*,[5] que tem suas raízes no contexto histórico da Guerra Fria e dos regimes autoritários na América Latina. Em meados dos anos 1970, um amplo movimento internacional buscou denunciar os horrores da tortura e dos tratamentos desumanos e degradantes presentes em vários países do hemisfério e ao mesmo tempo mobilizar esforços para a elaboração de um instrumento internacional destinado a combater tais práticas. O resultado desse movimento foi a adoção da Convenção contra a Tortura, em 10.12.1984, pela Assembléia Geral da ONU (que entrou efetivamente em vigor em 26.06.1987).[6]

4. Conferir, por exemplo, Loïc Wacquant (2001), Zygmunt Bauman (1999), David Garland (2001).

5. Daqui para frente denominada apenas como Convenção contra a Tortura.

6. A Convenção define, no seu art. 1.º, a tortura como "*qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira*

Apesar da Convenção contra a Tortura dispor de ampla competência para monitorar os Estados-parte no sentido de proibir, prevenir e punir a prática da tortura, esta continua a se fazer presente em diversos países e continua a requerer outros mecanismos que ajudem a combater essa grave violação.

## 3. O Protocolo Facultativo

O Protocolo Facultativo começou a ser pensado quase que simultaneamente ao processo de elaboração da Convenção contra a Tortura, ainda nos anos 1970. Sob a inspiração do que fazia o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, com suas visitas a prisioneiros de guerra, que ajudavam a prevenir a ocorrência de tortura, um grupo de organizações procurou criar um mecanismo internacional para a realização de visitas regulares aos locais de detenção. Em 1980, a proposta era de elaboração de um instrumento de caráter adicional à Convenção e como tal se buscou sob a fórmula de Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura (que ainda não estava aprovada). Essa proposta ganhou ainda maior impulso quando em 1987 foi criado o Comitê Europeu para a Prevenção contra a Tortura que, integrado por especialistas independentes, tinha a competência de visitar regularmente os locais de detenção dos Estados-parte da Convenção Européia para a Prevenção da Tortura e de Tratamentos ou Penas Desumanos ou Degradantes.

É comum o recurso à criação de protocolos adicionais a um tratado internacional.[7] A proposta formal de um Protocolo Facultativo foi apresentada pela

*pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam conseqüência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram*".

7. Somente a título de exemplo pode-se mencionar os protocolos que foram criados em relação ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos e à Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, entre outros.

Costa Rica à Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1991. Esta Comissão criou em março de 1992 um grupo de trabalho encarregado de elaborar uma minuta do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, já então em vigor. Foram dez anos de debates que polarizaram estados que apoiavam e estados que eram contra o Protocolo Facultativo. Como já se mencionou acima, seu texto foi aprovado pela Assembléia Geral da ONU em dezembro de 2002. O Protocolo Facultativo só pode ser ratificado pelos estados que já ratificaram a Convenção contra a Tortura.[8]

O objetivo do Protocolo Facultativo é estabelecer um sistema de visitas regulares aos locais de detenção, por meio de um órgão internacional e de órgãos nacionais independentes, para prevenir a ocorrência de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. De acordo com o Protocolo Facultativo, os locais de detenção, ali denominados 'centros de detenção', devem ser entendidos como qualquer lugar sob a jurisdição e controle de um estado onde "pessoas são ou podem ser privadas de sua liberdade, quer por força de ordem dada por autoridade pública, quer sob seu incitamento ou com sua permissão ou concordância" (art. 4.º, 1). E para assegurar maior clareza em relação aos termos utilizados, o Protocolo Facultativo, no inciso 2 desse mesmo art. 4.º, define privação de liberdade como "qualquer forma de detenção ou aprisionamento ou colocação de uma pessoa em estabelecimento público ou privado de vigilância, de onde, por força de ordem judicial, administrativa ou outra autoridade, ela não tem permissão para ausentar-se por sua própria vontade". Os locais ou 'centros' de detenção incluem, deste modo, além dos centros de detenção de fato, no sentido usado no Brasil, uma série de outros locais, como por exemplo, delegacias de polícia, locais de internação de adolescentes, penitenciárias, casas de custódia, centros de imigração, zonas de trânsito de aeroportos internacionais, instituições psiquiá-

8. Até meados do mês de abril de 2005, 139 estados haviam ratificado a Convenção contra a Tortura e 80 o Protocolo Facultativo (Albânia, Argentina, Croácia, Dinamarca, Libéria, Malta, México e Reino Unido). Ver o endereço: http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/9_b.htm.

tricas, locais de prisão administrativa etc. Inclui também locais privatizados ou em construção. O Protocolo Facultativo trabalha, portanto, com o pressuposto de que a tortura ocorre não apenas, mas principalmente nos locais de detenção.

O sistema de visitas proposto pelo Protocolo Facultativo envolve a criação de um novo órgão internacional, denominado oficialmente de Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. De acordo com o inciso 2 do art. 2.º do Protocolo Facultativo, o Subcomitê deverá ser guiado pelos princípios e propósitos da Carta das Nações Unidas bem como por todas as normas das Nações Unidas relativas ao tratamento das pessoas privadas de sua liberdade (como por exemplo, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Prisioneiros; o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, 'Regras de *Beijin*'; Princípios Básicos Relativos à Independência da Magistratura; Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos, Princípios Orientadores Relativos à Função dos Membros do Ministério Público, entre outros). O Subcomitê deverá trabalhar em regime de confidencialidade, o que significa que o resultado de suas visitas não se tornará público a menos que o Estado-parte permita sua divulgação, ou nos casos em que o Estado-parte não mais coopere com o Subcomitê. Com isso o que se pretende é ter um diálogo e cooperação deste com as autoridades.

O Subcomitê inicialmente será composto por dez membros, com experiência profissional no campo da administração da justiça criminal, que serão escolhidos dentre os indicados pelos Estados-parte. Depois da qüinquagésima ratificação aumentará para vinte e cinco. O Subcomitê será composto nos moldes de outros órgãos das Nações Unidas, ou seja, atendendo à distribuição geográfica, à representação de diferentes formas de civilização e sistemas jurídicos, assim como ao equilíbrio de gênero. Seu mandato será de quatro anos.

As principais atribuições do Subcomitê são: realizar visitas aos locais de detenção dos Estados-parte e apresentar recomendações para a proteção das

pessoas privadas de liberdade; manter contato com os mecanismos nacionais e assisti-los nas suas necessidades, ao oferecer a eles treinamento e assistência técnica para a realização de suas tarefas; e cooperar para a prevenção da tortura com os órgãos e mecanismos das Nações Unidas, assim como com as organizações e organismos internacionais ou regionais que trabalhem nessa área (art. 11).

Os Estados-parte deverão: franquear o acesso aos locais de detenção para as visitas do Subcomitê e fornecer todas as informações relevantes solicitadas por este; facilitar os contatos do Subcomitê com os mecanismos nacionais; possibilitar a realização de entrevistas privadamente com as pessoas em situação de detenção; e ainda examinar as recomendações que serão feitas e buscar a sua implementação. Os Estados-parte não devem interferir na escolha dos locais de detenção a serem visitados pelo Subcomitê.[9]

O Subcomitê deverá apresentar suas recomendações e observações ao Estado-parte de forma confidencial, sendo que o relatório do Subcomitê só poderá ser publicado se o Estado-parte tornar pública apenas uma fração dele podendo provocar alguma distorção ou má interpretação dos dados existentes no seu conjunto. E uma outra circunstância para a publicação do relatório do Subcomitê (cuja decisão cabe no entanto ao Comitê contra a Tortura) é quando o Estado-parte se negar a cooperar com a delegação do Subcomitê que realiza a visita.[10] Anualmente o Subcomitê deverá apresentar um relatório de suas atividades ao Comitê contra a Tortura.

Porém, o aspecto mais inovador e talvez o de maior relevância para uma eficiente prevenção da tortura é que ao Estado-parte cabe o estabelecimento, no

9. "Objeções a visitas a algum lugar de detenção em particular só poderão ser feitas com fundamentos urgentes e imperiosos ligados à defesa nacional, à segurança pública, ou a algum desastre natural ou séria desordem no lugar a ser visitado que temporariamente impeçam a realização da visita. A existência de uma declaração de estado de emergência não deverá ser invocada por um Estado-parte como razão para objetar a visita" (art. 14, 2).

10. Essa é considerada a única sanção disponível no Protocolo Facultativo para os Estados-parte que descumprirem suas obrigações (IIDH/APT, *op. cit.* P.115).

plano interno, de um ou mais órgãos de visita aos locais de detenção, conforme o art. 3 do Protocolo Facultativo. Esse mecanismo de prevenção interno é extremamente importante uma vez que poderá realizar o trabalho de monitoramento dos locais de detenção de forma mais ágil, próxima e constante, complementando os trabalhos do Subcomitê que provavelmente terá uma presença mais esporádica junto aos Estados-parte.

O Protocolo Facultativo não especifica como os Estados-parte deverão designar um ou mais órgãos de visitas, nem de que modo serão reconhecidos como mecanismos de prevenção nacionais. Podem ser criados novos órgãos e podem ser também mantidos e fortalecidos os já existentes. Existe uma grande flexibilidade para a escolha dos órgãos de visitas e sua designação como mecanismo nacional, podendo estar de acordo com as características políticas, sociais, culturais e de estrutura jurídica dos Estados-parte. E há também grande flexibilidade quanto à forma que irão assumir o mecanismo ou mecanismos de prevenção nacionais, podendo ter caráter geográfico ou temático. É, no entanto, "aconselhável ter um órgão de coordenação nacional para harmonizar o trabalho realizado pelos diversos mecanismos preventivos nacionais".[11]

De acordo com o art. 17 do Protocolo Facultativo, os Estados-parte, dentro do prazo de um ano depois de ratificado o instrumento, deverão 'manter, designar ou estabelecer' um ou mais mecanismos preventivos nacionais, independentes, para a prevenção da tortura no plano interno. Esse mesmo artigo permite que órgãos regionais sejam designados como mecanismos preventivos nacionais. São exemplos desses órgãos nacionais que em muitos países fazem as tarefas de visitas: comissões de direitos humanos, ouvidorias ou procuradorias de direitos humanos, comissões parlamentares, ONGs, e outras que combinem componentes de várias delas.[12] Se o Estado-parte resolver ao invés de apenas um órgão re-

11. IIDH/APT, *op. cit.* p. 87.

12. *Ibidem*, p.161.

conhecido como mecanismo preventivo nacional ter mais de um, em função de suas características geográficas ou em função de critérios temáticos, é recomendável que um deles seja reconhecido como coordenador nacional para harmonizar o trabalho realizado pelos demais.

Aos Estados-parte cabe assegurar que esses mecanismos tenham independência funcional, que o pessoal que os integra tenha habilidades e conhecimentos profissionais para o cumprimento de seu mandato, e que tais mecanismos disponham dos recursos necessários para o seu funcionamento. A composição desses mecanismos deve atender a um equilíbrio de gênero e com representação de grupos étnicos e minorias do país. A proposta presente no Protocolo Facultativo é a de que os mecanismos nacionais estejam livres da interferência do Estado.

Os mecanismos preventivos nacionais terão pelo menos três competências básicas: examinar regularmente o tratamento de pessoas privadas de liberdade nos locais de detenção; fazer recomendações às autoridades para melhorar o tratamento e as condições das pessoas privadas de liberdade, com base nas principais normas das Nações Unidas; e submeter propostas e observações sobre a legislação existente ou em projeto. As duas primeiras tarefas são praticamente semelhantes à do Subcomitê e a terceira diz respeito a um papel mais ativo na formulação das normas jurídicas internas voltadas para a proteção das pessoas privadas de liberdade.

Para que os mecanismos preventivos nacionais cumpram o seu mandato, o artigo 20 do Protocolo Facultativo prevê que os Estados-parte devem garantir: acesso a todas as informações sobre a população privada de liberdade, bem como sobre o número e localização dos centros de detenção; acesso às informações sobre o tratamento das pessoas mantidas nos locais de detenção e as condições que estes locais apresentam; acesso aos locais de detenção, seus equipamentos e instalações; possibilidade de entrevistar-se reservadamente com as pessoas privadas de liberdade, sem testemunhas; liberdade de escolha dos locais a serem visitados e das pessoas a serem entrevistadas; e direito de manter contato com o Subcomitê inclusive com o fornecimento de informações.

As autoridades competentes deverão examinar as recomendações feitas pelo mecanismo preventivo nacional e manter um diálogo em torno das possíveis medidas de implementação. E ainda os Estados-parte se comprometem pelo Protocolo Facultativo a publicar e difundir os relatórios anuais do mecanismo preventivo nacional.

O Protocolo Facultativo prevê a criação de Fundo Especial no âmbito da Nações Unidas "para ajudar a financiar a implementação das recomendações feitas pelo Subcomitê após a visita a um Estado-parte, bem como programas educacionais dos mecanismos preventivos nacionais" (art. 26). Esse Fundo deverá ser formado e mantido com contribuições voluntárias de governos, organizações intergovernamentais, organizações não-governamentais e outras entidades públicas ou privadas.

No sentido de garantir o máximo de abrangência para a aplicação do Protocolo Facultativo, o art. 29 determina que as suas disposições devem alcançar todos os espaços dos estados, sem qualquer limitação ou exceção. E o art. 30 é explícito ao afirmar que "Não será admitida qualquer reserva ao presente Protocolo", situação que é prevista em alguns instrumentos internacionais quando os estados podem acolher o instrumento mas não acatar determinados dispositivos. Esse não é o caso do Protocolo Facultativo, o que é considerado um avanço importante para o comprometimento e engajamento dos Estados-parte na prevenção à tortura.

## 4. A situação brasileira

No Brasil, a tortura continua a ser praticada nos locais onde as pessoas são mantidas em privação de liberdade.[13] É difícil a composição de um esboço da situação em que se encontram os locais de detenção face à sempre apontada mas nunca superada precariedade de dados no país para os mais diversos campos de atividade da justiça criminal e do sistema de segurança pública. Tendo por base a

13. No curto período em que existiu (outubro de 2001 e fevereiro de 2004), o SOS Tortura recebeu 25.698 denúncias, sendo 90% delas contra agentes do estado. *O Globo*, 15.03.2005.

definição dada pelo Protocolo Facultativo de 'centros de detenção', apresentada acima, as instituições policiais, as penitenciárias, as instituições para jovens em conflito com a lei, as de saúde mental, especialmente as instituições de internação, representam o foco principal de atenção nesta reflexão. No entanto, não se dispõe de sistemas de informações para essas áreas que sejam suficientemente refinados para oferecer um panorama geral sobre o país e sobretudo para permitir uma acurada caracterização da ocorrência da prática da tortura nos diferentes locais de detenção.

Em boa parte isso se deve à estrutura federativa do país. Aos estados compete a capacidade de organizar muitos dos serviços de interesse aqui para esse trabalho, como o aparato policial, civil e militar, o sistema penitenciário, as instituições para crianças e adolescentes etc. Isso significa que importantes locais de detenção, como delegacias, cadeias públicas, presídios e penitenciárias, instituições para internação de adolescentes em conflito com a lei são de responsabilidade dos governos estaduais. Embora já tenha se iniciado o processo, ainda não dispõe o país de unidades penitenciárias diretamente administradas pelo governo federal.

Essa complexidade política e administrativa é em parte responsável pelas deficiências de geração e disseminação de informações sobre esses serviços e mesmo pela intransparência que os locais de detenção apresentam. O governo federal, por sua vez, não conseguiu avanços consideráveis para a montagem de sistemas integrados de informações. Levando em consideração essas deficiências históricas, procura-se aqui esboçar a situação em que se encontram os locais de detenção no país, tendo presente essa diversidade administrativa, política e regional, e na próxima seção será feito um balanço dos órgãos encarregados de monitorar esses locais.

Em relação aos padrões previstos nos instrumentos internacionais e na legislação brasileira, as lacunas nas prisões, nas instituições de internação para adolescentes em conflito com a lei, nas instituições psiquiátricas são históricas e

têm se agravado consideravelmente à medida que se aceleram especialmente as taxas ascendentes de encarceramento ou internação, principalmente nos dois primeiros tipos. Assim, a falta de vagas é comum e agrava a superlotação e os déficits na acomodação e higiene. Cronicamente insatisfatórios são os serviços de assistência judiciária, assistência à saúde, assistência social. Programas de educação e qualificação profissional são insuficientes. Oportunidades de trabalho para os internos são completamente insatisfatórias. Há enormes dificuldades na seleção e qualificação do pessoal para o trabalho com os internos. Os salários e as condições de trabalho estão muito abaixo do desejável para um bom desempenho das equipes de custodiadores. Evidentemente, pode-se ponderar que num país com as dimensões do Brasil essas características apareçam mais acentuadas em alguns lugares e mais suavizadas em outros, mas não há dúvida que é predominante o quadro de insuficiências e de lacunas.

## 5. Prisões e penitenciárias

A população nas prisões e penitenciárias do Brasil em dezembro de 2003 era de 308.304 indivíduos. Somente o Estado de São Paulo, mesmo tendo 22% da população do país, mantinha cerca de 40% de toda a população encarcerada nos últimos anos.[14] A população encarcerada vem crescendo de forma acelerada nos últimos quinze anos. Em maio de 1993, a taxa de encarceramento no Brasil estava em 83,2 presos por 100 mil habitantes. Em dezembro de 2000, atinge 134,9 e em 2003, 181,5. Há um déficit crônico de vagas que acompanha esse crescimento. Segundo o Ministério da Justiça, em 2003, esse déficit era da ordem de 128.815 vagas.[15]

No caso do sistema prisional, todas as deficiências apontadas acima estão na base de uma forte escalada de violência que se apresenta nas prisões brasileiras

14. Ministério da Justiça/Depen.

15. *Folha de S. Paulo*, 10.07.2004, p. C1.

e que se revela pelo número de rebeliões e principalmente pelas mortes de presos, provocadas na sua maior parte por outros presos. A falência múltipla de todas as esferas responsáveis pela administração e controle da execução penal favoreceu a presença do assim chamado crime organizado que se fortaleceu dentro dos espaços prisionais e passou a exercer um controle cada vez maior sobre a massa carcerária, impondo de fato limites ao poder constituído das próprias autoridades. A precariedade nos serviços prestados no interior dos estabelecimentos estimula a rede de solidariedade entre os presos e coloca muitos deles na dependência dos grupos ou facções criminosas bem organizados, que mobilizam recursos para o atendimento das necessidades de seus integrantes, como advogados, apoio à família (por exemplo, para o transporte dela até a prisão, remédios, assistência médica, empréstimos financeiros etc.). Tais facções criminosas, além disso, vêm atuando nas prisões de modo a controlar atividades ilegais como o tráfico de drogas, dentro e fora dos estabelecimentos, impondo 'contribuições' financeiras a presos e seus familiares, transferindo a responsabilidade de crimes cometidos para outros presos, impondo a tortura e a morte para os desafetos. Esses grupos organizados com freqüência usam as rebeliões como instrumento de desordem para acertos de contas, para matar lideranças rivais, para vingar mortes de companheiros em outras prisões e para repactuar as relações entre os grupos criminosos e por vezes entre eles e o *staff*. São exemplos impressionantes dessa situação: a megarrebelião em fevereiro de 2001, no Estado de São Paulo, quando uma facção criminosa conseguiu sublevar 29 unidades prisionais, provocando a morte de 19 presos; uma tentativa de fuga e conflito entre presos entre 29 e 31 de maio de 2004, na Casa de Custódia de Benfica, no Rio de Janeiro que provocou a morte de 30 presos; os conflitos no presídio conhecido como Urso Branco em Porto Velho, no Estado de Rondônia, que provocaram a morte de 27 presos em janeiro de 2002 e uma seqüência de 14 mortes em abril de 2004. O Ministério Público de Minas Gerais em agosto de 2003 denunciava 16 pessoas por torturas a dois presos, praticadas na cadeia pública da cidade de Coronel Fabriciano. Dez dos denunciados

eram presos, além de uma delegada e um carcereiro da Polícia Civil e quatro policiais militares. Os agentes públicos foram denunciados por não impedirem a prática da tortura. Essa denúncia revela um perfil cada vez mais presente nas prisões brasileiras em que, ao lado da tortura praticada diretamente pelos agentes públicos, há uma forte conivência com as práticas de tortura e agressões existentes entre os presos. A omissão ou conivência das autoridades responsáveis pelos locais de detenção diante da autonomia da gestão do cotidiano dos internos por eles próprios está na base do avanço dos grupos criminosos organizados nas prisões e de toda a escalada de violência nesses locais.

## 6. Instituições Psiquiátricas

Em 2000, havia cerca de 60 mil leitos psiquiátricos no país, 80% deles pertencente à rede privada que estabelece convênios com o SUS (Sistema Único de Saúde). Desse total, 20 mil leitos estavam ocupados por 'pacientes-moradores'.[16] Em 2004, o número geral de leitos em instituições hospitalares psiquiátricas havia declinado para 50 mil, segundo o relatório *Inspeção Nacional de Unidades Psiquiátricas em prol dos Direitos Humanos: uma amostra das unidades psiquiátricas brasileiras*, feito pelo Conselho Federal de Psicologia e Ordem dos Advogados do Brasil.

Em muitas instituições psiquiátricas no país, públicas ou privadas, os internos são mantidos em condições degradantes. Uma série de visitas realizadas pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados a instituições de alguns estados brasileiros mostrou que nelas o tratamento médico-psiquiátrico é quase que inexistente e os pacientes são submetidos a condições subumanas. Apesar de serem muitas vezes apenas instituições para tratamento psiquiátrico e

16. Essas informações são do Conselho Federal de Psicologia contidas no artigo "Uma Luta Histórica: pela transformação de uma assistência psiquiátrica perversa e desumana", publicado no Relatório *Direitos Humanos no Brasil 2002*, da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. (Também no site www.social.org.br)

não manicômios judiciários, aquelas instituições assumem as práticas e equipamentos prisionais (Comissão de Direitos Humanos, 2000). Em julho de 2004, o Conselho Federal de Psicologia e a Ordem dos Advogados do Brasil realizaram, em colaboração com diversas entidades pelos estados brasileiros, a Inspeção Nacional de Unidades Psiquiátricas em prol dos Direitos Humanos. Simultaneamente foram visitadas instituições públicas e privadas em 16 estados brasileiros e no Distrito Federal. O panorama da situação dos internos nessas instituições quase que se repete invariavelmente ao identificado anteriormente pela Caravana: abandono, ausência de tratamento médico adequado, inexistência de projeto terapêutico voltado para ressocialização dos internos, sujeira, falta de pessoal qualificado, maus tratos.

## 7. Adolescentes em conflito com a lei

Adolescentes com medida de internação, internação provisória e semiliberdade, em janeiro de 2004, eram no país 13.489.[17] Em menos de dois anos essa população de internados cresceu cerca de 30%, uma vez que em junho de 2002 eram 10.366. O déficit de vagas para atender àquelas medidas sócio-educativas foi calculado em 2.290 em janeiro de 2004.

Em relação às instituições voltadas para a internação de adolescentes em conflito com a lei, a situação pelos estados brasileiros, sobretudo Rio de Janeiro e São Paulo, é igualmente precária: ausência de programas educativos, imposição de uma dinâmica prisional aos internos, constantes casos de tortura e outras arbitrariedades praticadas pelos agentes públicos. Em setembro de 2004, no Educandário São Francisco, em Piraquara no Paraná, sete adolescentes infratores morreram em conflitos internos.[18] As autoridades reconheciam como causas da rebelião e mortes que a unidade estava superlotada, as instalações eram precárias e havia uso arbitrário da força por parte de alguns educadores.

17. Secretaria Especial de Direitos Humanos, http://www.presidencia.gov.br/sedh/

18. *Folha de S. Paulo*, 25.09.2004, p. C4.

Em São Paulo, 2005 vem sendo um ano de crise profunda na Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor – FEBEM. Em janeiro, dezenas de funcionários foram denunciados e presos por tortura a internos. Em fevereiro, o governo demitiu 1.751 funcionários da instituição por suspeita de agressões aos internos. Do início do ano até maio as principais unidades da Febem foram alvo de rebeliões, tentativas de fugas e novas denúncias de tortura praticadas na penitenciária de Tupi Paulista, no interior do estado, para onde haviam sido transferidos os internos com 18 anos ou mais.

## 8. Os mecanismos de fiscalização

Quando o governo brasileiro apresentou ao Comitê contra a Tortura o seu primeiro relatório sobre a situação da tortura no país, em 2000, eram raros os processos criminais em andamento sobre esse crime, levando-se em consideração que a lei que o tipificava havia entrado em vigor em abril de 1997 e que continuavam a ser intensas as denúncias de casos de tortura praticadas nas operações de rua, nos interrogatórios com os suspeitos nas delegacias, no período de custódia dos presos aguardando julgamento e também daqueles já condenados. Só em agosto de 2002, um tenente e um soldado da Polícia Militar foram condenados por prática de tortura a dois rapazes, num processo iniciado em janeiro de 2000. Foram as primeiras condenações no Estado de São Paulo desde a vigência da lei. Isso demonstra que a lei é ainda bem pouco acionada. Em São Paulo, existiam 120 inquéritos policiais e cerca de 20 processos, desde 1997.[19] No sul do Pará, região de intensos conflitos por terra e de muitas denúncias de execuções sumárias e torturas, em abril de 2005 pela primeira vez dois policiais civis foram condenados pelo crime de tortura praticado na delegacia de Xinguara contra um jovem de 15 anos que até hoje sofre de perturbações mentais decorrentes das agressões.

19. *Folha de S. Paulo*, 17.08.2002, p. C5.

Essa condenação ocorre seis anos depois dos acontecimentos e os réus recorreram da sentença, estão em liberdade e no exercício de suas funções policiais.

Deste modo, os mecanismos atualmente existentes voltados para a fiscalização dos locais de detenção têm sido insuficientes e incapazes de prevenir e conseqüentemente combater as práticas de tortura. Da mesma forma que é difícil compor um quadro nacional consistente sobre as condições dos locais de detenção, o mesmo pode-se dizer da quase que total inexistência de informações centralizadas sobre os diversos atores que são responsáveis, segundo a lei brasileira, pelo monitoramento dos locais de detenção, como, por exemplo, os Conselhos da Comunidade, os Conselhos Penitenciários, os conselhos da criança e do adolescente etc.

## 9. Execução Penal

De acordo com o art. 61 da Lei de Execução Penal (LEP 7.210/84), são órgãos da execução das penas: Juizes, Ministério Público, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Conselho Penitenciário, Departamentos Penitenciários, Conselho da Comunidade e Patronatos. À exceção deste último, aos demais cabe, além das competências específicas, a tarefa também de visitar os presídios. É necessário portanto fazer um balanço de como vêm atuando esses mecanismos estabelecidos na Lei de Execução Penal. De uma forma ou de outra, todos vêm cumprindo as suas obrigações legais. No entanto, interessa aqui verificar onde residem as lacunas nesse cumprimento, de modo a se pensar em como fazer para que possam de maneira mais completa contribuir para evitar a ocorrência de tortura.

## 10. Juízes

Ao juiz da execução penal, o art. 66, VII da LEP prevê a atribuição de "inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para

o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade". Cabe observar, em primeiro lugar, que os Tribunais de Justiça, por meio de seus órgãos especializados, em geral não proporcionam uma preparação específica, mediante cursos ou treinamentos, para essas tarefa de inspeção dos locais de internação e detenção e também para a prevenção e combate à tortura. Um conjunto de conhecimentos e habilidades diretamente voltados para a realização de visitas, aliado à alta qualidade dos conhecimentos jurídicos de que são portadores os juízes, poderia dar um excepcional refinamento às inspeções dos magistrados e contribuir ainda mais para a prevenção de irregularidades e principalmente de casos de tortura e maus tratamentos.

Uma segunda lacuna no funcionamento das inspeções dos juizes é a ausência efetiva de muitos deles dos locais de detenção e internação. Há juizes que visitam regularmente os estabelecimentos mas há muitos que simplesmente não inspecionam os locais sob sua responsabilidade e há também juizes que os visitam sem qualquer regularidade (a LEP, por exemplo, prevê a realização de visitas mensais). Quando as inspeções são feitas, inclusive com a regularidade prevista na lei, os principais problemas que podem ser apontados são os seguintes: as visitas podem ser meramente protocolares, nas quais o juiz conversa com os encarregados do estabelecimento e não chega sequer a ultrapassar os limites da área administrativa, não verificando a situação dos espaços, condições gerais de funcionamento e sem contato com a população internada; as visitas ao interior da unidade são rápidas e revestidas de uma série de precauções de segurança que impedem o acesso dos detidos e internados ao juiz para expor seus problemas ou apresentar queixas. O desconhecimento da situação real existente no interior de uma unidade prejudica a atribuição do juiz de fazer recomendações para os administradores ou tomar outras providências de sua responsabilidade. É ao juiz da execução que cabe a composição e instalação de outro órgão encarregado de inspecionar as prisões que é o Conselho da Comunidade.

## 11. Ministério Público

A mesma periodicidade nas visitas dos juizes (mensal) está prevista para os membros do Ministério Público (art. 68, parágrafo único da LEP), sendo necessário o registro, em livro próprio dessa visita. Pode-se dizer que em relação ao Ministério Público a situação seja a mesma dos juízes em praticamente todos os itens acima. As lacunas são praticamente as mesmas.

Juizes e representantes do Ministério Público, juntamente com os Conselhos da Comunidade (que serão comentados mais adiante), são os órgãos que deveriam estar mais próximos dos estabelecimentos prisionais pelas atribuições legais e também pela forma de sua composição institucional e distribuição territorial. Os demais órgãos encarregados de inspecionar as prisões – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), Conselho Penitenciário, Departamento Penitenciário Nacional – possuem cada qual uma estrutura administrativa centralizada e portanto um distanciamento automático da rede física dos estabelecimentos.

## 12. CNPCP

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) tem também a atribuição de visitar os locais de detenção, mas o inciso VIII do art. 64 não estabelece a periodicidade das inspeções. O CNPCP está sediado em Brasília e é integrado por treze membros dentre "professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social" (art. 63 da LEP). Tem atribuições de formulação de política criminal e penitenciária, mas também a de fiscalização dos estabelecimentos. Porém, essa tarefa é realizada de forma bastante limitada por várias razões: inexistência de uma agenda específica de visitas programadas pelo próprio CNPCP, dependendo muitas dessas visitas da iniciativa e do interesse dos conselheiros; elevado número de estabelecimentos

existentes no país em relação ao número de membros do CNPCP para tanto; insuficiência de recursos necessários para os deslocamentos. De acordo com Julita Lemgruber (2004) em 2003 apenas 36,4% dos estados brasileiros tiveram suas unidades prisionais monitoradas pelo CNPCP. Além desse percentual ser baixo, cabe mencionar que somente algumas unidades nesses estados foram objeto de visitas, o que restringe ainda mais o alcance do Conselho nessa tarefa de contribuir para a prevenção da tortura. O Conselho apenas dispõe da capacidade de propor às autoridades administrativas as medidas que julgar necessárias para a melhoria nas condições de execução da pena ou então de representar ao juiz da execução ou mesmo a autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo ou ainda representar a autoridade competente para a interdição no todo em parte de um estabelecimento penal.

## 13. DEPEN

A LEP prevê que o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), subordinado ao Ministério da Justiça, seja o órgão encarregado da execução da política penitenciária nacional tendo também, dentre outras atribuições, a função de "inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais" (art. 72, II). Os estados podem criar departamentos penitenciários locais (art. 73). O Departamento Penitenciário Nacional (Depen) tem também a atribuição de dar apoio administrativo e financeiro ao CNPCP. Porém, suas atribuições são muito mais de assessoramento aos estados. E principalmente de distribuição dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, criado pela Lei Complementar 79, de 07.01.1994, que cabe ao Depen gerir.

A maior parte dos estados e de suas unidades prisionais não recebe representantes desse órgão para inspeções. O referido levantamento da professora Julita Lemgruber (2004) encontrou a presença do Depen no monitoramento de unidades prisionais em 56,5% dos estados brasileiros. As inspeções que são rea-

lizadas também são motivadas por questões pontuais (questões relativas a obras, liberação de recursos federais para construção e reforma de estabelecimentos) e não são rotineiras e nem abrangem a maior parte dos estabelecimentos de um estado. Nesse sentido, as inspeções do Depen também não atendem a uma preocupação em prevenir a ocorrência de violações, ocorrendo em geral a *posteriori* dos eventos. Da mesma forma que o CNPCP, os quadros de pessoal do Depen são modestos para essa tarefa de inspecionar os estabelecimentos existentes no País.

## 14. Conselho Penitenciário

O Conselho Penitenciário é órgão formado no plano estadual. Os conselhos penitenciários têm, assim como o CNPCP, a possibilidade de inclusão de representantes da comunidade na sua composição, ao lado de "professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas" (art. 69, § 1.º, da LEP).

Os conselhos penitenciários são órgãos consultivos e fiscalizadores da execução da pena. Emitem pareceres sobre o livramento condicional, indulto e comutação de pena, e estão encarregados de supervisionar os patronatos. Pelo art. 70, II, da LEP também têm por incumbência a inspeção dos estabelecimentos penais, porém não é prevista a periodicidade em que ela se realizará.

A composição dos conselhos penitenciários é prevista de forma genérica na LEP e acaba seguindo arranjos diferentes nos estados. De qualquer forma, os conselhos penitenciários são centralizados e sediados nas capitais dos estados. O percentual de estados que dispõem de Conselhos Penitenciários monitorando as unidades prisionais é de 79,2%, segundo a pesquisa de Julita Lemgruber (2004). Esses conselhos, para realizarem as suas inspeções, enfrentam limitações variadas: não possuem uma agenda regular de visitas às prisões do estado, há falta de recursos materiais e financeiros próprios para tanto, nem sempre os membros dos conselhos têm interesse ou se dispõem a realizar essa tarefa. Não dispõem senão

do relatório anual enviado ao CNPCP como instrumento para a descrição de suas atividades. As visitas realizadas por esse órgão não se estendem a todas as unidades prisionais do estado e nem chegam também a ter uma regularidade no tempo. A presença de representantes da sociedade civil é muitas vezes meramente formal e não chega a influenciar ou direcionar a atuação dos Conselhos Penitenciários para uma rotina mais sistemática de visitas. Os conselhos só assumem essa atribuição legal de modo mais acentuado quando há na presidência ou entre os membros interesse mais direto nessas inspeções. É o caso do Conselho Penitenciário do Rio de Janeiro, um dos poucos no Brasil a divulgar dados sobre as suas atividades, no qual se pode verificar que uma nova composição motivou um acentuado crescimento das inspeções às unidades prisionais em relação aos anos anteriores (em 2004, haviam sido 38 visitas; em 2003 foram apenas 8; em 2002 não houve visitas; em 2001, 2; em 2000, 7 e em 1999 apenas 1 visita).[20]

## 15. Conselho da Comunidade

Para ter muito maior presença da comunidade na execução penal a LEP estabeleceu que em cada comarca deverá existir um Conselho da Comunidade (art. 80), criado e instalado pelos juizes da execução. No mínimo, será composto por três membros – um representante de associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil e um assistente social indicado pelo Conselho Regional de Assistentes Sociais. Não havendo essa representação na localidade, ficará a cargo do juiz da execução a escolha de outros representantes para o Conselho (art. 80). Este pode ter, portanto, uma composição que ultrapasse esses três membros.

O Conselho da Comunidade tem como atribuições principais visitar os estabelecimentos penais da comarca, entrevistar os presos, apresentar relatórios

20. Dados no endereço http://www.seap.rj.gov.br/conspenitenciario/estatistica/htm

mensais aos juizes da execução e ao Conselho Penitenciário e ainda "diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento" (art. 81, IV).

Mesmo com a possibilidade de vários arranjos para a composição desses conselhos, isso não significou um estímulo à sua criação. Vinte anos depois de criada a LEP, constatou-se que 47,8% dos estados brasileiros informavam que não tinham conselhos da comunidade monitorando as unidades prisionais (Lemgruber, 2004). Em novembro de 2004, o CNPCP apresentava o resultado de um levantamento nacional que havia feito sobre os patronatos e conselhos da comunidade. Como de praxe, vários estados nem sequer haviam mandado suas informações, o que prejudica enormemente a avaliação do quadro nacional sobre a existência e funcionamento dos conselhos. Os estados do Sul do país são os que possuem, segundo o levantamento, o maior número de conselhos da comunidade. Alguns estados brasileiros informaram não ter conselhos da comunidade (como por exemplo, Rio Grande do Norte, Amazonas, Alagoas), e outros indicaram ter de um a cinco conselhos, como é o caso da Bahia e do Pará.[21] Segundo a Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo, o estado tinha, em 2004, 97 Conselhos da Comunidade, o que correspondia a menos da metade das comarcas existentes (225).

O balanço que se pode fazer da atuação dos conselhos em todo o Brasil é de que em primeiro lugar não chegaram a ser constituídos em todas as comarcas como prevê a lei. Onde foram constituídos, apresentam situação díspar seja pela composição por vezes meramente formal, sem que seus integrantes tenham efetivamente tempo e interesse em atuar no conselho, seja pelo cumprimento parcial de suas obrigações estabelecidas na LEP. Como não há previsão legal de alocação de recursos financeiros ou materiais mínimos para o seu funcionamento,

21. Reunião comemorativa dos 80 anos de criação dos conselhos penitenciários: http://www.mj.gov.br/cnpcp

seus membros apresentam muitas vezes um envolvimento oscilante com as suas atividades. Tais conselhos, mesmo sendo um importantíssimo instrumento de acompanhamento da execução penal, no qual a sociedade civil está fortemente representada, não têm diretrizes claras de atuação, podendo existir conselhos que fazem visitas apenas para cumprimento da obrigação legal, assim como conselhos que têm um perfil mais preocupado com as violações de Direitos Humanos e de sua denúncia, assim como podem existir conselhos que se limitam a uma presença quase que exclusivamente assistencial nas prisões (como aliás prevê o inc. IV do art. 81 da LEP). Em geral, a orientação ou a ênfase numa ou noutra direção é dada pelo juiz da execução.

São extremamente modestas as preocupações, quer na magistratura, no Ministério Público, no CNPCP, ou nos conselhos penitenciários, em estimular e participar de um diálogo mais intenso com as organizações da sociedade civil para o envolvimento delas com os conselhos da comunidade. Da mesma forma que praticamente são inexistentes as iniciativas voltadas para a capacitação de organizações da sociedade civil e de seus membros para atuarem nos estabelecimentos penais. Em novembro de 2004, o CNPCP aprovou a Resolução n. 10 voltada para o estabelecimento de regras para a organização dos conselhos da comunidade. Essa Resolução complementava o disposto na Lei de Execução Penal, dando aos conselhos algumas novas atribuições. Embora seja uma iniciativa importante e que estimula a criação dos conselhos não se pode esperar que tenha um efeito maior na inércia em que se encontram centenas de comarcas no país.

Mas talvez o ponto mais difícil para uma atuação mais constante e eficaz dos conselhos da comunidade seja a resistência ainda existente em diferentes instituições do sistema de justiça e em seus níveis hierárquicos com relação ao papel das organizações da sociedade civil na execução penal e em particular em relação ao monitoramento dos locais de detenção. Ainda não se reconhece no Brasil, de forma sincera e profunda, que essas organizações possam e devam ter um papel de colaboração fundamental com aqueles me-

canismos constituídos legalmente para o acompanhamento da execução penal e que elas possam ter um papel de realização desse acompanhamento de forma independente e ao mesmo tempo cooperativo com as autoridades. Ainda persiste uma resistência grande ao reconhecimento da contribuição que a inspeção independente de uma organização da sociedade civil pode oferecer para reduzir as arbitrariedades, melhorar a oferta dos serviços, evitar que ocorram práticas de tortura e maus tratamentos.

## 16. O papel das ONGs

A vitalidade das organizações da sociedade civil pode fazer com que o monitoramento das condições prisionais ocorra independentemente da formação do Conselho da Comunidade, como é o caso da cidade do Recife no estado de Pernambuco. O Conselho da Comunidade foi formado envolvendo as organizações que já atuavam nas prisões, mas à semelhança do que ocorre em outros locais, o próprio juiz se inclui entre os membros do conselho e acaba retirando dele sua liberdade e subordinando as suas atividades ao que o magistrado considera necessário ser desenvolvido. Mesmo assim, pela ampla militância que as organizações da sociedade civil possuem, o monitoramento das prisões é feito tanto por meio do conselho como por atuação direta das organizações. Há casos em que o juiz dissolve o conselho para redirecionar a sua linha de atuação, dando-lhe, por exemplo uma ênfase mais assistencialista ou mais fiscalizadora.

Há no Brasil organizações da sociedade civil, como a Ação dos Cristãos para a Abolição da Tortura (ACAT), a Pastoral Carcerária, Grupo Tortura Nunca Mais que atuam diretamente nas prisões, realizando um trabalho independente de monitoramento das condições de encarceramento e por vezes apresentando denúncias públicas de casos de tortura. Apesar de integrar a Igreja Católica e conseqüentemente ter sua agenda própria de atividades religiosas junto aos presos, é especialmente importante o papel da Pastoral Carcerária nes-

se monitoramento, pois é uma das poucas entidades que possui uma atuação de âmbito nacional, e constitui-se num dos poucos canais de participação de membros da sociedade junto aos presídios. Embora tenha núcleos pulverizados por todo o país, a Pastoral tem níveis de organização regional, estadual e nacional que permitem uma troca de informações razoavelmente regular entre eles e mesmo a busca de diretrizes comuns de atuação. Essa presença e a estrutura que a organiza tornam a Pastoral Carcerária uma das poucas entidades credenciadas a fornecer um amplo panorama da situação das prisões no Brasil. A ACAT, por sua vez, embora tenha atuação territorialmente limitada também vem contribuindo para o combate à tortura realizando visitas aos locais de detenção com a presença de especialistas (especialmente médicos) que atestam a ocorrência dessa prática.

A Ordem dos Advogados do Brasil tem ampla presença no território nacional. Em diversos locais, são constituídas comissões de Direitos Humanos que atuam em diversas áreas, inclusive no monitoramento de locais de detenção. No entanto, esse monitoramento nem sempre é uma constante e varia muito de acordo com a composição dos membros da comissão. Seu peso político é considerável e muito ajudaria na prevenção à tortura se os escritórios da OAB se mantivessem mobilizados para monitorar os locais de detenção ou colaborassem com outras entidades nesse sentido.

Em geral, as ONGs que atuam na área de Direitos Humanos, mas principalmente aquelas que têm algum envolvimento com as prisões, não são muito numerosas no país e são marcadas por uma atuação local e pouca articulação com outras ONGs que atuam em outras cidades e estados. A escassez de recursos limita consideravelmente a atuação dessas organizações que também enfrentam as dificuldades para contar com quadros que tenham conhecimentos e habilidades para a realização de inspeções nos locais de detenção de acordo com padrões que permitam o estabelecimento de avaliações e comparações entre diferentes realidades no interior do país e em relação a outros países.

## 17. Divulgação dos resultados das inspeções

Todos os mecanismos de monitoramento dos locais de detenção, atualmente em funcionamento, padecem da ausência da prática de dar publicidade para as suas informações sobre as visitas. São em geral órgãos públicos, com incumbências legais, investigando locais públicos e mesmo assim os relatórios, as avaliações e recomendações são mantidas no interior das instituições, sem circularem sequer para os demais órgãos que têm as mesmas funções. Esse nível sigiloso das informações contribui para a produção do desconhecimento sobre a situação real dos locais de detenção e a conseqüente manutenção dos abusos de autoridade e violações de direitos humanos. São absolutamente louváveis iniciativas que procuram dar visibilidade aos seus relatórios de visitas como a da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados que publicou relatórios das Caravanas Nacionais de Direitos Humanos que estiveram em manicômios, instituições para adolescentes e prisões de vários estados brasileiros no início dos anos 2000, ou de organizações como a *Human Rights Watch*, Anistia Internacional e outras. Ao mesmo tempo, no entanto, é inaceitável a manutenção sob sigilo, sem publicização, de relatórios das inspeções realizadas pelo CNPCP, pelos conselhos penitenciários ou de qualquer outra instituição diretamente vinculada à execução da pena.

## 18. Crianças e Adolescentes

As diretrizes da política nacional de atendimento à criança e ao adolescente foram estabelecidas pela Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). No Estatuto encontram-se, também, as disposições sobre os adolescentes em conflito com a lei. Estes adolescentes podem receber medidas sócio-educativas que impliquem a permanência em estabelecimentos educacionais. Os estabelecimentos de internação privam a liberdade e podem ser entendidos como centros de detenção, de acordo com a linguagem utilizada pelo Protocolo

Facultativo. O ECA previa a criação de um conselho nacional da criança e do adolescente (efetivamente criado pela Lei 8.242, em 12.10.1991, como Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA) e de conselhos estaduais e municipais que devem buscar a integração dos diversos órgãos, governamentais e não-governamentais que atuam na área. Porém, os órgãos diretamente encarregados da fiscalização de todo tipo de entidades que abrigam crianças e adolescentes são: os juizes da Infância e Juventude, o Ministério Público e os Conselhos Tutelares.

Em relação a esses mecanismos que monitoram, portanto, as instituições voltadas para crianças e adolescentes em conflito com a lei, a situação é bastante parecida à descrita acima para os mecanismos da execução penal. O ECA estabeleceu a criação de pelo menos um Conselho Tutelar por município. Sua composição permite a participação de cidadãos e de representantes da sociedade civil organizada. Lei municipal deve regular o seu funcionamento bem como dispor os recursos necessários. Os Conselhos Tutelares, entre outras atribuições, em conjunto com o Ministério Público e com Judiciário, têm o poder para fiscalizar as entidades governamentais e não-governamentais de atendimento a crianças e adolescentes, inclusive aquelas destinadas à execução das medidas sócio-educativas (art. 95 do ECA). Essa atribuição seria de grande valor se houvesse efetivamente o conselho nas municipalidades. No entanto, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2001, 2.489 municípios, ou seja, 45% do total existente no Brasil, não tinham Conselhos Tutelares. Minas Gerais possuía um dos números mais elevados de municípios sem conselhos (523, que correspondia a 61% do total do estado). Outros estados também apresentavam percentuais elevados de seus municípios sem os conselhos, como é o caso de Tocantins (81%), Piauí (81%), Maranhão (72%).

Mesmo com a existência dos Conselhos Tutelares nos municípios, isso não significa que tenham as devidas condições para realizar e que tendo as condições realizem efetivamente o monitoramento dos locais de internação. Ao mesmo

tempo, especialmente no Estado de São Paulo, vem ocorrendo uma política deliberada das autoridades responsáveis em não permitir que organizações da sociedade civil tenham acesso às instituições de internação, mesmo por parte dos Conselhos Tutelares que legalmente têm essa atribuição. Política de fechamento e de intransparência que só favoreceu a ocorrência de mais casos de tortura aos inúmeros denunciados pelo próprio Ministério Público nos últimos anos.

Há no Brasil, atualmente um considerável número de organizações da sociedade civil voltadas para o atendimento da criança e do adolescente, mas são poucas as que se voltam especificamente para a tarefa de monitorar, visitar com regularidade as instituições de internação. Uma das mais importantes nesse sentido é a AMAR (Associação de Mães e Amigos da Criança e do Adolescente em Risco), de São Paulo, mas com ramificações no Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, e Piauí, que vem tendo uma presença constante nessas instituições em alguns estados, ao apresentar denúncias de irregularidades e ao ajudar a prevenir casos de tortura.

## 19. Instituições psiquiátricas

O Conselho Federal de Psicologia e a Ordem dos Advogados do Brasil, no seu já mencionado relatório sobre as unidades psiquiátricas (2004), indicavam a precariedade dos mecanismos de monitoramento das instituições públicas e privadas ao recomendar que o Ministério da Saúde criasse "mecanismos de efetivo controle e fiscalização das internações psiquiátricas abusivas e desnecessárias". Indicando ainda que sistemáticas violações são praticadas contra os internos nessas instituições, recomendava também que a Secretaria Especial de Direitos Humanos instalasse um "sistema de vigilância nos hospitais psiquiátricos com o objetivo de impedir os atos de violência sobre os internos". Porém, faziam uma recomendação específica para superar a insuficiência do atual mecanismo de monitoramento das unidades psiquiátricas que é o Sistema Institucional de Avaliação: PNASH/Psiquiatria – Programa Nacional de Avaliação do Sistema

Hospitalar/Psiquiatria,[22] que segundo aquelas entidades fazem visitas previsíveis aos estabelecimentos e não exercem um adequado sistema de monitoramento. Propunham "a adoção de um novo sistema de avaliação que tenha caráter permanente, regular, sistemático e que conte, obrigatoriamente, com a participação da sociedade civil através das suas organizações".

## 20. Outros mecanismos: Conselhos de Direitos Humanos

Em alguns estados existem Conselhos de Direitos Humanos que entre outros aspectos têm a atribuição de visitar os locais de detenção. É o caso do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (Condepe), de São Paulo, e do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (Ceddhc) da Paraíba. Em geral, esses conselhos, integrados por representantes da sociedade civil, são instrumentos importantes na formação e acompanhamento da agenda dos Direitos Humanos nos estados mas dispõem de poucos recursos para monitorar a situação dos locais de detenção em todo o território do estado. Nem sempre contam com conselheiros interessados e conhecedores da questão para essa tarefa.

No âmbito do poder legislativo federal e estadual, existem as comissões de Direitos Humanos que realizam papel importante nesse monitoramento mas apresentam altos e baixos no seu envolvimento com os locais de detenção em função da composição dos parlamentares e das relações entre o legislativo e o executivo.

## 21. Corregedorias

Na sua maior parte, os locais de detenção aqui tratados (as instituições psiquiátricas, instituições para adolescentes em conflito com a lei, as prisões e as

22. Esse programa foi instituído pela Portaria GM 251, de 31.01.2002, do Ministério da Saúde.

penitenciárias) não estão inseridos em estruturas administrativas (secretarias, fundações etc.) que disponham de mecanismos internos que apurem as ilegalidades e irregularidades. Desse modo, as práticas de tortura ou outras formas de maus tratamentos dificilmente podem ser combatidas. Levantamento realizado por Lemgruber (2004) indicava que em 2003 metade dos estados brasileiros não dispunham de corregedoria no interior de seus sistemas penitenciários. A inexistência desses órgãos ou a constituição de grupos *ad hoc* para realizar investigações, formados muitas vezes sem pessoal devidamente preparado, é um expressivo sinal de impunidade para com as práticas ilegais de toda ordem nos locais de detenção. Deve-se levar em consideração, ainda, que mesmo quando esses órgãos existem são consideráveis os obstáculos para a realização de suas tarefas, obstáculos estes que são impostos pela quase que total falta de uma agenda regular de visita aos locais de detenção, pela falta de apoio político, pela ausência de quadros qualificados para essa tarefa, pelo corporativismo, pela lentidão nas investigações, pela burocracia de procedimentos e pela ausência de instrumentos legais para dar mais eficácia às investigações e punições de policiais ou agentes penitenciários envolvidos com as práticas de tortura ou qualquer outra ilegalidade.

## 22. Ouvidorias

Um outro mecanismo importante para atuar na mesma direção, porém com mais independência do que as corregedorias são as ouvidorias. Vários governos estaduais criaram ouvidorias principalmente para os sistemas policiais, mas poucos para o sistema penitenciário. As ouvidorias recebem denúncias de ilegalidades praticadas pelos agentes públicos e as encaminham às corregedorias para a formalização de procedimentos de investigação. Embora tenham um papel importante no combate à prática da tortura esses órgãos em geral não são encarregados de fazer vistoria nos locais de detenção. Segundo Julita Lemgruber, 64% dos estados não dispunham de ouvidorias para o sistema penitenciário. Em rela-

ção a esses órgãos as dificuldades também não são poucas pois em geral eles não dispõem de autonomia administrativa, de recursos suficientes para a realização de suas tarefas, poder reconhecido para realizar investigações, e com freqüência são pressionados ou imobilizados por governos hostis a uma porta de recepção de denúncias de irregularidades e ilegalidades praticadas no interior do sistema.

## 23. A implementação do Protocolo Facultativo

Resumindo, no Brasil, a persistência de tortura e maus tratamentos em locais de detenção e o efeito limitado das inspeções realizadas pelos mecanismos atualmente existentes e legalmente constituídos, no sentido do combate e da prevenção da tortura, sugerem que a sociedade civil deve mobilizar todos os esforços possíveis para estimular que o governo brasileiro ratifique o mais rápido possível o Protocolo Facultativo.

Depois de mais de vinte anos sob a normalidade do regime democrático e com as insuperáveis violações de Direitos Humanos que continuam a ser praticadas, em particular a tortura, talvez seja necessário fazer avançar o debate em torno do sentido e do funcionamento da democracia no país, ao reconhecer a importância da questão da representação política formal da sociedade no legislativo e executivo mas indo além ao buscar alcançar uma dimensão mais capilar de como tornar transparentes, efetivamente democráticos, eficazmente monitorados os instrumentos que regulam a existência humana, aqui principalmente aqueles que envolvem a possibilidade de manutenção dos indivíduos sob privação de liberdade e também aqueles instrumentos encarregados de fiscalizá-los.

Sem essa dimensão mais aprofundada da democracia no Brasil, os locais de privação de liberdade tratados aqui neste texto continuarão a parecer campos onde o ordenamento jurídico é precário e as vidas de milhares de indivíduos no seu interior continuarão a ser, nas palavras de Giorgio Agamben (2002), vidas nuas, desvestidas do manto protetor da norma jurídica e, portanto, submetidas à violência arbitrária, ao sacrifício inútil, à tortura e à morte.

## 24. Referências

ANISTIA INTERNACIONAL (1999) *Brasil: aqui ninguém dorme sossegado. Violações dos direitos humanos contra detentos.* Porto Alegre/São Paulo, Anistia Internacional.

AGAMBEN, Giorgio (2002) *Homo Sacer – o poder soberano e a vida nua I.* Belo Horizonte: Ed. UFMG.

BAUMAN, Zygmunt. (1999) *Globalização*: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL (CEJIL) (2004) *Tortura no Brasil: implementação das recomendações do relator da ONU.* Rio de Janeiro: CEJIL.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS (2000) *I Caravana Nacional de Direitos Humanos: relatório – uma amostra da realidade manicomial brasileira.* Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS (2000a) *II Caravana Nacional de Direitos Humanos: relatório – uma amostra da realidade prisional brasileira.* Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS (2001) *IV Caravana Nacional de Direitos Humanos: uma amostra da situação dos adolescentes privados de liberdade nas Febems e congêneres.* Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU (2001) *Relatório sobre a Tortura no Brasil.* Genebra.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA & ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (2004) *Inspeção Nacional de Unidades Psiquiátricas em prol dos Direitos Humanos: uma amostra das unidades psiquiátricas brasileiras.*

GARLAND, David. (2001) *The Culture of Control*: crime and social order in contemporary society. Chicago: University of Chicago Press.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS & ASSOCIACIÓN PARA LA PREVENCION DE LA TORTURA (2004) *O Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes: uma manual para a prevenção*. San Jose: IIDH/APT.

LEMGRUBER, Julita (coord.) (2004) *Arquitetura Institucional do SUSP/Sistema Penitenciário*. Firjan/Pnud, não publicado.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (2000) *Primeiro Relatório Relativo à Implementaçaõ da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes no Brasil.* Brasília.

REDE SOCIAL DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS & GLOBAL EXCHANGE (2002) *Direitos Humanos no Brasil 2002*. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos.

WACQUANT, Loïc (2001) *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

# A violência e a criminalidade na sala de estar*

Tadeu Antônio Dix Silva

Professor de Direito Penal e Processo Penal
na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Mestre em Direito Penal pela Universidade Metodista de Piracicaba.
Doutorando em História Social Contemporânea na Universidade de São Paulo.
Colaborador permanente da Revista Brasileira de Ciências Criminais;
membro fundador do Centro de Estudos e Pesquisas
por um Sistema Democrático de Governança Global. Brasília.

Alexandre Dantas

Professor de Sociologia Jurídica e de Política
na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Mestre e Doutorando em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista.

Maria Clara Veronesi de Toledo

Engenheira Química pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa Interdisciplinar da Violência
da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e do Núcleo de Pesquisa
e Estudo em Biodireito e Bioética da Universidade de Alfenas. Atualmente
é bacharelanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O processo globalizador: 2.1 Paradigmas da globalização: 2.1.1 Primeiro paradigma; 2.1.2 Segundo paradigma; 2.1.3 Terceiro paradigma; 2.1.4 Quarto paradigma; 2.1.5 Quinto paradigma – 3. A questão da exclusão social – 4. A dramatização da violência: 4.1 A proeminência da televisão – 5. Violência = Criminalidade. Um consenso fabricado – 6. A cultura e o discurso do medo – 7. Análise e pesquisa sobre violência e criminalidade na televisão: 7.1 Resultados principais da pesquisa realizada nas escolas; 7.2 Análise de conteúdo e

* Presente trabalho foi realizado com apoio do Fundo de Incentivo à Pesquisa (FIP) da PUC-MG.

estudo sobre a programação televisiva brasileira; 7.3 Resultados do primeiro estudo longitudinal sobre a violência exibida nas programações e o comportamento agressivo – 8. Delimitação conceitual de violência e criminalidade – 9. Considerações Finais.

**Resumo:** Para melhor compreensão do fenômeno da violência torna-se necessária a inserção contextual deste fenômeno no campo que mais diretamente o afeta, e que de certa maneira, fundamenta suas próprias origens e seu sentido teleológico: a globalização contemporânea. Importante ressaltar que a violência de que se cuida hoje, todavia, não é uma violência qualquer, que contrarie, em linhas gerais, o direito ou a justiça, mas de um fenômeno de comunicação, que passa de uma pessoa para outra, e a todos afeta. Trata-se da dramatização da violência, propagada pelos meios de comunicação de massa (principalmente pela mídia televisiva), que, ao exercerem tal função, cumprem papel essencial para a reprodução da equação violência = criminalidade.

**Palavras-Chave:** Criminalidade – Violência – Dramatização da violência – Televisão – Globalização – Exclusão social.

# 1. Introdução

Há uma preocupação corrente e dominante em relação à violência na sociedade brasileira na atualidade. Encontra-se sua discussão em quaisquer das várias camadas sociais, tornando-se a violência uma palavra chave, de uso corrente, de emprego cotidiano. Todos e cada um, em particular, vivem o clima da violência, onde "o temor, o medo, a ameaça tornaram-se ingredientes do dia-a-dia e ninguém se exclui da possibilidade de figurar como vítima ou autor da violência".[1]

Este cenário decorre, particularmente, da atuação dos meios de comunicação de massa, pois os mídia foram intensificando de tal maneira sua cobertura de fatos violentos – criminosos ou não –, e elaborando discursos sobre o "aumento da violência", até o ponto em que a criminalidade passou a ser sinônimo de violência.

1. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: RT, 2000, p. 490-491.

Embora consistam em duas acepções distintas e que apresentam nítidas características que as separam, na atualidade brasileira, a violência e a criminalidade estão correlacionadas de forma tão intensa, que se tem a impressão de que "os conceitos estão superpostos, balizando uma mesma área de significado".[2]

Para a melhor compreensão deste fenômeno, e para atingir o objetivo do trabalho, que é a construção de um conceito científico de violência, que permita distingui-lo da área de significado e abrangência da criminalidade, e como tal evento é hoje identificado nos programas e discursos propagados pela televisão brasileira, torna-se necessário realizar uma inserção contextual deste fenômeno no campo que mais diretamente o afeta, e que de certa maneira, fundamenta suas próprias origens e seu sentido teleológico: a globalização contemporânea.

## 2. O processo globalizador

A globalização que hoje vivenciamos, acontece ao mesmo tempo em que presenciamos uma transformação paradigmática – a do advento da sociedade informacional em substituição ao modelo societário industrial. O avanço tecnológico e científico é considerado uma das características desta nova sociedade e também uma das marcas da globalização.

Tal processo globalizador que ocorre em nossos dias, contudo, não pode ser compreendido como uma entidade surgida no final do século XX e de matiz eminentemente econômico, fruto de um acontecimento histórico aleatório e asséptico, despido de qualquer conteúdo ideológico. Na realidade, a globalização que hoje assistimos não traduz-se em "nenhum mecanismo ou automatismo, mas é um *projeto político*"[3] que objetiva atingir a hegemonia do poder em termos mundiais, a partir de um prisma ideológico preciso: "a ortodoxia neoliberal", no dizer de Habermas.[4]

2. FRANCO, Alberto Silva. "O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização". Em: MESSUTI, Ana;, SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (org.). *La Administración de Justicia en los albores del Tercer Milenio*, 2001, p. 109.

3. BECK, Ulrich. *¿ Qué és la globalización?* Barcelona: Paidós, 1998, p. 170.

4. HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 110.

A globalização contemporânea não é um fenômeno isolado e inédito na história, pois trata-se apenas de um *momento* ou *realidade de poder*,[5] como os anteriormente já ocorridos. Vários desses momentos de poder precedentes no decorrer histórico igualmente poderiam ser entendidos como formas de globalização, que aconteceram sempre a partir do avanço tecnológico de um determinado período, o qual veio a possibilitar uma transformação de paradigma no modo de produção de uma dada sociedade. Sem adentrar no campo da história antiga, é possível assinalar nos períodos situados a partir do umbral do Iluminismo duas dessas mudanças paradigmáticas e suas projeções no campo político: a revolução mercantil e o colonialismo (séculos XV e XVI), a revolução industrial e o neocolonialismo (séculos XVIII e XIX), que se constituíram em duas realidades de poder planetários do mesmo modo que a revolução tecnológica contemporânea e a globalização nos dias atuais. Todos esses momentos estiveram acompanhados de um discurso legitimador da ideologia[6] do projeto político então apresentado: a supremacia teológica no colonialismo, o evolucionismo racista no neocolonialismo e pensamento único na globalização contemporânea. Coube a Ramonet[7] a identificação do pensamento único, que se traduz em um processo coordenado e planificado através do qual todas as idéias que enaltecem a globalização de nossos dias, são propagadas por todo o planeta, mediante volumosos financiamentos concedidos pelos principais protagonistas do processo globalizador a inúmeros centros de pesquisa, universidades e fundações, políticos, doutrinadores, formadores de opinião, os quais, por sua vez, perfilam-se com a "boa nova" e passam a propagá-la utilizando como repetidores os meios de comunicação de massa, que reiteram tais mensagens "até a saciedade, sabendo que em nossa sociedade mediática, a repetição vale por demonstração".

5. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Fascículo A, 1999, p. V.

6. ZAFFARONI, E. R. La globalización..., cit., p. VI.

7. RAMONET, Ignacio. "Piensamiento único y nuevos amos del mundo". Em: CHOMSKY, Noam; RAMONET, Ignacio. *Cómo nos venden la moto*. Barcelona: Icaria, 1997, p. 58-61.

O plano político que caracteriza a globalização contemporânea – igualmente denominada de globalização hegemônica[8] – foi elaborado por seus estrategistas no início da década de 80 do século passado – durante os governos de Ronald Reagan (Estados Unidos) e Margareth Thatcher (Inglaterra) – como resposta à crise estrutural do capitalismo organizado sofrida em razão dos sucessivos "choque do petróleo" promovidos pelas altas do preço deste produto pelos países da OPEP em 1973 e 1978 – quando ocorreu a estagnação dos mercados mundiais, quebra dos padrões de articulação capitalistas com o conseqüente desmoronamento do desempenho do setor econômico, enfim, uma enorme recessão nos países desenvolvidos o que levou ao colapso dos modelos de "*Welfare State*" construídos a partir de 1946 e ao deterioramento do sistema de Breton Woods.

O capitalismo buscou sair dessa profunda crise a partir de uma lógica que pudesse propiciar a descoberta de uma nova forma de organização da economia, que não dependesse de recursos naturais especialmente escassos – na medida em que o petróleo foi identificado como um fator capaz de levar à desorganização capitalista do pós-Segunda Guerra. A idéia foi buscar um sucedâneo para o próprio petróleo, e a solução encontrada foi reduzir o impacto do custo da energia e do trabalho no preço final dos bens e serviços.[9] Para tanto foi feita a maximização de investimentos em ciência e tecnologia: novos recursos, novos materiais, novas formas de produção mais econômicas, mais leves, com menor custo.

Tal incremento no campo da ciência e tecnologia acarretou também o incremento sem precedentes dos meios de comunicação, com a criação de redes planetárias de transmissão de dados operando na velocidade da luz, possibilitando a criação de novos instrumentos, como Internet, e uma expansão inusitada dos meios de comunicação de massa – particularmente da televisão – que passaram a

8. SANTOS, Boaventura de Souza. *The GATT of law and democracy*. Madison: Institute of Global Studies, Universit of Wisconsin, mimeo, 1998, p. 3-4.

9. FARIA, José Eduardo. "O direito num cenário em transformação". Em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Volume 5, Fascículo 17, jan.-mar., 1997, p. 306.

operar igualmente em escala mundial. Os satélites de comunicação, as fibras óticas e os cabos submarinos formaram a base que incrementou os meios de comunicação de massa em escala planetária, permitindo a comunicação imediata ao redor do mundo. Entre as malhas terrestres e as ciberespaciais, tanto as transmissões como as receptações, venceram as barreiras do tempo, colocando em seu lugar uma infra-estrutura de "tempo real" do planeta. Este tempo único de 24 horas elimina a multiplicidade dos tempos de cada ponto do planeta. Hoje, vivemos em um tempo padronizado, em que percebemos a continuação sem fim do presente.

Esta nova lógica de ordem alcançou nível tamanho que os investimentos aplicados no âmbito da ciência e tecnologia foram – e continuam sendo – tão maciços que se verificou que a economia foi substituindo seu eixo prioritário de natureza industrial para um novo padrão: ocorre, deste modo, o deslocamento da sociedade industrial em direção à uma nova forma societária, a sociedade informacional ou pós-industrial, na medida em que a produção industrial passa a ser uma atividade secundária e o planejamento e pesquisa em ciência e tecnologia, prioritário. Como fruto dessa nova lógica, já entre meados dos anos 80 e início dos 90 do século XX, há uma recuperação das taxas de crescimento da economia.

Entretanto esse deslocamento para o eixo da ciência e tecnologia exige investimentos de altíssimo custo, que foram feitos prioritariamente pelo sistema financeiro: como este possui uma lógica de *maior ganho* em *menor tempo* possível, a solução encontrada foi a adoção de mercados transnacionalizados, que operassem em escala mundial, o que levou – de um lado – à aceleração e intensificação de uma revolução tecnológica-científica, e – de outro –, à busca de uma planificação total de *minimização de riscos* desses investimentos maciços feitos em escala global: o mercado não pode, segundo a ideologia da globalização contemporânea, sofrer quaisquer impedimentos ou fatores que venham a desestabilizá-lo.

Os principais protagonistas da globalização hegemônica, "agentes transnacionais e instituições (Banco Mundial, OMC, OCDE, empresas e organizações multinacionais)", passaram a convergir seu discurso e ações para "fomentar

a *política* econômica neoliberal" em todo o planeta, defendendo seus fundamentos ideológicos que – sucintamente – defendem não apenas a obediência às leis do mercado mundial, mas, "lamentavelmente, obrigam a minimizar o Estado(social) *e a democracia*".[10]

## *2.1 Paradigmas da globalização*

Para consolidar suas metas, os estrategistas da nova ordem mundial valeram-se de planificações que possibilitassem a transformação de paradigmas além das mudanças estruturais no âmbito tecnológico e científico, para abarcar a intervenção direta de novos mecanismos, que em certa medida "identificam-se com a própria globalização e afetam diretamente suas conseqüências".[11] Entre estes mecanismos de transformação, vamos nos referir a cinco[12] deles especificamente, em corte metodológico justificado em função dos mesmos afetarem mais diretamente aos campos econômico, jurídico e político.

### *2.1.1 Primeiro paradigma*

O primeiro deles é o *paradigma econômico neoliberal.* Igualmente conhecido como *Consenso de Washington*, foi firmado após as eleições de Reagan e Thatcher, e foi tão penetrante entre nós nos últimos anos, que não cabe aqui alongar sobre ele. Suficiente recordar que este instrumento de transformação diz respeito diretamente à economia do mundo, abrangendo tanto a produção global, como o

10. BECK, Ulrich. *¿ Qué és la globalización*, cit., p. 171.

11. RAMONET, Ignacio. "Situación actual del proceso de globalización". Em: RAMONET, Ignacio (org.). *El Proceso de Globalización Mundial. Hacia la ciudadanía global.* Barcelona: Intermón, 2000, p. 11.

12. Acolhemos aqui de maneira parcial a metodologia de Boaventura Santos, que faz alusão a "três traços da globalização política dominante" que são: "o consenso do Estado fraco; o consenso da democracia liberal; o consenso do primado do direito e do sistema judicial." Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. "Os processos de globalização". Em: SANTOS, Boaventura de Souza (org.) *A Globalização e as Ciências Sociais.* São Paulo: Cortez, 2002, p. 41.

mercado mundial de bens, serviços e finanças, e tem como fundamentos o mercado livre, restrições legais às regulações estatais, privatização, controle inflacionário, redução do déficit público, cortes de despesas no campo social, incentivo às exportações, e, particularmente, a concentração, de um lado, do poder de mercado por corporações multinacionais e, de outro, do poder financeiro pelos bancos transnacionais. Como sintetiza Boaventura de Souza Santos,[13] as inovações trazidas pelo paradigma neoliberal submeteram os Estados-nação às agências multilaterais do FMI, Organização Mundial do Comércio e Banco Mundial.

### *2.1.2 Segundo paradigma*

Este cenário está intimamente relacionado com o segundo paradigma, que é do *Estado mínimo*: o favorecimento do mercado em detrimento de estratégias econômicas conduzidas pelo Estado traz como conseqüência, obviamente, um enfraquecimento estatal. Pelas forças mercadológicas, o Estado é visto necessariamente como um instrumento que obstaculiza o livre funcionamento dos mercados, e deve, assim, intervir o minimamente indispensável. A debilidade do Estado implica em relativização de sua soberania, uma vez que, em razão de sua fraqueza, o protagonismo estatal fica limitado e diminuído: os Estados nacionais deixam de ser os atores principais na globalização, para ceder lugar a novos agentes, os organismos intergovernamentais – BID, Banco Mundial, FMI etc. –, além dos grandes grupos econômicos, que têm uma capacidade de intervenção financeira superior à da maioria dos Estados-nação.

### *2.1.3 Terceiro paradigma*

O terceiro paradigma é o do *consenso democrático*: a globalização impõe a existência da democracia – mesmo que meramente formal – como regime políti-

13. SANTOS, Boaventura de Souza. *Reinventar a Democracia* Lisboa, Gradiva, 2001, p. 25 e ss.

co nos Estados nacionais como condição de acesso aos recursos financeiros internacionais. Países com regimes socialistas e nacionalistas consistiam um obstáculo às planificações geopolíticas da globalização hegemônica, por serem intrinsecamente opostos aos mandamentos do pensamento único. O mesmo acontecia com as nações onde grassavam modelos ditatoriais de Estado, que por suas próprias características de instabilidade político-econômica, ofereciam apenas uma ínfima margem de segurança às aspirações de um capitalismo protoglobal.

Para atingir o *consenso democrático* como instrumento estratégico que viesse a remover as dificuldades e oposições aos objetivos da globalização hegemônica, os planificadores da nova realidade de poder mundial valeram-se da *idéia de dominação*, elaborada a partir das teses delineadas por Milton Friedman: "fundamentalmente, há dois caminhos para coordenar a atividade de milhões de pessoas: um envolve o uso de coerção, [e utiliza] a técnica do militarismo e do Estado totalitário moderno. O outro é a cooperação voluntária dos indivíduos – a técnica do '*marketplace*".[14]

Deflagrou-se, então, em plano mundial, inúmeros e diversificados processos para exercer tal dominação com os instrumentos do "*marketplace*", que até hoje não são plenamente identificados, uma vez que essa face oculta da globalização não era – ou é – revelada, mas mantida dentro de um hermético arsenal doutrinário, do qual são divulgados apenas os mandamentos que louvem a própria globalização hegemônica ou seus consensos.

Tratava-se da consagração, em termos globais, da democracia neoliberal capitalista – o *consenso democrático* – cujo estabelecimento operou-se – contraditoriamente – de forma não consensual: nos países semiperiféricos e periféricos aconteceram intervenções militares diretas e indiretas; o cumprimento compulsório das pautas de "transição democrática" determinadas aos regimes ditatoriais

14. FRIEDMAN, M., The Role of Monetary Police, *American Economic Rewiew*, em KUTTNER, R. *Everything for sale. The Virtues and Limits of Markets*. Nova Iorque: Knopf, 2000, p. 77.

(como Brasil, Argentina, Uruguai, Chile, Grécia, Bolívia etc.), e interferências desestabilizadoras executadas por "agências de inteligência" de países centrais, quer contra as ditaduras que não acatassem tais pautas (como nas Filipinas, Haiti), quer contra governos nacionalistas não alinhados com o Consenso de Washington. Na América Latina e África, também foram efetivadas, ações de combate – explícitas ou dissimuladas – contra os movimentos guerrilheiros de qualquer matiz ideológico, que praticamente os aniquilaram ou arrefeceram.

Se o apogeu dessa geopolítica aconteceu com o colapso da União Soviética e a queda dos regimes da Europa central e oriental – o denominado "Socialismo Real" – já no início dos anos 80, os regimes burocrático-militares da América Latina e Europa efetivavam a denominada "transição democrática"; o mesmo processo ocorreu no final daquela década e no início dos anos 90 na África (Cabo Verde, Namíbia, Moçambique, Congo, Benin, África do Sul). Igualmente foram exterminados os movimentos guerrilheiros (de inspiração marxista ou nacionalista), existentes em vários países, mediante intervenção militar indireta norte-americana, como em El Salvador e Guatemala; também receberam essa intervenção dissimulada Estados de regime marxista e/ou socialista, como a ação dos "Contra" na Nicarágua, ou a Unitas, em Angola etc. Em outras nações, aconteceu diretamente a interferência armada norte-americana, como as efetivadas contra os regimes de Granada e do Panamá.

Assim, nas duas últimas décadas do século XX, ocorreu a promoção internacional de concepções minimalistas de democracia em diversos países, onde fossem garantidas "eleições livres e mercados livres, como dois lados da mesma moeda".[15]

A imposição do *consenso democrático* hegemônico, como nota Boaventura de Souza Santos,[16] tem criado inúmeros problemas porque trata-se "de um modelo *monolítico* a ser aplicado em sociedades e realidades muito distintas", e

15. SANTOS, B. de S. *Reinventar a Democracia*, cit., p. 27.

16. SANTOS, Boaventura de Souza. *Os processos de globalização*, cit., p. 42.

por essa razão, "o modelo de democracia adotado como condicionalidade política da ajuda e do financiamento internacional, tende a converter-se numa versão *abreviada*, senão *caricatural*, da democracia".

### *2.1.4 Quarto paradigma*

O quarto paradigma é o do *apogeu do indivíduo.* Fundamenta-se no reconhecimento do individualismo como valor a ser realçado e atingido na nova ordem mundial advinda com a sociedade informacional. Sua manifestação máxima é a *liberdade de escolha*, entendida como a expressão maior dos direitos individuais ou civis: o indivíduo deve ser livre para decidir o que comprar, onde morar, se vai votar ou não e em quem, que profissão abraçar, qual meio para se divertir, que escola cursar, que negócios fazer ou não, quando sair para passear e onde, enfim, o reconhecimento da filosofia jurídico-política de que "as pessoas são livres para escolher" – na conhecida frase de Milton Friedman.[17]

Os embasamentos doutrinários para a acepção da liberdade de escolha foram fornecidos pela Teoria da "*Public Choice*", fundamentada na releitura das idéias de Frederich von Hayek, mescladas com diversas doutrinas econômicas oriundas da denominada Escola de Chicago, a partir do final dos anos 70 e da década de 80 do último século.

Segundo as construções de Hayek, não existe nenhuma possibilidade de se reconhecer direitos econômicos, sociais e culturais, em qualquer país do mundo, mas apenas "garantir a inviolabilidade das esferas [dos direitos] individuais".[18] Isto porque, na concepção hayekiana, "a inconcebível idéia de justiça social, que recebemos por atavismo", é incompatível com uma sociedade de homens livres: uma comunidade na qual "todos pretendam obrigar o governo a satisfazer suas

17. KUTTNER, R., op. cit., p. 32.

18. HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade.* Vol. II. A miragem da justiça social. São Paulo: Visão, 1985, p. 71.

necessidades e interesses, destrói a si mesma". Isto porque a aceitação de que grupos descontentes "movidos pela inveja e ressentimento contra aqueles que foram aquinhoados no exercício de atividade do mercado" pode obrigar que lhes sejam concedidos direitos "até o ponto em que a sociedade se torne ingovernável". Por isso, diz Hayek, quando os governos pretenderem, através do intervencionismo ou planificação, "redistribuir os bens de acordo com algum sistema de valores éticos ou políticos, se inicia um caminho de servidão".[19]

James Buchanan e Gordon Tullock,[20] a partir desse conjunto conceitual e das construções de Milton Friedman, formularam a revalorização política do indivíduo, na forma de um retorno ao liberalismo primitivo, o *novo liberalismo* ou *neoliberalismo*, mediante a aplicação de instrumentos e métodos de análise econômicos à crítica da organização política, tomada de decisões e execução burocrática do "*Welfare State*". Sustentam eles que a democracia deve ser entendida apenas como um outro mercado: em sua busca pessoal, os indivíduos racionais agem procurando maximizar seu bem-estar; essa busca caracteriza tanto o homem econômico quanto o político. Na opinião desses autores, a organização política de uma sociedade democrática deve maximizar o bem-estar social, entendido em função das preferências dos indivíduos que a compõem. Por isso, afirmam, existe uma continuidade necessária entre a organização política (sistema estatal) – dirigida a satisfazer as necessidades coletivas através de opções coletivas –, e a organização econômica (sistema de mercado) – que tende a atender às necessidades dos indivíduos mediante opções ou escolhas individuais. Para que ambos sistemas funcionem corretamente, é necessário que os instrumentos que facilitam os intercâmbios no mercado operem no marco de direitos individuais bem definidos, o que exige que o poder público deva calcular – antes de adotar qualquer medida tendente a otimizar o bem-estar social – sua incidência nos di-

19. HAYEK, F. A. *The road to Serfdom*. Londres: Routedge, 2001, p. 92-93.

20. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 2003, p. 158.

reitos individuais. Visto que o Estado, segundo essa doutrina, deve ter um papel de *transmissor* de desejos individuais, a função estatal se adultera se não é respeitado integralmente o marco legal de garantia dos direitos individuais. Esses direitos individuais garantem que as pessoas sejam *livres para escolher*, desde que respeitem apenas as restrições impostas por sua renda e riqueza individuais. Tais limitações são estabelecidas, segundo essas teses, pelo mercado, que dá ao indivíduo um poder de compra "economicamente justo": uma pessoa que trabalha e poupa seu dinheiro é um consumidor livre para escolher, tem o poder de compra que fez por merecer, enquanto, em contrapartida, uma pessoa que abandonou a escola e tem baixa qualificação profissional, tem pouca liberdade de consumo, porque seu trabalho oferece pouco valor ao empregador, e, portanto, teria uma maior restrição à sua liberdade de escolha. Podem haver fatores como heranças, sorte, ou circunstâncias anteriores ao nascimento do indivíduo (nascer rico), mas, em última análise, cada um de nós é responsável pelo próprio destino.[21]

Esses postulados assumem uma forma própria quando se passa das escolhas individuais para a economia como um todo. Nesse nível, todas as transações feitas num mercado livre devem favorecer o interesse de ambos os participantes; caso contrário a parte perdedora não fecharia negócio. Um mercado perfeitamente livre tornaria disponível qualquer transação possível, e, portanto, é benéfico aos interesses de todos, no maior nível possível, em um estado em que os teóricos chamam de *eficiente*. Qualquer interferência sobre o mercado bloquearia ou redirecionaria escolhas que as pessoas teriam feito numa economia desregulada, e, portanto, reduziria a eficiência e o bem-estar global.

Desta forma, a teoria de Buchanan e Tullock propiciou um novo instrumental para a análise da democracia, a partir de seu conceito básico da *escolha individual* ou *liberdade de escolha*, que estabelece que as pessoas agem racional-

21. PURDY, Jedediah S. The Chicago acid bath. The impoverished Logic of Law and Economics. *American Prospect*, Cambridge, jan-fev., 1998, p. 90.

mente em busca daquilo que desejam, de forma autônoma, sem coação, livremente – exceto a limitação ditada por sua renda. Supostamente, essa busca pessoal caracteriza tanto o homem econômico como o homem político; todavia, se a competição para a economia é vista como uma virtude, para a política é tida como egoísmo. Para Buchanan e Tullock, o "*Welfare State*", como expressão da atividade política, desempenhou mal suas atividades, o que se traduziu na ineficácia das prestações, na falta de produtividade dos serviços públicos, e, em suma, conduziram os sistemas intervencionistas à inflação e ao déficit crônico. Para evitar que isso ocorra, Buchanan e Tullock,[22] embasados em algumas idéias de Kenneth Arrow, defendem a tese do *Estado mínimo* insistindo que as intervenções estatais e a burocratização da vida social conduzem a efeitos mais perniciosos do que as anomalias do mercado que pretendem corrigir. De concreto apontam o desperdício de recursos e a distorção no jogo dos agentes econômicos, como defeitos mais freqüentes produzidos pela ingerência da Administração num âmbito que deveria ficar à livre disposição da iniciativa privada. Como alternativa propõem que o Estado recupere suas tradicionais funções políticas que possuía no liberalismo primitivo e renuncie às suas tarefas intervencionistas encaminhadas a proporcionar bens e serviços, em favor do mercado. Assim, aconselham Buchanan e Tullock:[23] torna-se imprescindível privatizar os serviços e prestações de bens de interesse social; restringir o papel do Estado à garantia do marco legal dos direitos e liberdades civis; reduzir a burocracia, aplicando à sua atuação a análise econômica do custo e benefício; cobrir o custo dos serviços públicos, fazendo-o reverter mais diretamente sobre seus usuários. Estas medidas, entendem os autores, permitirão a um número máximo de pessoas a realização livre e responsável de suas liberdades de escolhas.

Por outro lado, a questão do caráter antinômico dos valores de liberdade e de igualdade é resolvida pelo pensamento neoliberal em detrimento do primeiro,

22. PEREZ LUÑO, A., op. cit., p. 154-155.

23. PEREZ LUÑO, A., op. cit., p. 156.

como conseqüente da denominada *interpretação restritiva da liberdade*, ou *concepção negativa da liberdade*: seu alcance é compaginado com o princípio da não-ingerência do poder público na esfera privada. A liberdade negativa (*"liberty from"*) é concebida como ausência de impedimento externo, inexistência de opressão e como garantia de não-intromissão do poder estatal nas atividades privadas; a liberdade positiva (*"liberty to"*) traduz a possibilidade de exercer ativamente determinadas faculdades ou poderes, participar no processo político e social ou desfrutar certas prestações. Nesse sentido, Isaiah Berlin e Lord Robbins[24] apontam a prevalência da liberdade negativa como necessária para a manutenção e garantia da existência de uma sociedade livre: assim, por exemplo, o avanço de um direito igualitário à educação pressupõe o comprometimento da liberdade de ensino e da *livre escolha* da escola por parte do interessado; o reconhecimento em termos sociais do direito à assistência médica pela rede pública reduz ou suprime dos enfermos a sua *liberdade de escolher* seu médico e limita o livre exercício da medicina; o reconhecimento do direito à previdência social, ao descanso, às férias ou à negociação coletiva – os direitos trabalhistas e previdenciários, em síntese – representam uma quebra no princípio da *livre autonomia* das partes na contratação laboral.

Essas construções doutrinárias foram levadas a cabo pelos estrategistas da globalização hegemônica em todo o planeta, conectando o paradigma do *consenso democrático* com o da *liberdade de escolha*, tida como uma exigência inafastável da nova sociedade informacional, espraiando pelo mundo a idolatria ao mercado e, conseqüentemente, uma cultura consumista, ao mesmo tempo em que foi ridicularizando os empenhos políticos idealistas, procurando apagar as utopias e marginalizar as discussões sobre temas socialmente relevantes, como bem público, igualdade, fraternidade, felicidade social, que não teriam qualquer sentido no mundo globalizado. A idéia da liberdade de escolha passou a ser o referencial obrigatório das pessoas em dimensão tal, que por meio dessa liberdade, o indiví-

24. PEREZ LUÑO, A., op. cit., p. 151.

duo, hoje, volta-se exclusivamente para a sua própria auto-realização e seu poder de auto-ordenar e auto-sistematizar seu modo de viver. Trata-se, agora, do indivíduo "poder viver a própria vida": não se fala mais em termos de *um* espaço, mas sim, *meu próprio espaço*; o dinheiro significa o *dinheiro próprio*".[25] A questão do *outro* é indiferente. O *viver a própria vida* não se compatibiliza com noções como a da igualdade ou interesse pelo semelhante. Ao contrário: o *outro* é um *competidor* potencial, pois no mundo contemporâneo, a pessoa tem de se fazer *por si mesma*, alcançar *seus* objetivos, eliminando, para tanto, os obstáculos que possam surgir, inclusive afastando a eventual concorrência de outro indivíduo. Nem mesmo o auxílio alheio é desejado: a pessoa, difunde o pensamento único, agora não necessita de ajuda alheia, pois na sociedade contemporânea tem a seu alcance uma ampla e variada gama de informações que pode adquirir – por si mesmo, e segundo sua própria escolha – na Internet, nos livros de auto-ajuda, ou nas publicações "faça você mesmo". Em suma, a liberdade da escolha individual é soberana, não pode ser condicionada por outra pessoa, nem mesmo pela ingerência do poder público na esfera privada.

As conseqüências inferidas deste quadro ideológico difundido pelo pensamento único traduzem-se no *individualismo exacerbado* ou *individualismo possessivo e egoísta*,[26] no qual reina a competitividade extremada e a intensa ambição pessoal: a pessoa luta apenas por seus interesses, sem qualquer consideração com seus semelhantes ou causas coletivas; a felicidade é entendida como a auto-realização pessoal; desaparece a *dimensão ética*, pois *o outro* é encarado como *competidor*, um adversário, e não como igualmente portador da dignidade humana. O egocentrismo, a auto-suficiência, o egoísmo, a competitividade e a desmedida individualidade substituem valores como o afeto, companheirismo, fraternida-

25. GERNSHEIM, Elisabeth Beck; BECK, Ulrich. *Individualization: Instituitionalized Individualism and Its Social and Political Consequences*. Londres: Sage, 2002, p. 22.

26. LASH, Scott. "Individualization in a non-linear mode". Em: GERNSHEIM, E. B.; BECK, U. *Individualization...*, cit., p. VII.

de. Como o indivíduo não mais vê a riqueza do grupo social, da comunidade, o enfoque político tem sua perspectiva transmudada de uma visão macro (social), para um enfoque micro (individual), e o coletivo passa a consistir um campo de desinteresse, o que conduz ao *desencanto com a política*. O pluralismo não significa mais alteridade mas sim um grande número de bens de consumo para o individualista exacerbado exercer sua "liberdade", uma vez que nesta despolitização, como nota Ortiz,[27] a "democracia torna-se sinônimo de acesso a um grande número de produtos", e a liberdade traduz-se tão somente na "possibilidade de escolha entre múltiplos itens."

### *2.1.5 Quinto paradigma*

O quinto paradigma igualmente correlaciona-se com os demais: é o da *transformação do direito* ou *transformação jurídica*. Aqui os processos de desconstitucionalização, deslegalização, flexibilização, além da já aludida desregulação, são imperativos que surgem como corolário dos paradigmas anteriores. A regulação indireta, o desmonte dos direitos trabalhistas, a adoção de "justiças consensuais", a regressão dos direitos humanos de segunda e terceira gerações, a adoção de padrões legais anglo-saxônicos à vista da rapidez e pragmatismo que apresentam, formatam a base jurídica da globalização. O judiciário igualmente tem de "adaptar-se" à realidade provinda da globalização: necessita ser ágil e veloz para atender os novos paradigmas. Contudo, os mandamentos da globalização hegemônica – paradoxalmente – fazem surgir uma tendência peculiar, a "transformação paradigmática do direito penal",[28] com a ampliação da intervenção repressiva estatal no campo penal, mediante a criação de novos tipos delituosos, criminalização de diversas atividades e comportamentos da vida social, a relativização

27. ORTIZ, Renato. *Um Outro Território*. São Paulo: Olho D'Água, 2000, p. 137.

28. FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 259-261.

dos princípios da legalidade e tipicidade, enquanto que às autoridades policiais é ampliada sua discricionariedade, e aos promotores e juízes, *contrariu sensu*, são atribuídos papéis antes reservados à investigação policial. Ocorre a redução de garantias processuais com a supressão do caráter ilícito de meios de convicção obtidos em determinadas circunstâncias e a inversão do ônus da prova, passando-se a se considerar culpado o cidadão que não conseguir provar sua inocência.

Para que este cenário viesse a ocorrer no âmbito do direito penal, aconteceu uma contribuição destacada de dois movimentos ideológicos, o *"Law and Order Movement"* e o *"Law and Economics Movement"*, que espraiam sua influência e seus mandamentos em escala mundial, especialmente por entre os países periféricos. Uma aproximação desses *"Moviments"* mostra que as diferenças existentes entre um e outro aparentemente não são muito precisas, pois em determinados aspectos se identificam, suas características os tornam inter-relacionados, e seus métodos de atuação são quase idênticos. O mesmo não se pode dizer quanto a seus objetivos, que diferem fundamentalmente.

A partir de uma perspectiva histórica, o Movimento da Lei e Ordem[29] surge no cenário internacional no final da década de 60, enquanto que o Movimento Lei e Economia[30] passa a ter repercussão internacional no atual decênio. A origem de ambos, enquanto formulações teóricas, não é precisa: há quem identifique o *"Law and Order"* já nos anos 20 na sociedade norte-americana, enquanto o *"Law and Economics"* teria sido engendrado a partir do início da era Reagan-Thatcher, no início dos anos 80. Não obstante essa divergência sobre a precisão do nascimento de ambos, aqui importa consignar que, no Brasil, o Movimento Lei e Ordem passa a ser utilizado durante o regime ditatorial burocrático-militar (1964-1985) e seu alcance pode ser medido até o início dos anos 90; o Lei e Eco-

29. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. "Os grandes movimentos da política criminal de nossos tempos". Em: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo (org.). *Sistema Penal para o Próximo Milênio*, 1991, p. 70-75; FRANCO, A. S., *Crimes Hediondos*, 2000, p. 76-86.

30. KUTTNER, R., op. cit., p. 25-31.

nomia passa a ter maior penetração a partir dessa época. Todavia há de salientar que devido a sua interconexão direta, os efeitos do *"Law and Order"* ainda persistem, e por vezes, seus fundamentos vêm a ser tomados pelo *"Law and Economics"*, em interação que hoje se constata no sistema jurídico-penal brasileiro, a exemplo do que ocorre em termos mundiais.

Já a linha que delimita os dois Movimentos mostra-se mais palpável e pode ser traduzida pelos objetivos que cada um apresenta por meta. Em um primeiro momento, vistos do prisma *objetivo tático*, esse divisor ainda é sutil, pois ambos impunham (e impõem) leis que simbolicamente garantissem a "segurança" do cidadão de forma a que a comunidade viesse a depositar confiança no sistema jurídico-político então vigente. Esses movimentos têm seu marco fronteiriço mais delineado a partir de seus *objetivos estratégicos*: o *"Law and Order"*, vigorando na situação tensional da bipolaridade política internacional, visava a repressão de seus opositores políticos em todos os níveis, desde o mero exercício crítico da liberdade de expressão em si considerada, até as manifestações coletivas pacíficas, como greves, passeatas e outras atividades assemelhadas, bem como as atuações políticas liberais – como atividade de oposição parlamentar –, até culminar nas ações políticas mais extremadas, como as revolucionárias urbana e rural. O *objetivo final* do Movimento Lei e Ordem, assim, era a manutenção do *"status quo"* – na amplitude que esse conceito encerra – desde a continuidade política do regime imperante à preservação dos "bons costumes", dos valores tradicionais em geral e os relativos a instituições como família, e, particularmente, ao caráter sacramental da propriedade. Em síntese, o direito penal era utilizado para reprimir o pluralismo ideológico pelo *"Law and Order Movement"*. Já o *objetivo estratégico* final do Movimento Lei e Economia é distinto. Situando-se a partir de um momento histórico diferenciado, onde a tensão da bipolaridade internacional desapareceu com o fim do denominado socialismo real, está localizado no período quando ocorre a globalização hegemônica, e segundo um amplo entendimento, só existe um Poder, o mercado. Este não trabalha com valores outros, mas opera a partir de

sua própria lógica e defende uma nova liberdade: não a liberdade individual do liberalismo humanista do Iluminismo, mas a liberdade advinda com a globalização: a liberdade irrestrita do mercado ubíquo.

O "*Law and Economics Movement*" é o novo porta-voz dessa ideologia no mundo globalizado. Apregoa a necessidade de uma "desburocratização jurídica" dos países ainda não alinhados aos padrões próprios da lógica do Mercado, em nome da rapidez e agilidade que a realidade da globalização hegemônica impõe: é imperioso, segundo o "*Law and Economics*", que ocorram os já referidos processos de desconstitucionalização, deslegalização, desformalização e desregulamentação, bem como a adoção de modelos flexíveis, como os da "*Common Law*". Ao direito penal, contudo, cabe um papel ainda mais atuante: verifica-se a *ampliação da intervenção repressiva estatal*, pois o direito penal deixou de ser um direito de intervenção mínima para tornar-se um *direito de máxima intervenção*.[31]

A tendência a um movimento de flexibilização nas demais áreas do direito e a exacerbação do papel do direito penal conduz a um paradoxo: se a globalização hegemônica propugna a minimização da intervenção do Estado na solução dos conflitos, o que leva esse mesmo Estado a intervir com maior rigor nas dissensões pertencentes ao campo penal? Para equacionar essa contradição aparente, temos de considerar que na globalização contemporânea acontece uma transformação qualitativa com o homem tido como "hipossuficiente": no período do capitalismo industrial, era considerado *explorado*; na globalização, torna-se *excluído*.[32] Antes, mesmo que espoliado, ainda ostentava sua condição de cidadão, fazia parte do sistema; agora, o sistema não mais o reconhece; é um "não-cidadão". Habermas[33] aponta que cada vez mais, "gru-

31. FRANCO, Alberto Silva. "Do princípio de intervenção mínima ao princípio de máxima intervenção". *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, Fasc. 2, 1996, p. 18-20.

32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Volume 5, Fascículo 20, out.-dez., 1997, p. 25.

33. HABERMAS, Jürgen. "O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização", *Novos Estudos Cebrap*, No. 43, 1995, p. 99-100.

pos marginalizados se vêem gradualmente apartados do restante da sociedade. Aqueles que já não são mais capazes de mudar sua condição social são abandonados à sua própria sorte".

O *objetivo estratégico final* do Movimento Lei e Economia fica translúcido visto a partir desse cenário: ao direito penal cabe – dentro da nova lógica que deve reger as relações econômicas, políticas, sociais e culturais –, servir como repressor dos *excluídos*: condenados à marginalidade econômico-social, e, por conseqüência, "a condições hobbesianas de vida, eles não aparecem mais como portadores de direitos públicos subjetivos". Nem por isso são dispensados das obrigações e deveres da legislação, pois "com suas normas penais o Estado os mantém vinculados ao sistema jurídico basicamente em suas feições marginais, ou seja, como transgressores de toda a natureza".[34]

Se em face dos postulados do *"Law and Economics Movement"* o sistema penal é chamado a intervir como instrumento de controle social, ao Estado é relegado um papel de descumprimento de suas próprias funções institucionais, tais como prestar uma política social de trabalho/emprego, de educação, de saúde, de moradia, etc., ou seja: a demanda da segurança engendrada pelo Lei e Economia relativiza a demanda pela igualdade e solidariedade e, assim, escamoteia a exclusão social no Estado mínimo. Em suma, o declínio das políticas públicas de caráter social ocorre ao mesmo tempo em que se desenvolve o alargamento da intervenção penal: enquanto se pleiteia *menos Estado* na ordem econômica e social, exige-se *mais Estado* para "mascarar e conter as conseqüências deletérias onde se verifica a deterioração da proteção social. O Estado individualista deve ser também um Estado punitivo".[35]

34. FARIA, J. E. *O Direito na Economia Globalizada*, cit. p. 50.

35. RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. Estatuto jurídico do recluso e socialização: jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: RT, 2001, p. 149.

## 3. A questão da exclusão social

A exclusão social é um fenômeno concreto na realidade brasileira de hoje. O desemprego, a concentração de renda e outros indicadores apontam que, a partir das duas últimas décadas do século passado, aumentou de forma patente o processo exclusivo no Brasil, como demonstra a análise das tabelas abaixo.

TABELA I

TAXA DE DESEMPREGO

– BRASIL E REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO – 1989-1998

| Período | Taxa de desemprego aberto – Brasil (a) | Taxa de desemprego total – RMSP (b) | Taxa de desemprego aberto – RMSP (c) |
|---|---|---|---|
| 1989 | 3,4 | 8,7 | 6,5 |
| 1990 | 4,3 | 10,3 | 7,2 |
| 1991 | 4,8 | 11,7 | 8,0 |
| 1992 | 5,7 | 15,2 | 9,2 |
| 1993 | 5,3 | 14,6 | 8,7 |
| 1994 | 5,1 | 14,2 | 8,9 |
| 1995 | 4,7 | 13,2 | 9,0 |
| 1996 | 5,4 | 15,1 | 9,9 |
| 1997 | 6,0 | 16,0 | 10,2 |
| 1998 | 7,6 | 18,2 | 15,8 |

Fonte: (a) – IBGE; (b) (c) – SEADE/DIEESE

Os valores referentes à taxa de desemprego no Brasil (obtidos pelo IBGE) e na Região Metropolitana de São Paulo (obtidos pelo SEADE/DIEESE), no período de 1989 a 1998, ilustram de forma clara como a exclusão social no Brasil vem aumentando com o passar dos anos. Em menos de dez anos, de acordo com o IBGE, tem-se que a taxa de desemprego no Brasil mais que duplicou, passando de 3,4 para 7,6. Já nos dados do SEADE/DIEESE, a situação mostra-se mais

clamorosa, com um aumento de praticamente dez pontos percentuais, saltando de 8,7% em 1989 para 18,2 em 1998.

TABELA II

TAXA DE DESEMPREGO
– REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO – 1985-2003

| Ano | Total (em porcentagem) |
|---|---|
| 1985 | 12,2 |
| 1986 | 9,6 |
| 1987 | 9,2 |
| 1988 | 9,7 |
| 1989 | 8,7 |
| 1990 | 10,3 |
| 1991 | 11,7 |
| 1992 | 15,2 |
| 1993 | 14,6 |
| 1994 | 14,2 |
| 1995 | 13,2 |
| 1996 | 15,1 |
| 1997 | 16,0 |
| 1998 | 18,2 |
| 1999 | 19,3 |
| 2000 | 17,6 |
| 2001 | 17,6 |
| 2002 | 19,0 |
| 2003 | 19,9 |

Fonte: SEP. Convênio SEADE-DIEESE. Pesquisa de Desemprego.

Vejam-se estes dados, que, embora específicos da região metropolitana de São Paulo, oferecem, porque não, uma dimensão da situação geral do Brasil,

no período de 1985 a 2003. Em 1985, a taxa de desemprego atingia 12,2%. Dez anos depois, ela estava na casa dos 13%, com um pico, em 1992, de 15,2%. Finalmente, em 2003, a taxa atingiu o significativo valor de 19,9%, acrescendo, em dezoito anos, quase 8 pontos percentuais.

TABELA III

RENDIMENTO MÉDIO REAL FAMILIAR
E PER CAPITA E TAMANHO MÉDIO DA FAMÍLIA
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – 1986-2002

| Ano | Rendimento médio real familiar total (valores em Reais de novembro de 2002) | Rendimento médio real familiar per capita (valores em Reais de novembro de 2002) | Tamanho médio da família |
|---|---|---|---|
| 1986 | 3.348 | 1.078 | 3,8 |
| 1987 | 2.533 | 806 | 3,8 |
| 1988 | 2.318 | 750 | 3,8 |
| 1989 | 2.527 | 821 | 3,7 |
| 1990 | 2.163 | 711 | 3,7 |
| 1991 | 1.890 | 634 | 3,6 |
| 1992 | 1.587 | 552 | 3,5 |
| 1993 | 1.859 | 655 | 3,5 |
| 1994 | 1.958 | 691 | 3,5 |
| 1995 | 2.288 | 799 | 3,5 |
| 1996 | 2.279 | 808 | 3,5 |
| 1997 | 2.251 | 802 | 3,4 |
| 1998 | 2.120 | 778 | 3,4 |
| 1999 | 2.011 | 742 | 3,3 |
| 2000 | 1.955 | 718 | 3,3 |
| 2001 | 1.885 | 712 | 3,3 |
| 2002 | 1.591 | 602 | 3,3 |

Fonte: SEP. Convênio SEADE-DIEESE. Pesquisa de Emprego e Desemprego – PED.

Nessa tabela, o que chama mais a atenção é o fato da renda per capita, em dezesseis anos, ter caído praticamente pela metade, passando de R$ 1.078,00 (o valor foi convertido em reais, como apontado na tabela), em 1986, para R$ 602,00, em 2002. Importante ressaltar que o tamanho médio da família se manteve praticamente o mesmo, com variação de 0,5.

TABELA IV

DESEMPREGO, ÍNDICE GERAL (EM MIL) – 1970-2001

| Ano | Total[1-2] |
|---|---|
| 1970 | – |
| 1971 | – |
| 1972 | 1033.9 |
| 1973 | 968.0 |
| 1974 | – |
| 1975 | – |
| 1976 | 968.0 |
| 1977 | 952.8 |
| 1978 | 1003.3 |
| 1979 | 1210.5[3] |
| 1980 | – |
| 1981 | 2023.1 |
| 1982 | 1959.0 |
| 1983 | 2474.2 |
| 1984 | 2234.3 |
| 1985 | 1875.3 |
| 1986 | 1380.2 |
| 1987 | 2133.0 |
| 1988 | 2319.4 |
| 1989 | 1891.0 |

| Ano | Total |
|---|---|
| 1990 | 2367.5 |
| 1991 | – |
| 1992 | 4573.3 |
| 1993 | 4395.6 |
| 1994 | – |
| 1995 | 4509.8 |
| 1996 | 5076.2 |
| 1997 | 5881.8 |
| 1998 | 6922.6 |
| 1999 | 7639.1 |
| 2000 | – |
| 2001 | 7785.1 |
| 2002 | – |

Fonte: ILO (*International Labour Organization*).

Notas: [1] Pessoas acima de 10 Anos; [2] excluída a população rural de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá. [3] Antes de 1979: excl. as áreas rurais da região Norte, Mato Grosso, Goiás e Tocantins.

A título de informação, veja-se, para além de dados coletados por institutos nacionais, de que forma os valores relativos especificamente ao desemprego são apresentados por uma entidade internacional.

No que se refere aos dados acima, há um chocante valor relativo ao desemprego. Em trinta anos, a taxa de desemprego no Brasil aumentou praticamente oito vezes, saltando de 1 milhão, em 1972, para quase 8 milhões em 2001. Importante ressaltar que entre os anos 70 e 80 houve uma variação, contudo mínima, ocorrendo momentos, inclusive, em que a taxa de desemprego diminuiu. No entanto, o seu valor começa a crescer em ritmo acelerado a partir dos anos 90, coincidindo com a disseminação do processo de globalização em termos mundiais e com o início da implantação do projeto neoliberal no Brasil.

Essas constatações da exclusão social no Brasil, se conectada à questão do papel do direito penal contida no quinto paradigma, mostram que a ele cabe in-

tervir rigorosamente no terreno dos socialmente excluídos. Aqui torna-se necessária uma distinção: se na quase totalidade da literatura criminológica mundial a *pobreza* em si não é entendida como uma causa ou fator determinante de comportamentos desviados ou criminosos,[36] é inquestionável que a exclusão gera maiores quotas de violência social, visto que a própria exclusão é uma forma de violência estrutural. A justificação desse entendimento reside na acepção de que "as pessoas podem tolerar a injustiça, mas não podem tolerar a desesperança".[37] É da essência do ser humano ter projetos e projetar-se; por isso dizer-se que não há uma existência de vida sem um projeto de vida. E "a exclusão social é desesperança, frusta todos os projetos, fecha todas as possibilidades", e desta forma, deságua no potencializar de todos os conflitos sociais – qualquer que seja sua natureza – e nos erros de conduta. A civilização industrial gerou "uma cultura do trabalho, que levava a definir uma *identidade* pelo trabalho; a exclusão e o desemprego não apenas põem em crise a sobrevivência, mas também *a própria identidade*, sendo, por fim, fonte dos mais díspares erros de conduta". Se o explorado, da sociedade industrial, possuía uma identidade e um alvo, que se traduzia na figura do explorador e tudo o que este simbolizava, o excluído não tem um alvo: pode ser qualquer não-excluído, sem contar com os erros de conduta que possam levá-lo a ter como alvo os que possuem igual desdita, os excluídos. O tecido social se debilita ao não existir relação social incluído-excluído, são destruídas as próprias relações – não

36. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*. Valência: Tirant lo Blanch, 2001, p. 99; BARATTA, A. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 52; GEST, Ted. *Crime & Politics. Big Erratic Campaing for Law and Order*. Oxford: Oxford University, 2001, p. 87-91; YOUNG, Jock. *Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*. Londres: Sage, 1999, p. 18-23; DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 54; VELO, Joe Tennyson. *Criminologia Analítica. Conceitos de psicologia analítica para uma hipótese etiológica em criminologia. São* Paulo: IBCCRIM, 1998, p. 43; BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Pensamiento Criminológico Estado y control*. Barcelona: Península, 1984, p. 18-39.

37. ZAFFARONI, E. R. La Globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal, cit. p. XIII.

somente as de cooperação –, enquanto aumentam as relações de conflito: com a indiferença e o desconhecimento, abre-se o espaço de um processo progressivo de desconfiança, prevenção e temor. A exclusão social é agudizada pelo deterioro do investimento social e dos conseqüentes serviços de saúde, educação, assistência social, bem-estar, e pelas ausências de garantias trabalhistas e previdenciárias – em suma, a violência do Estado, por sua abstenção. E advém a conseqüência inevitável: qualquer violência pode criar outra violência. A violência estrutural, "não pode nada mais do que gerar respostas violentas".[38]

Todavia, de uma perspectiva situada mais adiante dos postulados divulgados pelo "*Law and Economics Movement*", é possível divisar nitidamente que o deterioramento dos Estados-nação e os processos de desconstitucionalização, desregulamentação, deslegalização, desformalização e flexibilização, trazem frutos não difundidos pelo pensamento único: delitos que são produtos do processo de globalização hegemônica.

Incontestável que a destruição do Estado regulador põe abaixo toda a estrutura construída em volta do ente estatal; diante da inocuidade do Estado-nação atual surgem *novas formas de criminalidade*, moldadas nas características inerentes ao processo globalizador: são *os delitos transnacionais*,[39] como os crimes econômicos e financeiros transfronteiriços, tráfico mundial de substâncias entorpecentes, de armas, de pornografia, prostituição de crianças, comércio internacional de pessoas ou de partes do corpo, evasão fiscal, crimes transnacionais contra a propriedade intelectual e industrial, etc.

O ponto mais desconcertante a ser observado em relação a estes delitos é o de que o direito penal mostra-se totalmente impotente para fazer face a esta nova criminalidade que se espraia, de modo incontido, em diversas áreas: "tais

38. ZAFFARONI, E. R. La Globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal, p. XIV.

39. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Madri: Civitas, 2001, p. 30-37.

formas de criminalidade não decorrem da ação visível de *uma pessoa* ou de *um grupo* bem caracterizado de pessoas, o que dificulta sobremaneira a apreensão e captação das atividades postas em prática." É perceptível que as novas criminalidades apresentam dados comuns, pois estão representadas "por uma sofisticada estrutura organizacional, por uma finalidade geral de obtenção de lucros ilimitados, por uma dificuldade quase insuperável de determinação territorial e por uma capacidade de criar uma *zona cinzenta entre o lícito e o ilícito*".[40]

Estas explanações remetem a uma reflexão. Se, de um lado, na globalização hegemônica o direito penal é utilizado como instrumento de controle social, visando conter ou frear as reações das massas de excluídos gerados pelo próprio processo globalizador, e, de outro lado, se contra os novos delitos transnacionais, o mesmo direito penal não consegue dar respostas adequadas, qual seria, de fato, a função prioritária deste direito na sociedade atual?

Esse papel do direito penal na globalização contemporânea, contudo, não é difundido pelos estrategistas da nova realidade de poder, uma vez que igualmente consiste em um outro tema que também é mantido naquele hermético arsenal doutrinário do plano político da globalização hegemônica. Na realidade, ao direito penal é reservada uma função relevante na planificação geral do novo poder mundial: ele faz parte integrante de uma ampla concepção estratégica da globalização contemporânea, que tem por objetivo incutir o medo pânico da sociedade, de forma a recrudescer a demanda por segurança por parte da população, numa ação ideológica denominada *dramatização da violência*.

## 4. A dramatização da violência

Para atingir esse objetivo estratégico, os delineadores do plano político da nova realidade de poder atual, valem-se dos meios de comunicação de massa (MCM), que, desta forma, são utilizados como *instrumentos do sistema* hegemônico.

40. FRANCO, A. S. *Crimes Hediondos*, cit., p. 487-489.

Os meios mediáticos hoje, como detecta Chomsky,[41] são "instituições ideológicas efetivas e poderosas, que levam a cabo uma função propagandística de apoio ao sistema mediante sua dependência das forças do mercado". Como sistema de propaganda eles têm se tornado cada vez mais eficientes nas décadas recentes, com o desenvolvimento das redes planetárias de televisão e da maior concentração dos meios de comunicação de massa, acontece cada vez mais uma ampliação do alcance e da sofisticação do tratamento das notícias.

O fenômeno da concentração dos órgãos de mídia acontece em todos os campos da comunicação, unindo grupos de vários terrenos da mídia, como televisão, cinema, gravadoras de discos, companhias de acesso à Internet e diversas mídias impressas. Um exemplo é o conglomerado *Time-Warner-CNN-EMI-AOL*, resultante de uma megafusão que o tornou o grupo líder de comunicação no planeta. A concentração desses meios de mídia, confere ao conglomerado a possibilidade de atingir[42] mais de um bilhão de telespectadores (*Time-Warner-CNN*); 15 milhões de assinantes de TV a cabo apenas nos Estados Unidos (*Time-Warner Cable*); 120 milhões de assinantes de revistas e periódicos da Time, como "*People*", "*Fortune*", "*Life*", "*Sports Ilustraded*", além da própria "*Time*". Necessitam também ser computados a venda de mais de um bilhão de livros por meio do "*Book-of-the-Month-Club*", da *Warner Books* e *Time-Life*; 30 milhões de assinantes da AOL para acesso Internet; 5.700 filmes e 135.000 desenhos animados de propriedade da *Warner Bros*; finalmente, uma cifra não revelada de discos vendidos em todo o mundo – mas que se estima ser por volta de várias centenas de milhões de unidades anuais – através da EMI e do *Warner Music Group*. No Brasil, temos um exemplo dessa concentração de mídias nas Organizações Globo, que abrange a Rede Globo de Televisão, Sistemas Net de TV a cabo e Sky, de TV por assinatura; Rádio

41. CHOMSKY, Noam; HERMAN, Edward. S. *Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media*, 2002, p. 306.

42. RAMONET, Ignacio. *Propagandes silencieuses: Masses télévision cinéma*, Paris: Gallimard 2002, p. 21.

Globo; Jornal O Globo; Editora Globo, que publica, além de livros, diversos periódicos, como o semanário Época; Gravadora Som Livre; portal de Internet "globo.com", com mais de 200 "*web sites*" associados, incluindo revistas de esportes e de entretenimentos, além dos dedicados a programas de televisão, atores e músicos da Organização.

Já a sofisticação do tratamento das notícias deve ser compreendida a partir da constatação de que os noticiários e toda a cobertura mediática em geral, não são oferecidos ao público de forma isenta e imparcial, como preconizam os próprios MCM: os fatos noticiados recebem um tratamento, que consistem em "uma interpretação que os meios de comunicação de massa dão do mundo, e reflete os interesses e as preocupações do mercado e das instituições governamentais e privadas por ele dominadas".[43] Tal tratamento apresenta-se como um "filtro" do que deve ou não ser noticiado, segundo os critérios do alto escalão dirigente dos MCM, o que leva "ao domínio dos meios de comunicação por parte das elites e a marginalização de eventual dissidência". Assim, muitos jornalistas que trabalham em órgãos mediáticos atuam com absoluta integridade e boa vontade, uma vez que desconhecem tais "filtros" e acreditam que as orientações que recebem são fruto de "novos valores profissionais, e são capazes de se convencer que escolhem e interpretam as notícias de uma maneira 'objetiva', 'imparcial', baseados em valores éticos de sua profissão".[44] Mesmo porque igualmente aqui encontra-se novamente o hermetismo doutrinário do sistema de poder, que, de um lado permite apenas uma microvisão (assunto por assunto, notícia por notícia) do tema tratado, e de outro, impede uma macrovisão "das atuações dos meios de comunicação, que possibilitaria verificar a pauta de manipulação e distorção"[45] em que os mesmos operam.

A partir desta pauta, foi construída a dramatização de violência, inicialmente efetivada a partir da constatação da "fascinação do crime": o crime e o cri-

43. CHOMSKY, N.; HERMAN, E. S., cit., p. 303.
44. CHOMSKY, N.; HERMAN, E. S., cit., p. 2.
45. CHOMSKY, N.; HERMAN, E. S., cit., p. 3.

minoso exercem um fascínio sobre a sociedade, que pode ser comprovado pelo fato da "história da literatura estar plena de crime e castigo, criminalidade e direito penal". Por essa razão, os meios de comunicação de massa passaram a conceder uma grande importância a "assassinatos, roubos, seqüestros, e outros delitos violentos".[46] Os órgãos midiáticos fizeram os fatos criminosos passarem por sua lógica produtiva, e os manufaturaram com uma linguagem, tempo e espaço determinados, condicionando o relato informativo que posteriormente viria a ser consumido pela opinião pública – a partir de uma perspectiva que, como frisam Cohen e Young, "é orientada em função dos interesses da ideologia do poder hegemônico".[47]

Os mídia foram intensificando de tal maneira sua cobertura de fatos criminosos, até o ponto em que a criminalidade passou a ser sinônimo de violência. Assim, a *violência dramatizada* encontra-se intimamente associada à criminalidade no seio da sociedade, pois "os meios de comunicação de massa tiveram sucesso na missão de vincular uma idéia a outra". Hodiernamente a violência e a criminalidade estão correlacionadas de forma tão intensa, que se tem a impressão de que "os conceitos estão superpostos, balizando uma mesma área de significado."[48] Essa concepção equivocada deriva em grande medida da responsabilidade de um órgão midiático em particular – a televisão – na desfiguração e criação de uma realidade deturpada. Os meios televisivos "exageram a situação real, não só pela divulgação exacerbada de fatos violentos – sejam crimes ou não –, mas estendendo-se também à idéia de indignação face aos mesmos e sua aparente impunidade".[49]

46. HASSEMER, Winfred; MUÑOZ CONDE, Francisco., *Introducción a la Criminologia y al Derecho Penal.* Valência: Ed. Tirant lo Blanch 2001, p. 31. HASSEMER, Winfred. El destino de los derechos de lo ciudadano en un derecho penal eficaz. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, Vol. XV, 1992, p. 181-198.

47. COHEN, Stanley; YOUNG, Jock. *The Manufacture of News: Deviance, Social Problems and the Mass Media.* Londres: Constable, 1991, p. 73.

48. FRANCO, Alberto Silva. "Os perigos da 'dramatização' da violência". *Juízes para a Democracia*, São Paulo, ano 1, n. 1, nov., 1993, p. 4.

49. FRANCO, A. S. "Os perigos da 'dramatização'..., cit., p. 4.

## *4.1 A proeminência da televisão*

A dramatização da violência, efetivamente, tem seu alcance ampliado frente à constatação que nunca como hoje houve a oportunidade de se dispor de poderosos meios de comunicação de massa que possuíssem abrangência planetária e tecnologia capazes de permitir transmissões em tempo real de qualquer parte do globo. Na atualidade, os MCM possuem tamanho espaço de penetração e influência que chegam a ser considerados não mais como a representação do "quarto poder" (em uma referência que era contraposta aos três poderes tradicionais definidos por Montesquieu), mas se transmudaram no "segundo poder", superado apenas "pelo primeiro de todos os poderes, que é o poder econômico".[50]

Dentre esses meios, a televisão exerce um "papel de piloto em matéria informativa", e obriga todos os outros órgãos midiáticos a segui-la ou a situar-se em relação à ela. Esse fenômeno da preponderância da TV sobre os demais MCM tem sua elucidação marcada pelo fato de que na televisão, graças aos avanços tecnológicos propiciados pela globalização hegemônica, foi se impondo um "conceito radicalmente distinto de informação": informar, na sociedade pós-industrial, é "mostrar *a história em marcha*, ou, mais concretamente, fazer-nos assistir o acontecimento *ao vivo*".[51]

A questão da televisão ocupar a mais alta hierarquia entre os meios midiáticos é estudada por Ramonet,[52] que destaca que em matéria de informação, na atualidade, existe uma crença que é suficiente que "a imagem do acontecimento (ou sua descrição) basta para dar-lhe toda sua significação": em síntese, a visão que o telespectador tem de um acontecimento mostrado pela televisão é o bastante para que este se sinta satisfeito. O objetivo primário do cidadão, a sua satis-

50. RAMONET, Ignacio, *La tirania de la comunicacion. El papel actual de la comunicacion*. Madri: Debate, 2001, p. 36.

51. RAMONET, I. *La tirania de la comunicacion...*, cit., p. 86-87.

52. RAMONET, I. *La tirania de la comunicacion...*, cit., p. 87-88.

fação, é atingido, pois a questão de compreender o verdadeiro alcance e significado do acontecimento, hoje, é secundária para o telespectador: seu objetivo prioritário agora é poder ver o fato, "olhar como este se produz debaixo de seus olhos". Como adverte Ramonet, toda essa compreensão, todavia, é muito preocupante, uma vez que ela estabelece, pouco a pouco, "a enganosa ilusão de que *ver* é *compreender*", indo em sentido contrário de todo o conhecimento construído desde o Iluminismo, quando os racionalistas já procuravam combater essa idéia ilusória.

De uma outra perspectiva, essa idéia faz gerar uma acepção de que tudo o que possa vir a ser objeto de informação midiática necessariamente tem de se mostrar com uma "parte visível, mostrável, televisável". Tal entendimento acarreta uma "emblematização redutora", cada vez mais freqüente, sobre acontecimentos de caráter complexo: "todo o alcance de um tratado de paz, como o celebrado entre Israel e a OLP parece haver se reduzido em um mero aperto de mão entre Rabin e Arafat..." E também ao fato que diz respeito diretamente à dramatização da violência: "tal conceito de informação conduz a uma afligida *fascinação* pelas imagens *ao vivo* de acontecimentos violentos e sangrentos".[53]

Todavia, justamente por utilizar-se desse tipo de transmissão é que, na atualidade, a população entende que o veículo de comunicação mais confiável é a televisão. Sua onipresença e liderança entre as pessoas, independente dos motivos que as fundamentam, obriga os demais meios de comunicação a segui-la: o fato noticiado com destaque e mostrado pela televisão, hoje, será acompanhado e ampliado pelo jornal impresso de amanhã, e com certeza irá se configurar em tema da revista semanal. Este fenômeno torna-se ainda mais acentuado se atentarmos para os outros canais de televisão: se o canal líder de audiência divulgar amplamente uma determinada notícia e com ela vier confirmar seus altos índices de audiência, as outras emissoras irão repercutir esse fato, o que, em sua somatória, vai gerando um círculo vicioso que amplia cada vez mais o fato inicialmente

53. RAMONET, I. *La tirania de la comunicacion*, cit., p. 89.

abordado – que passa a ser socialmente uma *unanimidade social*, pois foi *visto* na televisão, e, assim, dotado da concretude do real.

Neste contexto, nas duas últimas décadas proliferou desmedidamente a cobertura de fatos delituosos nos noticiários televisivos e nas mídias radiofônica e impressa, numa cobertura intensificada que paulatinamente foi suplantando a cobertura de eventos internacionais e, em determinadas épocas, até mesmo as notícias sobre as atividades política e econômica do país. A informação cada vez mais deixou de ser uma fonte de conhecimento sobre os fatos e acontecimentos relevantes para o exercício da cidadania, para se transmudar em notícias centradas em fatos criminosos.

A imprensa brasileira – em sentido amplo – não possuía, tradicionalmente, esta função. Até meados dos anos 80 do último século, a televisão não contemplava qualquer cobertura criminal, o mesmo acontecendo com as rádios e revistas. Os jornais raramente abordavam o noticiário policial, e quando o faziam, publicavam tais matérias timidamente, de maneira quase escondida no fim do noticiário geral. Apenas casos que envolviam pessoas célebres da sociedade ou os de grande repercussão na comunidade eram apresentados com relativo destaque. O afastamento da grande mídia das questões criminais era tamanho que dois jornais de circulação nacional especializaram-se na cobertura de fatos delituosos: o "Última Hora" em São Paulo e o "Luta Democrática" no Rio de Janeiro. Apesar de tais órgãos midiáticos possuírem uma relativa penetração nas camadas sociais de mais baixa renda – por serem significativamente menos custosos que os demais jornais –, eram ironizados pela maioria da população, que os denominava de "jornal de sangue"; daí a expressão popular jocosa, porém depreciativa, cunhada na época: "um jornal que se espremer, sai sangue".

Do menosprezo e desqualificação que possuíam na sociedade, os noticiários sobre fatos criminosos e noticiário policial converteram-se em campeões de audiência desde o lançamento do primeiro noticiário especializado nesses temas no Brasil, o "Aqui e Agora", do SBT. Os subprodutos desse programa noticioso

policial, de cariz sensacionalista, multiplicaram-se de tal modo, que, hoje, todas as redes nacionais de televisão possuem um noticiário desse tipo, para não mencionar as emissoras de cobertura regional ou local.

Não somente em programações específicas os canais de televisão passaram a divulgar os preceitos da ação política da dramatização da violência: condizentes com a pauta de seleção de notícias, os mídia televisivos incorporaram os fatos delituosos em seus noticiários e demais programações. E mais: ampliaram esse tipo de cobertura para atingir igualmente acontecimentos violentos, não criminosos. A mídia impressa e radiofônica igualmente trilhou esta senda, num movimento que abrange hoje todo o complexo midiático.

## 5. Violência = Criminalidade. Um consenso fabricado

A partir dessa ampla conjunção de todos os meios midiáticos, estava iniciada a "fabricação do consenso", no dizer de Chomsky,[54] objetivando infundir na população uma noção equivocada sobre o conceito de violência, fazendo-a confundir esta própria noção com a acepção de criminalidade. Os meios de comunicação de massa, ao praticizar a dramatização de violência em todos os níveis, põem em prática a ação ideológica propugnada pelo pensamento único da globalização hegemônica.

Houve – e continua a haver – uma *divulgação massiva* pelos mídia de crimes violentos, mostrando toda as suas particularidades e abjeção. Os MCM passaram a exibir rostos das vítimas feridas ou mesmo já mortas, em procedimento nunca antes realizado, em observância à ética jornalística e em razão de respeito ao sentimento da família e pessoas próximas do ente falecido, e também como deferência à memória da pessoa morta.

A repetição – à exaustão – tornou-se uma constante, pois um mesmo fato criminoso é levado ao ar várias vezes em programas de noticiário policial,

54. CHOMSKY, Noam. *Ilusiones Necessárias. Control del pensamiento en las socieadades democráticas*. Madri: Prodhufi, 1992, p. 31.

e novamente vem a ser televisionado em outros noticiosos que se seguem na emissora – seja ela qual for.

Não apenas mortes violentas tornaram-se objeto dos meios de comunicação de massa, mas toda e qualquer ocorrência policial que aconteça antes ou durante a programação. Aqui novamente o processo de seleção de notícias se faz presente, quando os mídia escolhem as imagens mais dantescas para serem exibidas a uma legião de telespectadores.

Outro processo que ocorre nos meios midiáticos é a *criação de estereótipos*, criando um etiquetamento das pessoas acusadas de cometer crimes: são eles – seja lá quem for – "bandidos bárbaros", "assassinos cruéis e desalmados", que matam "apenas pais de família" e outras falsas generalizações preconceituosas e enganosas. Tais pessoas geralmente são oriundas das mais desafortunadas camadas sociais, e, na maioria das vezes, desassistidas por sua família ou amigos, e muito menos, por advogados, e assim, nada podem fazer contra tais procedimentos dos mídia, mesmo que sejam eles totalmente tergiversadores ou totalmente falsos. Muitas vezes vemos acontecer o "trial by media" em vários canais de televisão, sem que nenhuma providência seja tomada por parte das autoridades competentes para tanto.

O mesmo pode ser referido com relação aos direitos humanos: essas conquistas fundamentais da humanidade são hoje rotuladas pelos mídia como direitos exclusivos, que são destinados somente aos "homens de bem", uma vez que o bordão "bandido não tem direitos humanos" é sempre utilizado, acompanhado de outro lugar-comum: "o bandido fala de direitos humanos, mas e os direitos humanos da vítima? Ela não tem direitos humanos?" Deste modo, a conclusão que os mídia incutem na sua audiência é a perda da condição de cidadão do "elemento" que tenha praticado um crime, e, em última análise, deve ser despido de sua condição humana e "não ser tratado como gente", como vociferam determinados apresentadores midiáticos. A repercussão destas concepções distorcidas é tamanha, que até mesmo em editoriais de jornais de prestígio nacional encontra-

mos refletidas essas acepções: o Jornal do Brasil afastou do âmbito dos direitos humanos alguns acusados de tráfico de drogas que, segundo seu editorial, comportavam-se "como animais selvagens, e não merecem qualquer comiseração".[55]

Por outro lado, estudos recentes mostram que as informações e os programas de ficção que abordam crimes e atos de violência estigmatizam os autores de delitos em geral, assim como denigrem indiscriminadamente determinados comportamentos delituosos ou violentos, "simplificando terrivelmente a realidade".[56] Isto porque os mídia utilizam um pensamento binário, calcado no maniqueísmo, incutindo nos telespectadores a noção de que os "bandidos" e os "sem-vergonha" que são mostrados nas programações midiáticas pertencem a uma "espécie diferente", enquanto que eles, os telespectadores e suas famílias, pertencem a uma espécie de "*reserva moral*", que é incorporada por integrantes de determinados segmentos da sociedade aprioristicamente "*não aptos*" a delinqüir, em razão de sua educação, poder econômico, formação moral, caráter e outros valores estabelecidos por este próprio grupo social. Esta concepção leva, em contrapartida, ao inevitável reconhecimento da existência de outro grupo, mais numeroso, de diferente modo de vida, senão oposto ao dos pertencentes à *reserva*. As atitudes e as personalidades deste grande contingente humano, ao destoarem-se dos denominados "comportamentos adequados" estabelecidos pelos próprios integrantes da *reserva social*, estão fadadas a serem etiquetadas como *contrários às normas de controle social*. Essa concepção irracional pode conduzir à marginalização "*a priori*" dos membros não relacionados na *reserva*, marginalização esta que de modo inevitável leva à "dedução" que o membro do grupo segregado porta uma disposição "inata", natural, para o crime: o indivíduo apartado, assim, *possui uma personali-*

55. BATISTA, Nilo. "Mídia e sistema penal no capitalismo tardio". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Volume 11 Fascículo 42, jan.-mar., 2003, p. 249.

56. BARATA, Francesc. La violencia y los mass media: entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación. Em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Volume 8, Fascículo 29, jan.-mar., 2000, p. 264.

*dade que pode levar sua vida futura à conseqüências previsíveis.* Este ponto de vista irracional vem a situar-se perigosamente próximo da ideologia do nacional-socialismo alemão e concepções autoritárias afins, o "que fez cair esta tendência no descrédito científico", como registra Zugaldía Espinar.[57]

Uma vez que o brasileiro, em média, assiste por dia aproximadamente cinco horas e oito minutos por dia, e segundo o IBGE[58] a carga midiática de violência e criminalidade que lhe é passada, é considerável, se levarmos em conta que a violência dramatizada perpassa toda a programação de praticamente a unanimidade das emissoras televisivas nacionais. Tal volume de informações violentas – em sentido amplo –, faz gerar na pessoa, o *medo da criminalidade*, que hoje "é um dos grandes temas da sociedade atual",[59] em razão da pauta de manipulação da dramatização de violência – que intencionalmente confunde os conceitos de criminalidade e violência. De outro lado, os estereótipos criados pela mídia atribuem aos autores de fatos delitivos um poder de "alarme social", como notam Cohen e Young, o que vai ter como conseqüência a "criação de pânicos morais."[60] Além disso, a dramatização de violência acarreta "o aumento do medo da audiência *vir a ser vítima* de um delito", como constatou a pesquisa de Schlesinger e Tumber.[61]

De outro ângulo, constata-se que a programação televisiva direcionada pela dramatização da violência, todavia, é significativamente falaciosa, uma vez que os mídia apresentam "ondas de criminalidade" que nada têm a ver com a realidade social, uma vez que "centram sua atenção nos delitos violentos, apesar das estatísticas criminais demonstrarem que estes constituem apenas uma pequena parte da realidade criminal". Esse fenômeno ocorre por todo o mundo, como na Ingla-

57. ZULGADIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal.* Valência: Tirant Lo Blanch, 1993, p. 44.

58. IBGE, *Pesquisa TV*, 2003.

59. BARATA, F., La violencia y los mass media...,cit., p. 263.

60. COHEN, S., YOUNG, J., cit. p.103.

61. SCHLESINGER, Philip; TUMBER, Howard. *Reporting Crime: The Media Politics of Criminal Justice.* Oxford: Oxford University, 1994, p. 59.

terra, onde, como reconhecem Nick Ross e Sue Cook, cada programa televisivo "*Crimewatch*" "apresenta mensalmente mais crimes violentos do que a maioria dos policiais já viu em toda sua carreira". Na Espanha, o jornalista Pedro Costa, que em 1993 realizou o programa "*Al Filo de la Ley*", de características semelhantes ao "*Crimewatch*", declarou que muitos desses programas "estão manipulados pela polícia, que os assessoram ou até mesmo os apresentam de forma indireta".[62]

Estas afirmações podem ser facilmente constatadas ao notar que as programações orientadas pela dramatização da violência, apesar de utilizarem do conceito "violência" para se referirem a fatos delituosos e também a outros acontecimentos violentos, porém, não considerados como crime, propositadamente não fazem tal distinção, o que gera o temor generalizado da *criminalidade*, uma vez que o telespectador não consegue distinguir, devido à pauta de manipulação utilizada pelos MCM, os fatos violentos não criminosos daqueles outros que consistem delitos. Um exemplo disso, é o emprego da exposição televisiva de acontecimentos violentos quando há poucos ou nenhum crime a ser divulgado em determinado dia. Nessas ocasiões os programadores dos mídia utilizam quaisquer acontecimentos de caráter violento para a transmissão televisiva, preferencialmente os mais sinistros e atemorizantes, sejam mortes em acidentes de trânsito, sejam óbitos decorrentes de outras tragédias como afogamentos, incêndios, desabamentos, enchentes, e outras causas assemelhadas. O suicídio igualmente é apresentado sempre que possível nos meios midiáticos: o programa "Cidade Alerta", da TV Record, exibiu recentemente, uma reportagem sobre policial militar que tirou sua própria vida disparando contra a cabeça defronte a um prédio público na cidade de São Paulo. O programa filmou toda a tragédia, inclusive os momentos que a antecederam, as queixas do infeliz e suas diversas falas de suas motivações para cometer o suicídio. A única cena cortada, "eticamente", pela emissora foi a da penetração do projétil na cabeça do suicida, pois até o momento que este efetuou o disparo foi ao ar.

62. BARATA, F. La violencia y los mass media...,cit., p. 265.

A dramatização da violência, de forma peculiar, não divulga a *nova criminalidade* advinda com a globalização hegemônica. Os crimes transnacionais são praticamente ignorados, e nas raras oportunidades que vêm a ser enfocados, são tratados como um mero acontecimento isolado, sem qualquer relevância no contexto mundial, mas que apresentam uma certa importância no âmbito restrito no qual é divulgado. Divulgação esta que ocorre de forma estanque, sem qualquer consideração mais aprofundada: trata-se, para os mídia, de um fato isolado e nada mais.

O tratamento que os órgãos midiáticos dispensam à nova criminalidade globalizada nestas raras aparições – por força da ação política da dramatização da violência – impede que o público venha a saber fatos relevantes, e do real perigo que essa nova forma de criminalidade apresenta para a sociedade brasileira e mundial. O tráfico de drogas, por exemplo, é sempre visto como um problema nacional, para o qual o processo de estigmatização dos mídia apresenta prontamente os culpados: favelados ou população da periferia, desocupados, pessoas de má índole que tentam perverter a juventude sadia, e outros aforismos preconceituosos e excludentes. O processo estigmatizador dos órgãos midiáticos sempre procura encontrar uma pessoa que venha a emblematizar a figura do traficante – por eles idealizada. É o caso de Luiz Fernando da Costa, o Fernandinho Beira-Mar. Hoje, sua figura representa "o maior traficante brasileiro", o "inimigo público número um", que todos comentam e criticam, e para quem o governo do Estado de São Paulo e posteriormente o Federal, criaram um Regime Disciplinar Diferenciado de execução de sua pena, o que na opinião de muitos juristas, fere a Constituição – neste sentido se efetiva a posição do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Instituto de Ciências Penais de Minas Gerais, Instituto Carioca de Criminologia, Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, Instituto de Defesa do Direito de Defesa, Instituto de Hermenêutica Jurídica.[63]

63. CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. "O suplício de Tântalo: a Lei n. 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror". Em *Boletim IBCCrim*, São Paulo, Volume 11, Fascículo 134. jan., 2004, p. 4-5 .

Mas a dramatização da violência silencia quanto ao fato do tráfico de drogas ser uma das múltiplas ramificações do crime organizado transfonteiriço, que se originou do declínio dos Estados-nação promovido pelo processo da globalização hegemônica e o desenvolvimento do crime organizado internacional da sociedade industrial, e que hoje movimenta uma quantia equivalente ao oitavo PIB do planeta, segundo o Banco Mundial[64] – tanto que essa nova criminalidade organizada, hoje é considerada pela doutrina alemã como o "capitalismo agravado ou intensificado" ("*verschärfter Kapitalismus*").[65]

A própria questão do consumo e adição às drogas é vista pelos meios midiáticos como um ato do indivíduo no uso de sua liberdade de escolha – num reflexo prático do individualismo exacerbado advindo com a nova ordem mundial da sociedade informacional.

O silêncio dos estrategistas da globalização hegemônica sobre a nova criminalidade encontra sua explicação na constatação, aqui já referida, de que o direito penal não consegue dar respostas a esse novos tipos de crimes – agora transnacionalizados, descentralizados – e seus agentes, que operam em uma estrutura organizacional transfronteiriça elástica e fluida, que integra diversos grupos criminosos como o "*business*" internacional legal e semi-legal.

## 6. A cultura e o discurso do medo

A ação política da dramatização da violência, preconizando a identidade entre violência e criminalidade, tem sido tão suficientemente eficaz que hoje grassa pela sociedade uma sensação aguçada de insegurança.

No entanto, o que ocorre em termos efetivos, hoje, é o incremento sem precedentes da difusão midiática de um aumento de comportamentos violentos.

64. SILVA, Tadeu Antonio Dix. "O direito penal na contramão do processo globalizador". Em *Boletim IBCCrim*, São Paulo, Fascículo 70/Ed.esp., set., 1998, p. 8.

65. ZIEGLER, Jean. *Los Nuevos Amos Del Mundo*. Barcelona, Destino, 2003, p.45.

Cada vez mais os indivíduos recebem, introjetam e reproduzem a idéia de que a sociedade apresenta, em progressão geométrica, um aumento da criminalidade. O excessivo caráter violento da sociedade é disseminado na sua forma vulgar, o que conduz à crença de uma necessidade cada vez maior de segurança. Como observa Zaluar,[66] surge um "clima de medo irracional e paranóia." Assim, a família abandona a casa, seu quintal e jardim, "encolhe" seus objetos e muda-se para o apartamento ou condomínios fechados. Ou seja, "há uma contração do espaço, visando a uma defesa contra um inimigo desconhecido".[67]

Um conceito que explica de forma clara a situação acima exposta é o da "cultura do medo". No entanto, para além da compreensão do que seja efetivamente tal "cultura", faz-se necessário buscar o porquê da sua concepção e como se estruturam os meios para sua propagação: Pastana, referindo-se a Zaluar, escreve que "a sociedade atual brasileira vive submersa em uma cultura do medo marcada por uma sensação de insegurança, coletiva e individual, relacionada à violência criminal. A percepção subjetiva da coletividade dos riscos e perigos é nitidamente superior à dos riscos e perigos reais". Conclui Pastana que essa é mais "uma manifestação cultural desse medo generalizado, ou seja, busca-se a proteção no rigor punitivo estatal".[68]

Acerca dessa questão, Michaud reforça que "sobre o pano de fundo de uma segurança crescente – e invasora –, os comportamentos criminosos são percebidos com uma ansiedade desproporcional em relação ao seu volume real".[69] Bourdieu, por sua vez, situa de forma cabal o efeito desta "cultura do medo": "Os valores e comportamentos difundidos a partir do medo socialmente culti-

66. ZALUAR, Alba. Violência e crime. Em MICELI, Sérgio (org.). *O que ler na ciência social brasileira. AMPOCS*, São Paulo, vol. I, 1999, p. 23.

67. DANTAS, Alexandre. *Uma Tentativa de Compreensão do Homem Rural: Diferentes Olhares*. UNESP, dissertação de mestrado, mimeo, p. 139.

68. PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo, IBCCRIM, 2003, p.46.

69. MICHAUD, Y., *A violência*. São Paulo: Ática, 2001, p.33.

vado são formas simbólicas de dominação tão ou mais violentas quanto a própria violência de que se tem medo".[70]

Michaud reconhece que um dos principais elementos – senão o principal – para a divulgação desta cultura do medo, é a mídia, mais especificamente a televisão: "o fato da violência se apresentar como uma crise em relação ao estado normal cria, por princípio, uma afinidade entre ela e a mídia. (...) A mídia precisa de acontecimentos e vive do sensacional. A violência, com a carga de ruptura que ela veicula, é por princípio um alimento privilegiado para a mídia, com vantagem para as violências espetaculares, sangrentas ou atrozes sobre as violências comuns, banais e instaladas".[71]

A própria questão da reprodução da notícia transmitida por uma emissora de televisão por suas concorrentes, em um processo mimético na busca pela audiência, contempla, prioritariamente, a dramatização da violência. Dessa forma, há um aumento cada vez maior da reprodução da violência na televisão, visando, na maioria das vezes, um aumento do público telespectador, como diz Bourdieu: "(...) através do aumento do peso simbólico da televisão e, entre as televisões concorrentes, daquelas que se ajustam com mais cinismo e sucesso à busca do sensacional, do espetacular, do extraordinário, é certa visão da informação, até então relegada aos jornais ditos sensacionalistas (...) que tende a impor-se ao conjunto do campo jornalístico".[72]

Dessa forma, a mídia, e especificamente a televisão, ao voltar suas lentes à violência e à criminalidade e reproduzi-las com intensidade cada vez maior, visando mais audiência, termina por pintar a sociedade com cores violentas, as quais ela não tem, ou não as tem com tal intensidade. Pelo fato dos programas que lidam com a violência e criminalidade serem "produtos muito consumidos", ten-

70. PASTANA, D. R., cit., p. 28.
71. MICHAUD, Y., cit., p. 49.
72. MICHAUD, Y., cit., p.72

dem a amplificar o alarme da sociedade em relação a um pânico, a uma situação que não condiz com a realidade efetiva, como salienta Pastana: "devido ao poder que a mídia exerce sobre a sociedade, ela acaba fazendo com que esta realmente acredite que está em constante perigo, que há inimigos à solta, prontos para atacar, sob qual forma for".[73] Arbex Jr. explicita essa condição: "a mídia cria diariamente a sua própria narrativa e a apresenta aos telespectadores – ou aos leitores – como se essa narrativa fosse a própria história do mundo. Os fatos, transformados em notícia, são descritos como eventos autônomos, completos em si mesmos. Os telespectadores, embalados pelo estado hipnótico diante da tela de televisão, acreditam que aquilo que vêem é o mundo em estado "natural", é o próprio mundo".[74]

Outros pesquisadores apontam o fato de que as notícias produzidas pelos órgãos midiáticos conformam a construção da realidade. Por isso, D. L. Altheide[75] considera que os meios de comunicação de massa modernos modelam nossas imagens mentais sobre o mundo, e podem fazê-lo de qualquer maneira, inclusive incutindo o medo por entre os cidadãos. Altheide emprega um método que chama de "rastreamento do discurso" para mapear como o uso da palavra "medo" mudou desde 1980, como os tópicos associados com medo no discurso da mídia também mudou neste mesmo período. A conclusão a que o pesquisador chega é que o uso da palavra "medo" nos noticiários midiáticos e pelos organismos de controle social, produziu um "discurso do medo", ou seja, "a consciência e a expectativa de que o perigo e o risco está à espreita em toda a parte".

Altheide,[76] através do estudo de casos, ilustra que um dos impactos sociais do "discurso do medo" é "a manipulação da empatia pública: agora somos

73. PASTANA, D. R., cit., p.28.

74. ARBEX JÚNIOR, J., *Showrnalismo: a notícia como espet*áculo São Paulo: Casa Amarela, 2001, p.103.

75. ALTHEIDE, David L. *Creating Fear: News and the Construction of Crisis.* Nova Iorque: Aldine, 2002, p. 23-31.

76. ALTHEIDE, D. L., cit., p. 80-92.

mais "vítimas" que em qualquer tempo de nossa história". Outro resultado mais problemático é o papel que a população tem dado à repressão criminal e suas penas: "nós estamos cada vez mais propensos a pedir ao Estado e ao direito penal para que nos proteja do que temos medo".

A conjugação dos conceitos da "cultura do medo" e o do "discurso do medo" aponta para pontos em comum, que projetam no campo empírico suas formulações teóricas, de uma maneira evidente. São tamanhas as variadas conseqüências possíveis de detectar, que a referência a uma delas, no Brasil, ilustra suficientemente a problemática social gerada pela dramatização da violência na mídia: a busca de meios que afaste o perigo que ronda os cidadãos – segundo a "cultura" e o "discurso" do medo – fez acontecer o fenômeno da "guetização", a procura de lugares fechados, não acessíveis, onde as pessoas possam se isolar das ameaças que os cercam. Tais "guetos" se aprimoram rapidamente, oferecendo maior sofisticação, que são encontrados nos serviços de segurança privados, como equipamentos eletrônicos de vigilância e sistemas de alarmes, vigias e guardas particulares, cães adestrados para defesa, carros blindados, etc. Essa busca por maior garantia frente à violência e criminalidade, que os mídia proclamam, fez gerar uma receita tão alta no setor de segurança privada no Brasil que hoje a totalidade da arrecadação desses serviços de seguridade[77] se iguala ao Produto Interno Bruto de um país como o Uruguai.

Tendo em vista que no discurso midiático sobre a violência criminal se dá, em muitas ocasiões, uma *fusão entre realidade e ficção*, como nota Barata,[78] tal fenômeno acaba construindo uma nova percepção sobre o objeto tratado, ou seja, a própria criminalidade. Ainda que não se possa estabelecer uma relação absoluta entre os meios midiáticos e a sensação de insegurança, boa parte das investigações científicas sobre o tema assinalam relações sólidas sobre as "ondas informativas" dos mídia e o medo do delito, que adquirem uma notável importância em

77. FARIA, J. E., *O Direito na Economia Globalizada*, cit. p. 87.

78. BARATA, F. La violencia y los mass media..., cit., p. 266.

determinados setores sociais entre as quais se detecta a chamada "síndrome de punibilidade", ou a "cultura do medo", ou "o discurso do medo".

Desta maneira, a procura por um maior controle estatal penal, mais rigoroso, traduz não apenas uma mera aceitação, por grande parte da população, mas significa também a busca, pelos estrategistas do novo momento de poder mundial, de uma legitimação da intervenção penal mais rigorosa. Legitimação que será alcançada, contudo, viciada e induzida, concedida por uma população assaltada pelo pânico difundido e criado pela ação da dramatização da violência.

## 7. Análise e pesquisa sobre violência e criminalidade na televisão

O crescente fenômeno da violência apresentado na televisão e o tempo assistido pelos espectadores têm sido acompanhados por análises científicas identificadoras do comportamento agressivo. As pesquisas evidenciam que a violência na televisão contribui para o comportamento agressivo infantil, e que esse efeito pode chegar à idade adulta. Há uma relação de causa e efeito entre a violência exibida pela televisão e a futura prática de atos violentos pelos espectadores.

Nos Estados Unidos, país com o maior número de aparelhos por habitante, o Gabinete de Saúde Pública, concluiu no ano de 1972 que: "A violência na televisão realmente tem efeitos adversos em certos membros de nossa sociedade".[79] Desde então, outras organizações médicas, incluindo a Academia Americana de Psiquiatria, a Academia Americana de Pediatria, a Academia Americana de Psiquiatria da Infância e Adolescência, a Associação Médica Americana, emitiram declarações referentes à questão da violência na televisão. Absolutamente, todos os estudos demonstraram a existência de relações entre a exposição de crianças à TV e as influências indesejáveis da violência na televisão, como, por exem-

79. ANDERSON, Craig A., BUSHMAN, Brad J. The Effects of Media Violence on Society. *Science*, Washington, Vol. 295, 29.03.2002, p. 2377.

plo, a agressão, o medo, a ansiedade, a frustração, a inquietação, os conceitos deturpados da violência na sociedade e as concepções errôneas sobre a violência real.

Diante a magnitude e a própria consistência dos resultados científicos, a Unesco se ocupou de uma meta-análise e apresentou o mais amplo estudo global já realizado a respeito da influência exercida sobre as crianças pela violência, disseminada nos meios de comunicação de massa. A amostra do estudo foi formada por um núcleo original de 23 países em todo o mundo, nos quais, em função do tamanho de cada um, foram pesquisadas entre 150 e 600 crianças de 12 anos (meninos e meninas) que freqüentavam escola. Os países foram selecionados para representar diferentes regiões e estruturas de desenvolvimento social, culturas, locais de crises internacionais, guerras e altas criminalidades, assim como variadas conjunturas econômicas e sociais. Após terminar a coleta de dados, cerca de 5.000 crianças tinham participado do projeto. Os seguintes países foram selecionados para o estudo: Angola, Argentina, Armênia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Croácia, Egito, Fidji, Alemanha, Índia, Japão, Maurício, Países Baixos, Peru, Filipinas, Qatar, África do Sul, Espanha, Tajaquistão, Togo, Trinidad e Tobago e Ucrânia.

Cinco questões principais foram tratadas: 1 – Que papel a mídia, em particular a TV, desempenha na vida das crianças em nível global; 2 – Porque as crianças ficam fascinadas pela violência na mídia; 3 – Qual é a relação entre violência na mídia e o comportamento agressivo entre as crianças; 4 – As diferenças culturais e de sexo no impacto da mídia sobre a agressão; 5 – Como ambientes violentos (guerra/crime), por um lado, e o grau de desenvolvimento tecnológico, por outro, influenciam a forma de lidar com o conteúdo agressivo da mídia. [80]

Os resultados apontados no relatório "Cadernos Unesco Brasil", de 1998, demonstraram que 93% das crianças incluídas no estudo tinham acesso a um aparelho de TV e que essas crianças passam "50% mais tempo ligadas a esse meio de comunicação do que em qualquer outra atividade não escolar, incluindo ela-

80. CARLSSON, Ulla; VON FEILITZEN, Cecilia. *A Criança e a Violência na Mídia*. São Paulo-Brasília: Cortez-UNESCO, 2000, p. 218.

boração de deveres de casa, convívio com a família ou amigos, ou leitura"; as crianças também ficam "fascinadas pelos heróis agressivos disseminados pela mídia" e utilizam esses heróis como escapismo e compensação por seus problemas. [81]

As visões de mundo das crianças são influenciadas pelas experiências reais e experiências com a mídia. As crianças vivem em um ambiente no qual tanto as experiências da vida real, quanto o que é disseminado pela mídia sustentam a idéia de que a violência é natural (fusão entre a representação da violência com a realidade). O impacto da violência na mídia pode ser basicamente explicado pelo fato de ser o comportamento agressivo recompensado. Conforme nos informa o relatório da Unesco, a fascinação pela violência está quase sempre relacionada a personalidades fortes, que têm o controle da situação, são recompensadas no final por sua agressividade e podem lidar com quase todos os tipos de problema. A preferência por violência na mídia e a necessidade da criança estar envolvida em situações de agressão confirmam as características de recompensa, onde a agressão passa a ser um meio eficaz de solucionar conflitos.

Mesmo diante as muitas diferenças individuais, os padrões básicos das implicações da violência na mídia são semelhantes no mundo todo. A conclusão apresentada pelo relatório da Unesco é a de que a violência na mídia é universal e essencialmente apresentada num contexto recompensador.

As análises também revelaram que, mesmo entre as diferenças culturais, os modelos básicos das implicações da violência na mídia são semelhantes em todas as partes do mundo e que o alcance e a onipresença da violência e da criminalidade nos meios de comunicação de massa contribuíram para o desenvolvimento de uma cultura agressiva global, que através da automação e da digitalização, qualquer conteúdo da mídia (noticiários, entretenimentos e anúncios) pode ser visto na maioria das regiões do planeta.

O estudo também mostrou que há uma interação entre a violência nos meios de comunicação de massa e a vida real e que essa interação confirma-se de manei-

81. GROEBEL, Jo. "Percepção dos jovens sobre a violência nos meios de comunicação de massa". *Cadernos UNESCO Brasil: série direitos humanos*. UNESCO, 1998, p. 42-44.

ra mais marcante em relação a processos de longo prazo. Não é difícil entender por que existe esse condicionamento para a violência a longo prazo, pois tudo o que o ser humano vivencia, consciente ou inconscientemente, é gravado em sua memória consciente ou subconsciente. Portanto, todas as cenas de violência, de desrespeito ao ser humano e à natureza, ficam gravadas.

No Brasil, a abordagem mais abrangente sobre a criança e a mídia, foi apresentada pelo governo do Estado do Rio Grande do Sul, que instituiu em setembro de 1997, o Comitê de Estudos da Violência. Através da "Comissão Violência na Mídia", da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, foi apresentado um trabalho constituído pela tradução do "Guia Médico sobre Violência na Mídia", documento da Associação Médica Americana e a pesquisa coordenada pelo Ministério da Justiça, sobre os "Valores Sociais e Meios de Comunicação de Massa". O estudo foi publicado com o tema "A televisão e a violência, o impacto sobre a criança e o adolescente" e apresentou os efeitos gerais adversos, relacionados à exposição excessiva à televisão.

• Imitação de comportamento – uma vez que a principal forma de aprendizado das crianças mais jovens é a observação e a imitação, não é surpreendente que as pesquisas demonstrem que as crianças imitam o comportamento que vêem na televisão, iniciando já aos 14 meses de idade. Embora as crianças imitem os comportamentos sociais positivos que observam na mídia, também imitam os comportamentos violentos, agressivos. Para as crianças menores essa imitação inclui quadrinhos e desenhos, que elas não distinguem da violência real.

• Heróis violentos – as crianças competirão e imitarão os modelos que são apresentados. Os modelos dos quais elas gostam e que são considerados atraentes são ainda mais influentes. Esse é o motivo pelo qual os heróis violentos são mais prejudiciais às crianças do que os vilões violentos.

• Violência recompensada – A violência, que é glamourizada ou mostrada como eficaz, ensina às crianças que esta é premiada em nossa sociedade. Isso aumenta a imitação desse comportamento na vida real.

• Violência justificada – A violência tende a ser mais imitada se ela contiver implícita a mensagem: *Está correto recorrer à violência, contanto que você*

*acredite estar no seu direito*. Qual criança não acredita estar com razão em uma situação de conflito?

• Dessensibilização – A exposição repetida a qualquer estímulo provocador de emoções sem as subseqüentes conseqüências leva à dessensibilização. Não apenas ocorre um decréscimo na reação à violência, mas também há uma falta de solidariedade para com as vítimas dos ataques. Vários estudos demonstraram esse efeito também em adultos.

• Aumento do medo – Com pesada ênfase da mídia sobre a violência e a criminalidade, o mundo parece um lugar atemorizante para o espectador jovem impressionável. Este é um problema especialmente para as crianças menores, que podem ter capacidade limitada para compreender que aquilo que elas estão observando não é real. As crianças amedrontadas podem estar mais sujeitas a se tornarem vítimas ou agressores.

• Maior apetite pela violência – O processo de dessensibilização descrito anteriormente aumenta a tolerância do espectador para mais violência. Quanto mais alguns espectadores assistem, mais eles querem. As pesquisas mostraram que as seqüências dos filmes de ação quase sempre contêm mais violência do que o original.

• Violência realista – As crianças são emocionalmente mais reativas aos programas que retratam a violência realista do que àqueles de ficção. O crescimento recente da popularidade deste tipo de programa de televisão é uma fonte de preocupação. Os retratos nítidos ou sensacionalistas da violência nos noticiários podem produzir essa reação tanto quanto os programas de crimes fictícios. As crianças mais jovens podem ser incapazes de fazer essa distinção entre fantasia e a realidade.

• Cultura do desrespeito – O comportamento violento em si mesmo é o ato máximo do desrespeito. Para cada jovem que pega uma arma e atira em alguém, há muitos milhares de outros que não o fazem. Mas eles estão desrespei-

tando uns aos outros, empurrando, puxando, batendo e chutando com freqüência crescente. Isso torna as linhas que separam aqueles comportamentos mais fáceis de serem cruzadas.

## *7.1 Resultados principais da pesquisa realizada nas escolas*

Ao avaliar as pesquisas já publicadas sobre a violência na televisão, tornou-se perceptível a desigualdade das distribuições das pesquisas. A proposta e a centralização de um novo projeto de pesquisa, justificaram-se diante à necessidade de uma análise mais detalhada sobre a forma como a violência ganha a televisão brasileira, como a televisão brasileira a mostra, o porquê dela ser mostrada dessa forma e quais os seus efeitos entre as crianças, jovens e adultos. A escolha da televisão como fonte fundamental de dados nesta pesquisa justifica-se por ela ser atualmente o meio de comunicação de massa que mais influencia a sociedade brasileira.

Dentro de uma amostragem de pesquisa quantitativa e de caráter exploratório, foi realizado em junho de 2003, na cidade de Poços de Caldas – MG, junto a 386 crianças de escolas públicas e particulares, na faixa etária de 9 a 11 anos, a primeira etapa do projeto de pesquisa. Houve a elaboração de um questionário com itens padronizados, o que possibilitou uma comparação direta dos dados. A aplicação dos questionários foi realizada nas próprias escolas, na presença dos pesquisadores, evitando, assim, a influência de terceiros nas respostas das crianças.

O levantamento abordou o número de aparelhos midiáticos que a família de cada aluno dispunha em sua residência (Tabela V), o tempo de exposição da criança frente à TV (Tabela VI), outras atividades praticadas fora do período escolar e o tempo gasto com estas atividades (Tabela VII) e a comparação do tempo de exposição à televisão entre todos os participantes da pesquisa (Tabela VIII).

TABELA V

EQUIPAMENTOS MIDIÁTICOS/RESIDÊNCIA

| Aparelhos | Média por residência |
|---|---|
| Videocassete | 1,0 |
| Televisão | 2,5 |
| Computador | 0,8 |
| Som/rádio | 2,2 |
| Vídeo game | 1,2 |

De acordo com os dados, a televisão é o equipamento midiático (2,5 aparelhos/residência) mais disseminado por entre as diferentes camadas sociais e ocupa um papel proeminente na vida das crianças como fonte de informação e entretenimento. Nem mesmo a somatória de aparelhos de som e rádios ultrapassa o número de aparelhos de TV. Os resultados também demonstraram que 99% das crianças entrevistadas possuíam pelo menos um aparelho de televisão.

TABELA VI

TEMPO DE EXPOSIÇÃO – CRIANÇA/TV EM %

| Horas assistidas | Manhã | Noite |
|---|---|---|
| 0 horas | 12% | 4% |
| 1 hora | 28% | 20% |
| 2 horas | 29% | 22% |
| 3 horas | 16% | 25% |
| 4 horas | 15% | 29% |

O tempo gasto pela maioria das crianças em frente ao aparelho de TV, no período da manhã, é de 2 horas e no período da noite, é de 4 horas. O tempo gasto em frente ao televisor para uma criança, que assiste em média 3 horas diárias,

corresponde a 21 horas por semana. Desta forma, no período de um ano, esta criança em idade escolar, passou mais tempo assistindo TV do que na sala de aula, ou até mesmo, que em qualquer outra atividade extra-escolar. A televisão domina o dia-a-dia das crianças, pois o ambiente televisivo também passa a reger suas vidas.

TABELA VII

TEMPO GASTO COM OUTRAS ATIVIDADES
APÓS O PERÍODO ESCOLAR EM %

| Outras atividades | 0h | 1h | 2h | 3h | 4h |
|---|---|---|---|---|---|
| Fazer os deveres de casa | 4% | 75% | 19% | 2% | 0% |
| Ler | 26% | 45% | 18% | 4% | 7% |
| Brincar/conversar com os amigos | 9% | 31% | 24% | 19% | 17% |
| Ouvir músicas | 18% | 46% | 21% | 10% | 5% |
| Jogar vídeo game | 37% | 25% | 17% | 10% | 11% |
| Utilizar computador | 49% | 27% | 12% | 8% | 4% |
| Brincar na rua | 45% | 24% | 14% | 8% | 9% |
| Prestar ajuda à família | 22% | 41% | 19% | 11% | 7% |

As crianças relataram sobre o tempo que gastam em diferentes atividades. Nos itens, fazer os deveres de casa, brincar/conversar com os amigos, ouvir música e prestar ajuda à família, a maioria dos alunos gasta uma hora. Os resultados referentes aos itens jogar vídeo game e utilizar o computador, por se tratarem de equipamentos de valores mais elevados, mostram que quase a metade dos alunos não utiliza este tempo. No item brincar na rua, o que surpreendeu foi o fato de que 45% das crianças não realizam mais esta atividade. Mais uma vez, ficou demonstrado que assistir TV é a atividade preferida das crianças. A combinação de informações auditivas e visuais torna a televisão muito mais atraente do que qualquer outro meio de comunicação de massa, tais como os livros (45% das crianças que responderam o questionário realizam uma hora de leitura por dia e 26% não

lêem). Estes dados revelaram que a televisão se tornou um fator de socialização importante na vida das crianças.

TABELA VIII

HORAS ASSISTIDAS /DIA EM %

| Horas | Escola A | Escola B | Escola C | Escola D |
|---|---|---|---|---|
| 0 horas | 12% | 6% | 6% | 6% |
| 1 hora | 27% | 25% | 26% | 18% |
| 2 horas | 27% | 27% | 24% | 23% |
| 3 horas | 16% | 23% | 21% | 23% |
| 4 horas | 18% | 19% | 23% | 30% |

Para a seleção das escolas, houve a preocupação, dentre as escolas particulares, em eleger uma primeira, que apresentasse maior poder aquisitivo por parte de seus alunos, e uma segunda, com um poder aquisitivo menor. Idêntico método foi aplicado às escolas públicas, tendo sido escolhida uma escola da rede pública na qual os seus alunos apresentassem um poder aquisitivo maior do que a da segunda escola pública escolhida, situada em um bairro de periferia. Assim, elaborou-se a seguinte legenda: Escola "A" (particular, de maior poder aquisitivo, com 105 alunos avaliados); Escola "B" (particular, de menor poder aquisitivo, com 84 alunos avaliados); Escola "C" (pública, de maior poder aquisitivo, com 104 alunos avaliados); Escola "D" (pública de menor poder aquisitivo, com 84 alunos avaliados).

O quadro comparativo da TABELA VIII oferece valores bastante significativos. As porcentagens são bem distribuídas entre o espaço de 1 a 4 horas gastas pelas crianças assistindo à televisão. Em relação ao tempo de 1 hora, os alunos da escola "A" apresentam o maior valor: 27%; a menor fica com a escola "D", com 18%; já o tempo de 2 horas mostra uma proximidade entre os quatro grupos, com variação de 23% a 27%. No espaço de tempo de 3 horas, o equilíbrio se mantém, com variação de 16% a 23% entre as quatro escolas. O mesmo padrão é repetido

no que se refere às 4 horas gastas pelos alunos assistindo televisão, mas aqui há um diferenciador. Enquanto as porcentagens das Escolas "A", "B" e "C" são de 18%, 19% e 23%, respectivamente, a escola "D" apresenta a expressiva parte proporcional de 30%. Tem-se, portanto, o atraente valor de 1/3 das crianças gastando, em média, 4 horas do seu tempo livre assistindo a programas de televisão ao dia.

Dentro deste perfil, a pesquisa apontou uma correlação inversa entre o maior poder aquisitivo e o tempo de permanência frente ao televisor: quanto menor o poder aquisitivo, maior é o tempo gasto pelas crianças assistindo TV. Isso pode estar relacionado a dois aspectos: o primeiro é que as famílias com menos dinheiro, não podem pagar por atividades alternativas e o segundo, é o próprio ambiente familiar, pais que trabalham fora, durante todo o dia, aconselham às crianças não brincarem na rua (supostas vizinhanças inseguras). Estas crianças voltam para a casa após o período escolar, trancam as portas e se dedicam à atividade de assistir TV.

## *7.2 Análise de conteúdo e estudo sobre a programação televisiva brasileira*

A segunda etapa do projeto corresponde às gravações em VHS (*Vídeo Home System*) averiguadoras das programações assistidas na TV. Dois levantamentos foram realizados. No primeiro foi utilizada a técnica da semana composta, através da qual foram gravados todos os canais em um único dia da semana, intercalando-os durante as semanas subseqüentes. Na primeira semana, a gravação da programação relativa às quatro redes ocorreu na segunda-feira. Na segunda semana, o mesmo procedimento na terça-feira, e assim sucessivamente. Tal técnica controla a variável *fatos sensacionais*, evitando a repetição de temas que se mantêm por vários dias na televisão. Nesse caso, a possibilidade das redes de TV abordarem constante e exaustivamente um mesmo fato por horas e dias a fio é muito grande, o que terminaria por trazer prejuízos na posterior análise qualitativa dos eventos. Procedeu-se à grava-

ção durante oito semanas, de 01.04.2003 a 27.05.2003, um dia por semana, registrando 8 horas diárias de programação contínua.

Para o segundo levantamento, as gravações atuaram sobre programações específicas, nas quais a violência passa a ser explorada de forma sensacionalista. São programações em que as estratégias de narrativas transformam as notícias em espetáculos. A seleção da programação restringiu-se ao "Jornal Nacional", "Jornal da Band", "Jornal da Record", "Brasil Urgente", "Cidade Alerta" e "Linha Direta", exibidos entre 11.08.2003 a 21.08.2003.

Todas as gravações foram definidas entre as quatro redes de abrangência nacional: Globo, SBT, Record e Bandeirantes – "89% das emissoras de TV aberta existentes no país concentram-se quatro grandes redes". [82] Os objetivos foram o de avaliar o grau de violência da programação das quatro redes, caracterizar a violência emitida e comparar as redes quanto ao grau de violência, possibilitando a análise da quantidade e do contexto da violência na televisão brasileira.

A análise das fitas foi conduzida através da contagem dos eventos indicadores de fatos violentos em si e fatos criminosos, mesmo porque a mídia em geral faz esta superposição de conflitos, através da dramatização da violência.

Consideram-se fatos violentos: morte não natural (homicídios, suicídios, mortes em acidentes de trânsito, morte por fenômenos da natureza e semelhantes), agressão física, agressão verbal, crimes contra o patrimônio particular (roubo e furto) ou público (dano ao patrimônio público), tortura, droga (tráfico e uso de drogas lícitas e ilícitas), preconceitos (sociais, econômicos, religiosos, raciais, sexuais).

Para as denúncias não criminosas, foram observadas as denúncias de acusações de paternidade, pensões alimentícias e outras similares.

Com relação à fome e à miséria não foram contados os eventos relacionados com propagandas governamentais, como o programa "Fome Zero".

Resultados:

82. Silva, Tadeu, Antonio Dix. *Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, 2000, p. 397.

## TABELA IX

### CONTAGEM DE EVENTOS/REDE GLOBO

| Eventos | Programação contínua | Jornal Nacional | Linha Direta |
|---|---|---|---|
| Morte | 15 | 14 | 123 |
| Agressão física | 59 | 24 | 78 |
| Agressão verbal | 22 | 0 | 27 |
| Tortura | 0 | 0 | 0 |
| Patrimônio | 17 | 16 | 84 |
| Droga | 7 | 7 | 3 |
| Preconceito | 3 | 0 | 27 |
| Denúncias não criminosas | 0 | 1 | 6 |
| Fome/miséria | 0 | 9 | 9 |
| **Total de eventos** | **93** | **71** | **357** |

## TABELA X

### CONTAGEM DE EVENTOS/REDE SBT*

| Eventos | Programação contínua |
|---|---|
| Morte | 84 |
| Agressão física | 78 |
| Agressão verbal | 52 |
| Tortura | 4 |
| Patrimônio | 19 |
| Droga | 0 |
| Preconceito | 4 |
| Denúncias não criminosas | 2 |
| Fome/miséria | 0 |
| **Total de eventos** | **243** |

* A programação do SBT não apresenta uma programação específica, nos moldes das outras redes.

TABELA XI

CONTAGEM DE EVENTOS/REDE RECORD

| Eventos | Programação contínua | Cidade Alerta | Jornal da Record |
|---|---|---|---|
| Morte | 44 | 246 | 44 |
| Agressão física | 38 | 227 | 23 |
| Agressão verbal | 7 | 135 | 3 |
| Tortura | 0 | 0 | 1 |
| Patrimônio | 15 | 150 | 55 |
| Droga | 17 | 117 | 19 |
| Preconceito | 3 | 57 | 8 |
| Denúncias não criminosas | 6 | 115 | 5 |
| Fome/miséria | 6 | 16 | 31 |
| **Total de eventos** | **136** | **1063** | **189** |

TABELA XII

CONTAGEM DE EVENTOS/REDE BANDEIRANTES

| Eventos | Programação contínua | Brasil Urgente | Jornal da Band |
|---|---|---|---|
| Morte | 44 | 227 | 26 |
| Agressão física | 82 | 221 | 28 |
| Agressão verbal | 14 | 88 | 3 |
| Tortura | 2 | 1 | 0 |
| Patrimônio | 12 | 127 | 46 |
| Droga | 18 | 35 | 6 |
| Preconceito | 9 | 48 | 10 |
| Denúncias não criminosas | 24 | 82 | 0 |
| Fome/miséria | 0 | 1 | 0 |
| **Total de eventos** | **205** | **830** | **119** |

TABELA XIII

PROGRAMAÇÃO CONTÍNUA/EVENTOS

| Emissoras | Morte | Agressão Física | Patrimônio |
|---|---|---|---|
| Globo | 15 | 59 | 17 |
| SBT | 84 | 78 | 19 |
| Record | 44 | 38 | 15 |
| Bandeirantes | 44 | 82 | 12 |
| **Total de eventos** | **187** | **257** | **63** |

TABELA XIV

PROGRAMAÇÃO ESPECÍFICA/EVENTOS

| Emissoras | Morte | Agressão Física | Patrimônio |
|---|---|---|---|
| Globo | 137 | 102 | 100 |
| Record | 290 | 250 | 205 |
| Bandeirantes | 253 | 249 | 173 |
| **Total de eventos** | **680** | **601** | **478** |

TABELA XV

FOME/MISÉRIA

| Emissoras | Programação Contínua | Programação Específica |
|---|---|---|
| Globo | 0 | 18 |
| SBT | 0 | - |
| Record | 6 | 47 |
| Bandeirantes | 0 | 1 |
| **Total de eventos** | **6** | **66** |

Os dados mostram claramente que dentre todas as redes de abrangência nacional (Globo, SBT, Record e Bandeirantes), nos mais diversos gêneros

de programação (infantil, filmes, novelas, noticiários, documentários), a violência prevalece em todos os canais e a maioria das programações apresenta cenas de violência.

Entre as programações específicas (noticiários e programas com apelos violentos), há uma mudança significativa na contagem de eventos, demonstrando a preferência dos telespectadores pela transformação da violência em espetáculo, o que pode ser confirmado pelos estudos específicos sobre a audiência televisiva. Desta forma, o público brasileiro, diante a aceitabilidade destas programações, confirma a permanência de programações em que o principal atrativo é a abordagem de temas ligados à violência.

É especialmente preocupante a freqüência com que os eventos aparecem nas programações das quatro emissoras. A mídia exalta a violência nos telejornais, nos filmes, nas novelas, nos seriados, nos programas infantis, esportivos, *talk shows*, comerciais e coberturas ao vivo, nos quais o apelo violento é constante.

O cotidiano das crianças, adolescentes e adultos está significativamente agendado pela programação televisiva, e a representação da violência tem encontrado o seu próprio espaço de realização.

Pela análise dos eventos, identificamos que as emissoras evidenciam uma violência apelativa, fundamentada na exploração das imagens da violência, e a exibição dos fatos concentra-se principalmente nos eventos morte e agressão física.

Neste contexto, a violência está sempre presente, a influência sobre as crianças torna-se bastante acentuada. Como receptora das mensagens veiculadas pela televisão, ela recria o que vê e ouve, segundo suas experiências, num processo de mudança constante e interativa, num processo de aprendizagem de atitudes e troca de conhecimento. A exposição das crianças às programações pode influenciar em seus comportamentos. Além de passarem a encarar

a violência como algo banal (dessensibilização à violência), também se tornam mais agressivas, justamente por serem mais vulneráveis e facilmente impressionáveis. As crianças apresentam dificuldade em "fazer a triagem das informações provenientes de cada um destes diferentes contextos"... "dificuldade em distinguir a realidade da ficção". [83]

Uma criança que assiste o "Jornal da Band", conforme os dados da Tabela XII, ficará exposta a aproximadamente 20 cenas de violência ao dia. Num mês a estatística sobe para 600; num ano, para 7.300. Se, utilizarmos a Tabela XI, onde são encontrados os maiores números de eventos violentos, junto à programação "Cidade Alerta", em um ano, essa criança ficará exposta a aproximadamente 64.457 cenas de violência. Numa outra abordagem, de acordo com a Tabela XI, como a somatória dos eventos, corresponde a 6 dias de gravação do programa "Cidade Alerta", essa mesma criança, ficará exposta em um ano a 14.965 mortes, 13.809 agressões físicas, 8.212 agressões verbais e 9.125 cenas de furto, roubo e destruições patrimoniais.

Para Ramonet, isto afeta terrivelmente as crianças que assistem a esses programas. Primeiro pelo impacto das imagens e segundo pela reação da família frente a estas exposições, a ansiedade é muito forte. "Este efeito de ansiedade se traduz em uma violência psicológica que pode marcar o ânimo da criança, impressioná-la e perturbá-la". [84]

A banalização dos programas baseados na exploração das imagens de violência apresenta um mesmo perfil, pois são fabricados através de estratégias narrativas onde cada caso se transforma em um grande espetáculo, seguindo um roteiro em que os personagens são os apresentadores, vítimas, familiares, amigos, agressores e autoridades. Assim, ao telespectador é entregue uma vio-

83. POPPER, Karl R.; CONDRY, John. *Televisão um Perigo para a Democracia*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 37.

84. RAMONET, Ignacio. Piensamiento único..., cit., p. 71-72.

lência não vivida, mas apenas vista, pois a exposição à violência produzida pela TV transforma o fenômeno da violência em algo irreal e a violência passa a fazer parte do cotidiano daqueles que nunca a confrontaram enquanto uma experiência vivida. A violência de que se cuida hoje não é uma violência qualquer, que contrarie, em linhas gerais, o direito ou a justiça, mas de um fenômeno de comunicação, que passa de uma pessoa para outra, e a todos afeta. Trata-se da *dramatização da violência.*

Desta forma, tanto a visão das crianças como a dos adolescentes e dos adultos ficam dominadas pelas imagens simuladas da violência. Estas imagens transcendem a realidade da própria violência. As imagens são verossímeis e não verdadeiras, pois a coincidência promovida pela televisão entre o real e a imagem, entre a realidade e a ficção, provoca a perda de valores que deveriam ser reforçados, como a vida, a solidariedade, o respeito às diferenças e outros. Há uma concentração em torno da violência, como solução para qualquer situação. Essa exposição visual equivocada transforma-se em representação da violência, onde os fatos só existem quando são veiculados pela televisão. Perde-se a noção exata da dimensão, porque a imagem tem o seu poder criativo independente do tempo e do espaço, tornando-se repetitiva e persistente e demonstrando que a violência está sempre presente. Neste contexto de insegurança, solidifica-se também a cultura do medo, na qual os valores individualistas influenciam na rotinização da violência.

A própria televisão se alimenta da cultura do medo e da violência. Por ser a indústria cultural um setor econômico, financeiro e tecnológico, é a audiência que determina quem serão os futuros investidores, a fórmula "medo/violência" torna-se bastante lucrativa. Para Karl Popper, "A violência, o sexo, o sensacionalismo são os meios a que os produtores de televisão recorrem mais facilmente: é uma receita segura, sempre apta a seduzir o público. E, se este acaba por se cansar, basta aumentar a dose". [85] É por isso que existe *toda esta*

85. POPPER, K.; CONDRY, J., cit., p.22.

*campanha de medo e de consumo, e que deriva da idéia básica de que "se você mantiver as pessoas aterrorizadas, elas consumirão".* [86]

Após as análises de conteúdo e identificação dos programas exibidos, também foi constatada uma linguagem uniforme para os acontecimentos protagonizados por pessoas pobres e delinqüentes. Os programas televisivos agrupam os excluídos, tanto por suas condições objetivas de pobreza quanto por seus atributos de delinqüência. Mesmo entre as diversas emissoras, os discursos dão homogeneidade à denominação. Os discursos que dariam lugar à heterogeneidade permanecem no limbo das coisas que não são ditas e apenas denominadas, o que acarreta um silêncio no próprio ato de nomear. Uma boa referência encontra-se quando as imagens apresentam agricultores caminhando, por uma estrada, e o discurso televisivo nos oferece a denominação "sem-terra", tornando por definitiva sua passagem de trabalhador rural para a condição de não possuidor de propriedade agrícola, um sem-terra.

Para uma mídia televisiva, viciada em imagens de impacto e violência, a fome e a miséria deixam de ser mostradas (resultados da Tabela XV), porque fere o objetivo principal da televisão que é o de captar a atenção do público e mantê-la, para que os anunciantes vendam os seus produtos.

A tragédia social não é um bom produto para se vender e mesmo quando é trabalhada pela mídia, não recebe um tratamento adequado. Desta forma percebemos que o tráfico sexual de homens, mulheres, crianças e adolescentes, para fins de exploração sexual, o trabalho escravo, o uso de mão-de-obra infantil, a servidão por dívidas, entre outros, não captam a atenção do telespectador e isto provoca um desvio da informação correta, o telespectador aceita estas imagens como uma fatalidade da condição humana porque estes personagens foram eternamente condenados pela mídia àquela condição de vida e nada podem reivindicar.

86. MOORE, Michael. *Tiros em Columbine*. Mídia: DVD. Barueri: Alpha Filmes, 2004.

Pessoas pobres e delinqüentes são construídas como objetos do discurso televisivo. Através das narrativas, nós pouco sabemos sobre eles como indivíduos porque, segundo a ótica televisiva, os excluídos normalmente se confundem com o acontecimento que os transformam em notícia. Eles não têm história porque fazem parte da história da exclusão social disciplinada e sujeitada às regras da linguagem televisiva. Tipos heterogêneos, como as crianças que vivem na rua, tornam-se rotulados como "inimigos sociais", mas as suas condições de seres excluídos não são ditas porque a própria linguagem em seu exercício de excluir, opera a discriminação: o "menor de rua" é favelado, não tem família, não precisa de estudo e não tem futuro, pois o sistema que gera estes menores, não é sequer discutido pela televisão. A partir deste reconhecimento, é possível criar a resposta de que a mensagem recebida é natural, faz parte da natureza humana e está compreendida entre os "males da humanidade". Desse modo, a manipulação da linguagem construída, como prática social excludente, torna-se sustentada pelos que aderem a esta linguagem.

## *7.3 Resultados do primeiro estudo longitudinal sobre a violência exibida nas programações e o comportamento agressivo*

O espaço dedicado pela televisão aos crimes, aos criminosos e às cenas de violência, contribui para o desenvolvimento de pesquisas sobre a violência e a criminalidade. Um estudo realizado por Huesmann, em 1986, descobriu que a exposição à violência na televisão aos 8 anos de idade ajudava a predizer comportamento criminoso em uma amostra de adultos. [87]

Para demonstrar a existência da relação entre a exposição da criança à violência exibida nas programações e o comportamento agressivo, Jefrey G.

87. CARLSSON, U., FEILITZEN, C., cit., p.72.

Johnson, Patrícia Cohen, Elizabeth M. Smailes, Stephanie Kasen e Judith S. Brook publicaram na revista *Science*, em março de 2002, os resultados de uma pesquisa longitudinal iniciada em 1975. Os pesquisadores passaram a acompanhar um grupo de 707 famílias, com filhos entre um e dez anos. A idade média era 5,8 em 1975; 13,8 em 1983; 16,2 em 1985-86; e 30,0 em 2000. Durante este intervalo de tempo, todos os participantes eram entrevistados para saber quanto tempo passavam assistindo à televisão. Também foi avaliada a renda familiar, a escolaridade dos pais, o abandono na infância, a negligência paterna, os níveis de violência na própria comunidade e a presença de transtornos psiquiátricos nas crianças.

A prática dos atos agressivos foi avaliada por questionários aplicados aos jovens e às suas mães, separadamente. Os dados fornecidos pelos participantes foram cruzados com registros criminais da polícia federal dos EUA e do Estado de Nova York. Foram consideradas as prisões e as multas aplicadas às condutas criminosas.

Os resultados demonstraram uma correlação significativa entre o tempo de exposição e a probabilidade de praticar atos violentos contra terceiros. Enquanto 5,7% dos adolescentes que viam até uma hora de TV por dia cometiam atos de violência, a proporção subia para 18,4% com um tempo televisivo que variava de uma até três horas e alcançava a marca de 25,3% com três ou mais horas de TV diárias. Há realmente uma conexão entre o tempo de exposição televisiva e o crescimento da criminalidade.

Os autores da pesquisa verificaram que independentemente dos fatores de risco, com ou sem histórico de comportamento agressivo, o número de horas que um adolescente de 14 anos fica exposto à televisão, está relacionado com o risco de posteriores atos agressivos entre os jovens. No subgrupo masculino, assistir televisão por volta dos 14 anos, foi relacionado com posteriores assaltos ou brigas, resultando lesões e atos agressivos contra outras pes-

soas. Embora, a prevalência de subseqüentes atos agressivos aumente em relação à exposição à televisão na média dos 14 anos entre ambos os sexos dos pesquisados, a relação não atingiu relevância estatística para o subgrupo feminino. A relação entre o assistir TV na idade de 14 anos e qualquer ato agressivo contra outra pessoa foi muito mais relevante no subgrupo masculino do que no feminino.

Conclusões semelhantes foram estabelecidas, analisando um jovem, com idade média de 22 anos e o assistir televisão foi associado com subseqüentes assaltos e brigas, resultando lesões corporais. No subgrupo feminino, o assistir TV na média dos 22 anos foi associado com subseqüentes assaltos, brigas, resultando em lesões corporais, roubo, emboscadas para ferir alguém e uso de armas para cometer crimes. A relação entre o assistir televisão na idade média de 22 anos e qualquer ato agressivo contra outra pessoa teve maior relevância no subgrupo feminino em comparação com o masculino.

Outro dado verificado foi o de que os jovens na idade média de 16 anos, que cometeram assaltos ou participaram de brigas que resultaram em lesões, gastaram mais tempo assistindo televisão aos 22 anos do que o restante do grupo.

Os presentes resultados indicam que a extrema exposição de jovens à televisão está relacionada com um aumento na probabilidade de cometerem atos agressivos contra outras pessoas. As descobertas são condizentes com a hipótese de que a extensiva exposição à televisão, ajuda a explicar a relação entre a probabilidade dos riscos posteriores e o comportamento agressivo.

O estudo é o primeiro a afirmar que a exposição à violência pela televisão não afeta apenas às crianças. Demonstra que esta exposição também exerce efeito na idade adulta e que, quanto maior é o número de horas diárias assistidas, mais freqüentes são as práticas de crimes violentos.

Para Jeffrey Johnson, "É preciso reduzir a 1 hora diária o tempo gasto por adolescentes diante da TV. Do contrário, o risco de que jovens entre 16 e

22 anos desenvolvam comportamento violento ou mesmo criminoso pode triplicar... Hoje, 60% da programação nos EUA mostram cenas violentas. Isso está presente não só em programas de entretenimento e filmes, mas também nos comerciais".[88]

A análise apresentada pelo Departamento de Psicologia da Universidade de Iowa, através de Craig Anderson e Brad Bushman,[89] reafirma a importância do trabalho desenvolvido por Johnson e sua equipe. Diante da evidência de que a exposição excessiva de jovens à televisão está relacionada com posteriores atos agressivos, ficou demonstrado que a experiência é importante por pelo menos três razões: por ser o primeiro estudo longitudinal relacionado à exposição de jovens à televisão com as agressões, contradizendo o senso comum de que a violência na mídia afeta apenas as crianças; pelo seu grupo pesquisado (707 famílias) e mais o tempo da pesquisa (17 anos), o qual permitiram um acompanhamento significativo entre a exposição à televisão e os comportamentos agressivos contra as outras pessoas (como assalto e roubo); e pelo controle estatístico/eliminação dos fatores de risco que afetam o comportamento agressivo.

Em síntese, o trabalho de Jeffrey Johnson e sua equipe, trouxeram as seguintes conclusões:

- quanto maior o número de horas diárias assistidas, mais freqüente é a prática de crimes violentos por esses telespectadores;
- adolescentes e jovens adultos expostos à televisão por mais de três horas por dia contam com a probabilidade de praticar atos violentos, cinco vezes mais do que aqueles que assistem menos de uma hora;
- o efeito danoso da violência na televisão atinge todas as faixas etárias e mais particularmente as crianças e os adolescentes;

88. JOHNSON, G., Jeffrey; COHEN, Patrícia; SMAILES, Elizabeth M.; KASEN, Stephanie; BROOK, Judith S. *Science*, Washington, Vol. 295, 29.03.2002, p. 2.471.

89. ANDERSON, C. A., BUSHMAN, B. J., op. cit., p. 2.377-2.378.

• todos os dados pesquisados apontam para uma conexão causal entre violência na mídia e o comportamento agressivo das pessoas.

## 8. Delimitação conceitual de violência e criminalidade

À vista das construções efetivadas pela ação da dramatização da violência, os significados precisos das acepções de violência e criminalidade, esses conceitos hoje encontram-se difusos, quando a própria violência passa a ser sinônimo de criminalidade. Entretanto, essa superposição de conceitos não é dotada de cientificidade, visto que nesta sobreposição de acepções, a área de significado de um conceito passa a abranger a de outro, gerando uma imprecisão conceitual que não deve persistir.

Face a este cenário, torna-se claro que a pesquisa da compreensão científica do fenômeno da violência deve pautar-se primeiramente por desconectar ambos os conceitos, o da criminalidade e o da própria violência.

A criminalidade deve ser entendida a partir de seu sentido etiológico, ou seja, desde a própria noção do crime como a ação ou omissão de uma determinada pessoa que corresponda a uma conduta prevista como delito em leis penais e que possua todos os requisitos de punibilidade – em observância ao princípio do humanismo iluminista "*nullum crimen nulla poena sine lege*", acolhido como direito fundamental na Constituição Federal ("não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" – art. 5.º, XXXIX). Já a noção de criminalidade manifesta-se como "o conjunto de todas as ações ou omissões puníveis dentro de um determinado âmbito temporal e espacial". [90]

Por conseqüência, a distinção entre delito e criminalidade indica que esta é a soma de todos os crimes. Porém do ponto de vista conceitual há de se

90. ROXIN, Claus. *La evolucion de la Politica criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valência: Tirant Lo Blach, 2001, p. 38.

colocar em relevo que a conduta criminosa é tanto um fenômeno social (criminalidade), como individual (delito), para cuja descrição e explicação, são competentes tanto as ciências sociais como as humanas. Essa distinção pode apontar, além de meras estatísticas sobre os crimes, também que "na origem e evolução da criminalidade incidem mais e distintos fatores (históricos, culturais, sociológicos, econômicos, etc.)". [91]

A partir deste prisma, e afastando-nos da acepção reducionista de violência dada pelos processos de dramatização, cumpre contemplar uma questão essencial para a presente pesquisa, referente à conceituação acerca da violência.

Em que pese a enorme gama de significados que se pode atribuir ao termo, o que poderia conduzir a incontáveis interpretações, deve-se, aqui, neste primeiro momento, expor algumas referências acerca do mesmo, a fim de situar sua compreensão por determinados autores, para, finalmente, buscar traçar o conceito de violência sob ótica própria.

Pinheiro e Almeida [92] consideram duas definições de violência. A primeira, que os autores denominam de básica, é assim exposta: "ação intencional que provoca dano". Há uma intenção e dessa intenção pode (e não necessariamente deve) surgir o dano. Reconhecendo o caráter complexo da violência, Pinheiro e Almeida avançam na sua análise, admitindo a necessidade de definições específicas de violência. Escrevem: "para que possamos medir a violência e fazer análises comparativas entre várias sociedades, é essencial que tenhamos uma definição ampla de violência". [93] Em seguida expõem a definição dada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como a que possibi-

91. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., op. cit., p. 27.

92. PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Violência Urbana*. São Paulo: Publifolha, 2003, p. 13.

93. PINHEIRO, P. S.; ALMEIDA, G. A. de., op. cit., p. 15.

litaria tal amplitude: "O uso intencional da força física ou do poder, real ou potencial, contra si próprio, contra outras pessoas ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação". [94] De acordo com essa definição, reconhece-se que a violência não conduz necessariamente à morte, podendo, ao invés disso, ocorrerem danos psicológicos e/ou sociais. Contudo, ao procurar situar a violência, seja no Brasil, seja em termos mundiais, Pinheiro a Almeida reduzem a violência à criminalidade ao exibirem apenas dados estatísticos – significativos, necessário que se diga – acerca dos homicídios.

A criminalidade é importante para demonstrar uma violência que é um fenômeno mundial? Sem dúvida. O que se contesta, no entanto, é a redução da violência à criminalidade. Uma vez que os autores, a partir da definição da OMS, reconhecem a complexidade do conceito de violência, esperava-se que outros aspectos, que não apenas a criminalidade (traduzidas, como já dito, pelas taxas de homicídio), servissem de base para mapear a violência. Para tanto, veja-se: "Se aplicarmos a definição e a tipologia da violência ao Brasil, como a situação se apresentará? O que chama a atenção, especialmente desde a década de 1980, são os altos números da violência interpessoal, entre os mais elevados da comunidade internacional. Nas expressões dessa violência, incluem-se os homicídios, latrocínios e acidentes de trânsito. Grande proporção dos homicídios é perpetrada no contexto da criminalidade urbana, especialmente nas nove regiões metropolitanas". [95]

Contrapondo-se a este entendimento, Kahn [96] narra que visando atender a uma sugestão do Programa Nacional de Direitos Humanos, o Ministério da

94. PINHEIRO, P. S.; ALMEIDA, G. A., op. cit., p. 16.

95. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., op. cit., p. 27.

96. KAHN, Tulio. "Mapa de Risco da Violência: um indicador seguro para a tomada de decisões?". Em *Revista do ILANUD*, São Paulo, n. 02, 1997, p. 43.

Justiça encomendou ao CEDEC (Centro de Estudos de Cultura Contemporânea) a elaboração de "Mapas de Risco da Violência" nos municípios de São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador e Curitiba. A idéia do PNDH sugeria que as autoridades deveriam eleger áreas prioritárias e apresentar propostas direcionadas à problemática dos direitos humanos.

Todavia, esse conceituado centro de estudos não ficou imune à dramatização da violência, e ao invés de elaborar um estudo que contemplasse quer a violência contra a pessoa humana nas suas distintas manifestações concretas, tratou a violência apenas no sentido criminal, optando por confeccionar o Mapa de Risco utilizando-se exclusivamente da "taxa de homicídios por 100 mil habitantes". [97]

A opção pela taxa de mortalidade para a representação do "risco de violência" feita pelo CEDEC, demonstra que a reprodução e espraiamento da cultura da dramatização da violência, uma vez que esta escolha reproduz a sinonímia entre criminalidade e violência, que não corresponde à realidade fática, e confirma ser essa dramatização, uma questão mais comunicacional que factual. Caminham nesse sentido as ponderações de Akermam, ao ponderar que "o homicídio não pode ser considerado o único evento violento passível de análise", agregando ser necessárias outras inserções, como os acidentes de trânsito que não se constituem crimes para elaboração de Mapas de Risco. [98] Kahn também entende inadequado perquirir um fenômeno complexo a partir "de um indicador singular, o homicídio". [99]

Um outro ponto que merece análise é a relação entre violência e democracia. Escrevem Pinheiro e Almeida: "Embora a transição e a consolida-

97. KAHN, T., op. cit., p. 41.

98. AKERMAN, Marco. *Mapa de risco da violência: cidade de São Paulo.* São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1997, p.3.

99. KAHN, T., op. cit., p. 42.

ção democrática tenham fornecido as condições básicas para novas formas de convívio e pacificação, o retorno à democracia coincidiu com o aumento da violência e a multiplicação de gangues, máfias e outras organizações criminosas em várias cidades brasileiras". [100] Fazendo coro a essa consideração, Peralva, pontua: "O retorno à democracia efetuou-se *pari passu* com uma intensificação sem precedentes da criminalidade. O número de delitos já havia aumentado nos anos 70. Mas foi nos anos 80, no exato momento em que a abertura política se iniciava, que o *crescimento das taxas de homicídio se acelerou*, (nota – grifos nossos) atingindo patamares até então desconhecidos e combinando-se a outras formas de violência múltiplas e fragmentárias". [101] E mais: "(...) à medida que a transição democrática ocorreu sob a forma de uma ruptura progressiva com a experiência autoritária, importantes demandas relativas à reconstrução das instituições responsáveis pela ordem pública foram deixadas de lado. Sem realmente poder contar com instituições novas em terreno sensível, e já não mais dispondo dos mecanismos de regulação do período autoritário, a democracia terminou abrindo amplas possibilidades para que a violência se desenvolvesse". [102]

Vê-se que, ao situar – e reconhecer – a relação entre democracia e aumento de violência, Peralva reduz a violência à criminalidade, postura que vai de encontro às considerações de Arruda Aranha, que trilha caminho mais amplo: "existe prejuízo quando *privamos* alguém daquilo a que tem direito e com isso lhe causamos dor, sofrimento, e o "diminuímos" em sua humanidade. Não mais o vemos em sua integridade, como um sujeito, dono de si, senhor de direitos, mas como uma coisa. Nesses casos, estamos provocando a *destruição*

100. PINHEIRO, P. S.; ALMEIDA, G. A. de., op. cit., p. 31.

101. PERALVA, Angelina. *Violência e democracia: o paradoxo brasileiro.* São Paulo: Paz e Terra, 2001, p.73.

102. PERALVA, A., op. cit., p. 20-21.

do outro, que se configura a partir de diversos *tipos* de violência: ferir, matar, prender, roubar, ameaçar, humilhar. Essas formas atingem a integridade do corpo e da vida, a liberdade de movimento, o direito à propriedade, ou ainda perturbam o espírito e a dignidade das pessoas. Por isso, a violência se exerce não só quando matamos ou ferimos fisicamente alguém, mas também quando, por exemplo, o caluniamos (ferimos a sua imagem pública) ou quando o doutrinamos (impedimos seu livre exercício de crítica)". [103]

Arruda Aranha busca, assim, oferecer um panorama mais amplo acerca do conceito de violência, não o considerando exclusivamente vinculado à criminalidade. Prossegue a autora: "quando falamos em violência, logo pensamos em crimes tais como homicídio, estupro, roubo seguido de morte, que são exemplos de "violência vermelha", assim chamada por ser cruenta, isto é, sanguinolenta. Poucos se preocupam, no entanto, com a violência "branca", muito mais sutil, porque não "salta à vista", passa desapercebida como se apenas resultasse da "ordem natural das coisas". [104] Nesse caso, pode-se considerar a fome e a miséria, ou seja, condições que conformam a exclusão social.

Nessa mesma linha de pensamento, Michaud estabelece, mediante ponto de vista amplo, que a violência existe "quando, numa situação de interação, um ou vários atores agem de maneira direta ou indireta, maciça ou esparsa, causando danos a uma ou várias pessoas em graus variáveis, seja em sua integridade física, seja em sua integridade moral, em suas posses, ou em suas participações simbólicas e culturais". [105]

Alberto Silva Franco, [106] em texto elaborado especialmente para este trabalho, ilumina a discussão ao considerar que: "construir o conceito de vio-

103. KUPSTAS, M. *Violência em debate*, São Paulo, Moderna, 1998, p. 26-27.

104. KUPSTAS, M. op. cit., p. 27-28.

105. MICHAUD, Y. op. cit., p.10-11.

106. FRANCO, Alberto Silva. *Conceito de Violência*. São Paulo, mimeo, 2004, p. 1.

lência é tarefa quase diabólica tantas são suas faces e suas formas de expressão. Se a percepção da violência pode ser apreendida com extrema facilidade diante da contundência fisicamente visível, é ela de difícil captura quando se mascara com sutilezas ou se oculta através de manobras sub-reptícias. Daí a dificuldade de demarcar as balizas do conceito positivo de violência. Melhor é tentar defini-la sob angulação diversa".

E deste prisma, Silva Franco concebe a violência como "tudo o que, do ponto de vista negativo, afeta o ser humano na sua dignidade, na sua vida, na sua liberdade, na sua intimidade, na sua honra ou, dito de modo mais concreto, nos seus direitos fundamentais e que, por isso, impede o pleno desenvolvimento ou interfere na auto-realização da pessoa humana".

É evidente, desta maneira, que o crime, enquanto expressão de uma determinada modalidade de violência, tem área de significado bem mais restrita.

Entende-se, portanto, que a redução (e a reprodução) da equação violência = criminalidade, que cada vez mais se torna mais vigorosa, mostra-se imprópria. Violência deve ser compreendida em sentido amplo. Criminalidade, assim, constitui-se em *uma* forma de violência, constitui-se em um subconjunto que compõe, ao lado de outros, o conjunto maior, que é a violência.

Além disso, o impacto da mídia televisiva e seus efeitos negativos apontam para uma relação de causa e efeito entre a violência reproduzida e editada pela televisão e o crescimento da criminalidade. Essa consideração conduz à construção de um conceito, que se constitui em sub-conjunto da violência, que deve ser compreendido como violência midiática: *há violência midiática quando a mídia impõe ao ser humano uma violência simbólica, capaz de transformar a realidade do próprio ser em sínteses de experiências não vividas. A crença da violência imaginária ativa e introjeta sentimentos e emoções capazes de engendrar preconceitos, segregações e intolerâncias em relação ao outro ser humano.*

# 9. Considerações Finais

A pesquisa bibliográfica e de campo que realizamos, de um lado, permitiu que atingíssemos o objetivo central de nosso estudo, que era o de elaborar o conceito de violência distinto de criminalidade, possibilitando o afastamento da acepção amplamente difundida que confunde os dois conceitos como fruto de uma manipulação ideológica. E, de outro, apresentou-nos uma série de questionamentos que mostram a necessidade de continuidade da pesquisa, como os que passamos a considerar, de uma perspectiva crítica.

I. Há um discurso propagado pela mídia de que realmente existe algo de intocável na alta tecnologia e que para a maioria dos mortais, jamais haverá a possibilidade de acompanhar todo este desenvolvimento tecnológico criado pela elite do conhecimento.

Ao deslocarmos nossa atenção para este equívoco da globalização contemporânea, percebemos que também apresentamos uma resposta equivocada, pois colocamos para as ausências de nossas respostas, o medo de enfrentar o desconhecido. Ficamos convencidos de que nossas idéias são lentas para acompanhar a alta tecnologia.

Se aceitamos as ausências das respostas, aceitamos também o discurso político da globalização hegemônica e ficamos aprisionados pelas malhas terrestres das elites do conhecimento "simbólico"; assim desprezamos que a lógica da globalização de nossos dias se encontra na economia política global e que as malhas do capitalismo apenas funcionam pelos novos meios de comunicação e informação, que limitam o tempo em um presente contínuo.

Desta forma, a globalização hegemônica nos condena a viver na expansão do presente. E, se nada mais há para ser experimentado no presente, fechamos os nossos sentidos.

Esta armadilha global atinge o homem em sua criação.

II. Os satélites de comunicação passaram a reger o sistema global e a determinar uma nova configuração espacial.

A criação deste mundo virtual dos interesses vem da divisão entre um espaço extraterritorial das empresas e o espaço do restante da população mundial.

O atual discurso apresenta este espaço extraterritorial como um mundo à parte, onde as redes do capitalismo fixam os seus valores e as suas regras, desafiando as realidades históricas, culturais e políticas do mundo real.

Ao considerarmos este espaço extraterritorial como um novo universo, estaremos diante das novas condições que apenas beneficiam os guardiões da alta tecnologia. Ao considerarmos a relação entre o extraterritorial e o territorial, ficamos expostos a uma desesperada necessidade de pôr em debate a ocupação do espaço, pelos novos Ciber-Estados-Desterritorializados, que refletem a hegemonia dos interesses econômicos e políticos, mas que também apresentam conseqüências catastróficas para a humanidade.

III. Uma dessas conseqüências pode ser constatada quando, dois meses após os atentados contra Washington e Nova Iorque, em setembro de 2001, James Petras[107] identificou os Estados Unidos da América como um Estado Policial: existe neste país hoje uma pressão e um terror psicológico que está inibindo qualquer posição crítica contra o governo e uma histeria mediática que afeta milhões de pessoas. O povo norte-americano acolheu esse "fascismo amistoso", à vista de sua paranóia, temor e ansiedade induzidos pelas vozes das autoridades governamentais ampliadas pelos meios de comunicação de massa, que difundem a propaganda governamental, revitalizam a história chauvinista e silenciam sobre a repressão doméstica. É um clima de medo, que legitima o Estado Policial.

107. PETRAS, James. Una Nación de Soplones. *La Jornada*, Cidade do México, 31.11.2001, p. 3.

Um questionamento é cabível face a essa constatação: a acepção de Estado Policial é aplicável, na atualidade, tão somente aos Estados Unidos da América, tendo em vista as características particularizadas daquele país, atingido pelos atentados?

A partir da pesquisa efetivada torna-se possível apontar os caminhos que nos levariam a uma resposta, mesmo que não acabada.

O Estado capitalista do modelo societário informacional ou pós-industrial, propugnado pela globalização hegemônica é um Ciber-Estado-Desterritorializado, um ente estatal de poder cada vez mais diluído e invisível, ao mesmo tempo débil e virtual, cuja soberania jaz sob o peso do plano político da globalização contemporânea, ao lado dos despossuídos e excluídos.

A noção divulgada pelo pensamento único é a de que o Ciber-Estado-Desterritorializado seria o Estado do "consenso automático", do ajustamento indolor entre "a negociação coletiva do poder e a negociação individual dos prazeres".[108] no interior da sociedade democrática neoliberal.

Essa visão dominante propagada pelos estrategistas da globalização hegemônica, contudo, não é a forma do consenso ótimo ou ideal, como demonstra Jacques Rancière:[109] no modelo estatal decorrente dos paradigmas da globalização hegemônica o consenso ideal é o do "Estado *reduzido à pureza de sua essência*, ou seja, o *Estado Policial*".

O consenso da comunidade em redor do Estado Policial vem "cimentado pelo *medo* de uma sociedade que se agrupa em torno do Estado *protetor*", sentimento este que, de um lado, o sustenta, e que de outro, ele administra em seu proveito "com a ajuda dos meios de comunicação da massa".[110] A situação

108. RANCIÈRE, Jacques. *O Desentendimento*. Política e Filosofia. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 41.

109. RANCIÈRE, Jacques. O princípio de Insegurança. *Folha de São Paulo*. Caderno Mais, São Paulo, 21.09.2003, p. 3.

110. RANCIÈRE, J, cit., p. 3, grifamos.

– real ou imaginária – de insegurança existente nos países de todo o mundo, hoje, gera uma obsessão securitária na população, o que vem a estabelecer uma nova relação entre os indivíduos/cidadãos com "uma força de Estado responsável pela segurança em geral, sob todas as suas formas, contra ameaças igualmente multiformes": seja o terrorismo, seja a criminalidade, sejam as doenças ou as ameaças decorrentes da expansão (negativa) das tecno-ciências, ligadas especialmente ao meio ambiente, à energia nuclear, às manipulações genéticas – por meio dos processos mostrados na pesquisa, o da dramatização da violência ou o da violência midiática. O *princípio da insegurança* (Rancière) que fundamenta toda a legitimação do Estado Policial, traduz-se, enfim, no "sentimento de que não estamos suficientemente protegidos contra as ameaças", e, portanto, precisamos de "mais proteção contra as ameaças conhecidas", assim como "contra as de que ainda não suspeitamos".[111]

Salientando com Foucault que a polícia deve ser vista como técnica de governo, a busca do crescimento do poder,[112] e que a arte de governar deve ter como objetivo a demarcação dos perigos,[113] podemos indicar que *prevenir* contra ameaças reais é uma coisa, enquanto que "administrar o sentimento de insegurança é outra, na qual o Estado *será sempre o mais perito*, porque é esse talvez, *o princípio mesmo de seu poder*". E que o princípio de insegurança não é uma retração de caráter histórico, mas trata-se de "um modo de gestão dos Estados e do planeta para reproduzir e renovar em círculo as próprias circunstâncias que o mantém.[114] Ou seja: os mandamentos e paradigmas da globalização hegemônica.

111. RANCIÈRE, J., cit., p. 3.

112. FOUCAULT, Michael. *Ditos e Escritos 4. Estatégia, Poder-Saber.* Forense: 2003, p. 136-163.

113. FOUCAULT, Michael. *Microfísica do Poder.* Rio de Janeiro: Graal, 1995, p. 279.

114. RANCIÈRE, J., cit., p. 3, grifamos.

IV. Nestes tempos difíceis em que a mudança tecnológica procura anular o conhecimento do passado e do presente, ficam para nós as perguntas sobre as alternativas que não nos tem sido apresentadas.

Cabem aos educadores e principalmente aos pesquisadores, aceitar o convite às respostas.

Mesmo porque, sem futuro, não há o desconhecido.

Sem o desconhecido, não há esperança.

O sentimento de insegurança converte a esperança na utopia da sociedade insegura.

# *Habeas corpus* impetrado por membros da Procuradoria do Estado de São Paulo: impossibilidade do cumprimento de medida sócio-educativa em presídio

Cyro Saadeh
Procurador do Estado.

Flávio Américo Frasseto
Procurador do Estado.

João César Barbieri Bedran de Castro
Procurador do Estado.

Luciana Maschietto Talli
Procuradora do Estado.

Luciano Alves Rossato
Procurador do Estado.

Paulo Gonçalves Silva Filho
Procurador do Estado.

Renata Flores Tibyriça
Procuradora do Estado.

Suzana Soo Sun Lee
Procuradora do Estado.

Telma Berardo
Procuradora do Estado.

**Sumário:** 1. Dos fatos – 2. Do direito: 2.1 Do art. 228 da Constituição Federal; 2.2 Do art. 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente; 2.3 Das diferenças existentes entre o sistema penitenciário e o sócio-educativo; 2.4 Da necessidade de atividades pedagógicas, tratamento de saúde e outros direitos básicos; 2.5 Do direito às visitas; 2.6 Do direito de permanecer internado em local próximo à residência dos familiares; 2.7 Da jurisprudência acerca da inclusão dos adolescentes em regime prisional; 2.8 Do atendimento personalizado em pequenas unidades; 2.9 Do tratamento desumano ou degradante e da tortura; 2.10 Das provas incontestes – 3. Conclusão – 4. Do pedido liminar – 5. Do pedido.

**Palavras-chave:** Estatuto da Criança e do Adolescente – Medida sócio-educativa – Internação.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS com pedido de LIMINAR

CYRO SAADEH, FLÁVIO AMÉRICO FRASSETO, JOÃO CÉSAR BARBIERI BEDRAN DE CASTRO, LUCIANA MASCHIETTO TALLI, LUCIANO ALVES ROSSATO, PAULO GONÇALVES SILVA FILHO,

RENATA FLORES TIBYRIÇA, SUZANA SOO SUN LEE e TELMA BERARDO, Procuradores do Estado classificados na Procuradoria de Assistência Judiciária da Capital, atuantes na defesa dos adolescentes em conflito com a lei junto às Varas Especiais da Infância e Juventude e Departamento de Execução de Medidas Sócio-Educativas, com escritório na rua Piratininga, 105, Brás, São Paulo, Capital, na qualidade de *IMPETRANTES*, vêm, muito respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no disposto no art. 5.º, LXVIII, c.c. art. 105, I, *c*, da Carta Magna, art. 647, do Código de Processo Penal e art. 152, da Lei 8.069, de 13.07.1990, impetrar a presente ordem de

*HABEAS CORPUS*

em favor de A. N. DA. S., brasileiro, nascido em 29.01.1987, filho de E. R. da C. e J. N. O. e outros listados no documento anexo, além dos que vierem a ser transferidos para unidade prisional de Tupi Paulista ao longo do processo, ora denominados PACIENTES, como prova a documentação anexa, contra ato do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, através do Excelentíssimo Senhor Doutor Corregedor Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, AUTORIDADE COATORA, deferiu o pedido formulado pelo Presidente da FEBEM para a transferência provisória dos adolescentes internados em diversas unidades da FEBEM para unidade do sistema prisional, conforme passará a expor e ao final requerer.

## 1. Dos fatos

Os pacientes, jovens entre 18 e 21 anos, estavam cumprindo medida sócio-educativa de internação em unidades da FEBEM na cidade de São Paulo, Capital.

Em razão de rebeliões, tumultos e fugas ocorridas em algumas unidades, e a necessidade de construção de outras, o Presidente da Febem requereu ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que fosse concedida autorização para que a Fundação transferisse esses jovens para unidade com arquitetura prisional, pelo prazo de 6 (seis) meses.

A transferência foi deferida pelo Corregedor Geral de Justiça, contrariando de forma nítida os princípios contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, configurando patente constrangimento ilegal, o que deve ser corrigido pela via do *Habeas Corpus*.

## 2. Do direito

### *2.1 Do art. 228 da Constituição Federal*

Segundo dispõe o art. 228 do Texto Fundamental, os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis e sujeitos às normas da legislação especial.

Como se vê, a Constituição Federal exigiu tratamento diferenciado às crianças e adolescentes, respeitando-se a sua condição especial de pessoa em formação.

Para tanto, frente à prática de atos infracionais, admitiu o Constituinte a possibilidade de aplicação de medida sócio-educativas, dentre elas, a de internação, clausulando-a de *breve e excepcional*. Em extensão à norma constitucional, a lei especial – Estatuto da Criança e do Adolescente – estipulou a possibilidade de a medida sócio-educativa perdurar até que o adolescente complete vinte e um anos.

Nesse passo, para aqueles que cometerem atos infracionais e, no transcorrer do processo sócio-educativo completarem a idade de dezoito anos, têm-se que tal processo seguirá o seu curso normal. A maioridade penal em nada altera o processo ressocializador.

Não haveria de ser diferente. O processo sócio-educativo foi iniciado enquanto o adolescente – agora mencionado como adulto – de modo que os fundamentos psicológicos, pedagógicos, de formação moral etc, continuam ainda que se complete a maioridade. Dizer-se o contrário, seria uma rocha intransponível no processo sócio-educativo, uma vez que aqueles que tivessem dezessete anos, por exemplo, perderiam por completo o estímulo para bem continuar os esforços que já foram iniciados e dar fim à medida, uma vez que, completando dezoito

anos, seriam transferidos de qualquer forma e sem qualquer critério ou chance de defesa para um sistema penitenciário.

*Dessa forma, não se pode subtrair dessas pessoas – moços agora adultos, que completaram dezoito anos enquanto cumpriam a medida sócio-educativa de internação – os direitos básicos e inerentes a quaisquer adolescentes.*

## 2.2 Do art. 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente

Dispõe o *art. 123 do Estatuto* que a internação deverá ser cumprida em *entidade exclusiva para adolescentes*, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

Já o art. 185, do mesmo Diploma, dispõe que a internação, decretada, ou mantida pela autoridade judiciária, *não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional.*

Assim, Nobres Ministros, *JAMAIS* poderia o pedido formulado pelo Presidente da FEBEM ter sido deferido pelo Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça, visto que o Estatuto da Criança e do Adolescente é claro no sentido de que deve haver *TOTAL* proteção aos direitos dos jovens privados de liberdade.

*Tais adolescentes DEVEM cumprir a medida de internação em estabelecimento adequado, e não em estabelecimento prisional, mesmo que provisoriamente, independentemente do fato de serem maiores de dezoito anos.*

Deferindo o requerimento da Presidência da Febem pela transferência dos jovens à uma Penitenciária, a autoridade coatora *VIOLOU* os princípios norteadores previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a Convenção sobre os direitos da Criança da ONU, em especial seu art. 40, e ainda o Pacto de San José da Costa Rica, em seus arts. 5.º e 19.

Assim sendo, tais adolescentes encontram-se sofrendo constrangimento ilegal, visto que não há previsão legal para que a autoridade coatora deferisse o pleito da Febem.

## *2.3 Das diferenças existentes entre o sistema penitenciário e o sócio-educativo*

Os jovens encontram-se privados de liberdade pela prática de atos infracionais, mas em unidade com *ARQUITETURA PRISIONAL*, conforme demonstram os inúmeros documentos anexados à esta peça e assim enumerados:

a) Documento 01 – Dec. 49.379, de 14.02.2005, que criou e organizou a Penitenciária de Tupi Paulista e deu outras providências:

Vê-se, por esse ato normativo, que a estruturação da unidade em que se encontram os adolescentes foi toda voltada a atender às necessidades carcerárias, e não a atender os princípios estabelecidos pelo ECA.

b) Documento 17 – Fotografias do estabelecimento prisional de Tupi Paulista, extraídas de reportagem contida exibida no programa *Fantástico* da Rede Globo, no dia 27.03.2005:

Vê-se, também, a estrutura carcerária do prédio, munido de celas disciplinares, estando os adolescentes algemados.

c) Documento 02 – Reportagem do *site* Cosmo – Rede Anhanguera de Comunicação, acesso no dia 30.03.2005:

A reportagem revela que o presídio será dirigido pelo diretor Ildebrando Costa Bibanco, que comandava a Penitenciária I de Potim.

d) Documento 03 – Reportagem *site* Uol – www2.uol.com.br/oimparcial/1c23.htm, acesso em 30.03.2005:

A reportagem revela que os agentes penitenciários não estão preparados para atender os jovens adultos da FEBEM e, tampouco, receberam treinamento para tanto.

e) Documento 04 – Termo de declarações firmado pela Sra. R. de F. S. S., que visitou a unidade de Tupi Paulista, na qualidade de ajudante da associação AMAR – Associação de Mães e Adolescentes em Risco:

A Sra. R atesta que os adolescentes têm direito a apenas dez minutos de banho de sol diários, permanecendo o resto do tempo trancados, não con-

tando a Unidade com infra-estrutura para atendê-los e nem qualquer atividade pedagógica.

Ora, Excelências, como não dizer que a estrutura da unidade de Tupi Paulista está voltada única e exclusivamente para a privação da liberdade, e não para a ressocialização dos jovens que ali se encontram, infringindo o disposto no art. 185 do ECA.

Outrora, e referindo-se à transferência de jovens para outra penitenciária, no caso, a de Parelheiros, o então presidente do SITRAENFA – Sindicato dos Trabalhadores da Febem, Antônio Gilberto da Silva, (*O Estado de São Paulo*, "C-5, 12.04.2000 e *Folha de São Paulo*, 15.04.2000, caderno São Paulo3/3), comentou que:

*"Isso é absurdo, porque lugar de adolescente não é na cadeia e a experiência mostra que o trabalho em unidades educacionais com adolescentes que passaram pelos cadeiões de Pinheiros e Santo André é muito mais difícil" (O Estado de São Paulo).*

*"o ambiente de cadeia faz com que o adolescente incorpore o comportamento de um preso adulto". (FSP)*

Também à época, extensa matéria publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, demonstrava o malefício da ociosidade e do próprio ambiente penitenciário à recuperação do jovem interno na Febem.

*"A cultura penitenciária presente nos cadeiões da Febem vai da linguagem às tatuagens pelo corpo. Em vez de comerem em refeitórios, como nas unidades educacionais, os menores dos cadeiões comem no chão, com a marmita nas mãos. Usam cigarro como moeda de troca nas celas e referem-se a seus atos infracionais pelos números dos artigos de crimes do Código Penal. O 157 significa roubo e o 121, homicídio."*

*O seguro, típico nas penitenciárias, ganhou força na Febem. Abriga delatores, estupradores e quem se envolve em brigas com outros internos. Na Febem, como nas prisões, também existem os "faxinas", que se revezam para transportar a comida e a ajudar na limpeza. Não faltam os códigos de silêncio e de honra, que incluem respeito absoluto a parentes."*

E também o ex-Secretário de Assistência e Desenvolvimento Social (SADS), Sr. Edson Ortega, como relata o artigo jornalístico estampado no jornal *O Estado de São Paulo*, C-6, 15.04.2000, "reconhece que o risco de um interno de um cadeião não se recuperar é maior do que o de uma unidade educacional".

Saliente-se que todos esses comentários, *embora datados do ano de 2000*, são pertinentes e guardam semelhança com a atual conjuntura em que se encontram os jovens. Vê-se que os problemas se repetem, assim como se repetem as ilegalidades e desrespeitos aos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, Tratados Internacionais e legislação infra-constitucional, o que não mais se pode tolerar!

## *2.4 Da necessidade de atividades pedagógicas, tratamento de saúde e outros direitos básicos*

Os jovens que se encontram internados no presídio na cidade de Tupi Paulista estão impossibilitados de realizar quaisquer atividades profissionalizantes, culturais, esportivas, de lazer e escolar, e de receberem tratamento médico, como se constata por documentação anexa.

De fato, as declarações já indicadas na Sra. R. de F. S. S., revelam que os adolescentes permanecem o tempo todo trancados, tendo apenas dez minutos de banho de sol diários.

Acrescente-se, ainda, que há adolescentes "na solitária", e que lá permanecerão por 30 (trinta) dias, enquanto a chamada "tranca", de legalidade duvidosa, prevista no Regimento Interno da FEBEM, traz a previsão de tal penalidade com o prazo máximo de cinco dias.

E mais. Ainda que na Penitenciária existam salas para realização de cursos profissionalizantes, certamente haverá dificuldade na sua implantação, pois Tupi Paulista é uma cidade com apenas 13.000 habitantes, predominante rural e que não dispõe de recursos para atender 700 jovens, número de adolescentes previstos para ocuparem a penitenciária.

O mesmo raciocínio vale quanto ao tratamento médico. Aliás, de se frisar que muitos adolescentes que recebiam tratamento médico nas unidades da FEBEM da capital, não estão no momento recebendo qualquer acompanhamento, e nem medicamento. Exemplos de tal descaso têm-se os jovens T. J. P. e F. da S. P. (documentos 05 e 06).

Ora, indaga-se: o processo sócio-educativo perdurará com tal situação? Ou, como se tem por óbvio, estará totalmente fulminado. *A resposta salta aos olhos e é clara e cristalina.*

Tem-se violado, pois, as normas cogentes do art. 124, XI, XII, XIII e § 1.º, e também os arts. 26.1. e 26.2. das Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing), e ainda os arts. 38 a 47 das Nações Unidas para Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, bem como Além o art. 3.º da Resolução 46, de 29.10.1996, do CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, que dispõe: "cada unidade deverá estar integrada aos diversos serviços setoriais de atendimento, tais como: educação, saúde, esporte e lazer, assistência social, profissionalização, cultura e segurança" (Documento ....).

*Vê-se, pois, que é flagrante, a violação a direito público subjetivo que é garantido aos jovens, caracterizando constrangimento ilegal que deverá ser sanado por este presente instrumento heróico.*

## *2.5 Do direito às visitas*

Embora a Fundação se comprometa a custear o transporte e estadia na cidade de Tupi Paulista para os familiares dos adolescentes, é evidente que isso não lhes garantirá a visita semanal, ou mesmo mensal, à longínqua Penitenciária.

De fato, são quase 700 km da Capital, cerca de 10 horas de viagem de ônibus. Quantos daqueles familiares poderão dispor de pelo menos dois dias de folga para a realização das visitas? Certamente, poucos! Tal fato é comprovado

pelos termos de declarações assinados pelos pais dos adolescentes transferidos T. J. P., J. A. dos S., dentre outros (documentos 05 e 07).

Dessa forma, está sendo negado aos adolescentes, na prática, o direito a receber visitas, fato deveras prejudicial ao andamento e sucesso do processo sócio-educativo.

O direito às visitas está constitucionalmente assegurado no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, que garante explicitamente o direito à convivência familiar, bem como no § 3.º, V, do mesmo artigo, pois a condição de pessoa em desenvolvimento faz com que seja essencial ao adolescente o convívio familiar.

O fato de os adolescentes estarem privados do contato com suas famílias implica em tortura psicológica, tanto destes, como daqueles. Os familiares, outrossim, não poderão constatar se a integridade física e mental dos adolescentes está sendo respeitada, pois, muitas vezes, como é sabido, são os familiares que levam ao conhecimento da autoridade competente as agressões praticadas dentro das Unidades.

Assim, há violação ao art. 124, VII e § 1.º do ECA, bem como ao art. 26.5 das regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça da infância e juventude, que dispõe:

*"26.5. No interesse e para o bem-estar do jovem institucionalizado, os pais e tutores terão direito de acesso às instituições".*

Fere, também, as regras mínimas das Nações Unidas para jovens privados de liberdade, que determina:

"J. Contatos com a comunidade em geral

59. Deverão ser utilizados todos os meios para garantir uma comunicação adequada dos jovens com o mundo exterior, comunicação esta que é parte integrante do direito a um tratamento justo e humanitário e é indispensável para a reintegração dos jovens à sociedade. *Deverá ser permitida aos jovens a comunicação com seus familiares, seus amigos e outras pessoas ou representantes de organizações prestigiosas do exterior; sair dos centros de detenção para visitar seu lar e sua família e obter*

*permissão especial para sair do estabelecimento por motivos educativos, profissionais ou outras razões importantes.* Em caso de o jovem estar cumprindo uma pena, o tempo passado fora do estabelecimento deverá ser contado como parte do período de cumprimento da sentença.

60. *Todo jovem deverá ter o direito de receber visitas regulares e freqüentes, a princípio uma vez por semana e, pelo menos, uma vez por mês, em condições que respeitem a necessidade de intimidade do jovem, o contato e a comunicação, sem restrições, com a família e com o advogado de defesa*".

Assim, a fim de se assegurar o devido cumprimento da Constituição Federal, da legislação infraconstitucional bem como das normativas internacionais das quais o Brasil faz parte, é preciso que os estabelecimentos que abrigam os adolescentes sejam adequados à realização das visitas e, não o sendo, como de fato não é a Penitenciária de Tupi Paulista, o constrangimento ilegal é evidente!

## *2.6 Do direito de permanecer internado em local próximo à residência dos familiares*

Os adolescentes têm direito a permanecer internados em local próximo à sua residência, como determina o art. 124, VI, do ECA. A sua transferência para cidade distinta implica no afastamento da sua urbe de origem, diminuindo os laços com sua comunidade, dificultando o acesso dos pais.

Considerando que a maioria das famílias não possui condições financeiras de arcar com os custos da visita a local distante, há imenso prejuízo ao processo sócio-educativo.

O intuito de se garantir ao adolescente o direito de estar internado em Unidade próxima ao local de sua residência é também o de estreitar o contato entre o adolescente e a sociedade da qual é oriunda, aproximando o jovem de sua comunidade.

Aliás, assim dispõe o art. 100 do ECA, ao determinar que as medidas pedagógicas deverão fortalecer os vínculos familiares e comunitários.

Ora, se os jovens se encontram internados em local distante de suas comunidades, e distante de seus familiares, mesmo que lhes seja garantido o acesso às medidas pedagógicas (o que não vem sendo garantido!!!), estas certamente não conseguirão fortalecer os vínculos entre a comunidade, os familiares e os jovens.

A transferência dos adolescentes para local distante daquele do qual provêm apenas dificulta o processo de ressocialização, cria um distanciamento entre os adolescentes e seus familiares, dificulta a defesa de seus interesses, bem como a constatação quanto à preservação de suas integridades física e psicológica.

Assim, resta evidente que a manutenção dos jovens em local distante do domicílio de seus responsáveis, além de ilegal, é fator extremamente prejudicial ao processo sócio-educativo, caracterizando flagrante constrangimento ilegal.

## *2.7 Da jurisprudência acerca da inclusão dos adolescentes em regime prisional*

A Jurisprudência nacional tem adotado posicionamento de que o internamento provisório por mais de cinco dias em estabelecimento prisional caracteriza constrangimento ilegal, o que apenas vem confirmar que Presídio não é local adequado ao cumprimento de medida sócio-educativa de internação, ainda que se trate de jovens adultos.

Nesse sentido, já decidiram DIVERSOS Tribunais do país. Senão, vejamos:

"Habeas-corpus. *Internamento provisório. Cumprimento em estabelecimento prisional, por prazo superior a cinco dias. Inadmissibilidade. Ofensa ao artigo 185 e parágrafos da Lei 8.069/90. Decreto desprovido de motivação. Constrangimento ilegal caracterizado. Concessão do* writ."

*"Não sendo possível a pronta transferência do adolescente para estabelecimento apropriado, poderá ele permanecer em repartição policial, desde que isolado dos adultos, pelo prazo máximo de cinco (5) dias. Excedido esse prazo, sem ter sido efetivada a remoção, impõe-se a liberação do adolescente. Decreto de internação provisória des-*

*pido de fundamentação é nulo." (Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP – Jurisprudência – Vol. 01/97 – HC 95.1490-4. TJPR – Rel. Des. Carlos Hoffmann – j. 04.12.1995).*

*Agravo – Prática de* Ato Infracional *análogo ao delito do art. 121, caput, do CP – Internação provisória de menor infrator – Impossibilidade de cumprimento da medida em estabelecimento prisional, ainda que em cela destinada especialmente para esse fim – Inteligência do art. 185 do ECA – Recurso desprovido. (Agravo 1.0000.00.273068-7/000(1). TJMG. Rel. do Acórdão: Sérgio Resende. Data: 29.08.2002).*

*Ementa: Agravo – Internação provisória – Estabelecimento adequado – Ausência – Inviabilidade da medida – Recurso desprovido. Ainda que se revele necessária a medida de internação provisória, a ausência de estabelecimento adequado inviabiliza o seu cumprimento, estando correta, portanto, a decisão do Magistrado que indeferiu o pedido ministerial de se decretar a medida. (TJMG – Ag 000.265.976-1/00 – Comarca de São Sebastião do Paraíso – Rel. Des. José Antonino Baía Borges)*

*Menor infrator. Prisão ilegal. O menor infrator sujeita-se a normas de legislação especial, constituindo ilegalidade submetê-lo a prisão comum, e por mais tempo do que a lei permite o confinamento prévio. (TJSE* – Habeas Corpus – *Acórdão: 420/90 – Rel. Des. Artur Oscar de Oliveira Deda – j. 26.06.1990 N. Recurso: 80/90)*

"Habeas Corpus – *Internamento provisório – Cumprimento em estabelecimento prisional, por prazo superior a cinco dias. Inadmissibilidade. Ofensa ao art. 185 e parágrafos da Lei 8.069/90. "Não sendo possível a pronta transferência do adolescente para estabelecimento apropriado, poderá ele permanecer em repartição policial, desde que isolado dos adultos, pelo prazo máximo de cinco dias. Excedido esse prazo, sem ter sido efetivada a remoção, impõe-se a liberação do adolescente". A internação não pode ser cumprida em estabelecimento prisional, devendo o infrator, se inexistente na comarca entidade exclusiva com as características definidas no art. 123 do ECA, ser imediatamente transferido para a localidade mais próxima. Excepcionalmente, sendo*

*impossível a pronta transferência, o adolescente poderá aguardar sua remoção em repartição policial, por prazo não superior a cinco (5) dias (art. 185, e §§). Como ensina José Luiz Mônaco da Silva... "o decurso desse prazo, sem o devido cumprimento, ocasionará a liberação do adolescente, pouco importando a natureza do ato infracional praticado" (cf. Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários, p. 316 – RT – 1994)" (in Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP – Jurisprudência vol. 1/97 HC 95.1490-4, TJPR, rel. Des. Carlos Hoffmann, j. 04.12.1995).*

*A decisão acima indicada lastreou-se em parecer bem fundamentado da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Paraná: "Prevê o Estatuto, como regra geral, a transferência imediata, reclamando das autoridades iniciativas tendentes a prontamente encaminhar o adolescente a instituição adequada. Somente naqueles casos de manifesta impossibilidade, excepcionalmente e pelo prazo improrrogável de cinco dias, permite a lei que o adolescente aguarde a remoção em estabelecimento prisional de adultos, inclusive delegacias de polícia, desde que em local apropriado e isolado dos imputáveis (art. 185, caput e §§). Não sendo providenciada a remoção no prazo legal (cinco dias), o adolescente deverá ser colocado em liberdade. Neste sentido, ao analisar a internação provisória, leciona JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA, in Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 316: "Não havendo possibilidade de o adolescente ser imediatamente transferido para outra localidade, seja em razão da falta de veículo, seja em virtude de outro motivo ponderável, nada impede que ele permaneça em repartição policial, em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, pelo prazo máximo de cinco dias, findo o qual será prontamente removido... o decurso desse prazo, sem o devido cumprimento, ocasionará a liberação do adolescente, pouco importando a natureza do ato infracional praticado" (grifamos). Comungando da mesma tese: PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA, in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentário Jurídicos e Sociais –, 2º. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1992, p. 519/520; WILSON DONIZETI LIBERATI, in O Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários, IBPS e Marques Saraiva Gráficos e Editores, 1991, p. 129. (...). Conseqüentemente,*

*como a MM. Magistrada indica que há mais de cinco dias encontra-se o adolescente "custodiado na Delegacia de Polícia local, separado dos demais detentos" e está "a disposição deste Juízo" (v. fls. 77), caracterizada a coação ilegal, a ser cessada mediante a concessão da ordem impetrada. Por derradeiro, quanto ao tópico, friso que há entidade destinada ao cumprimento da internação provisória funcionando nesta capital, conforme se constata no Regimento Interno do Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente Infrator – CIAADI – (art. 4.º, § 2.º)".*

E mais. Segundo a doutrina de Cury, Garrido e Marçura (in *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*, 2ª edição, Revista dos Tribunais), consiste o estabelecimento prisional em "qualquer estabelecimento destinado à contenção de adultos envolvidos na prática de infração penal.", o que revela que a internação não poderá ser cumprida em tal tipo de estabelecimento.

Ressalte-se, ainda, que, em diversos julgados, inclusive desse Colendo Superior Tribunal de Justiça, têm reconhecido a falência do sistema penitenciário nacional, como se nota abaixo.

*"HC – Penal – Pena substitutiva – Lei 9.714/98 – Crime hediondo – A Lei 9.714, de 25.11.1998, recomendada pela Criminologia, face à caótica situação do sistema penitenciário nacional, em boa hora, como recomendam resoluções da ONU, de que as Regras de Tóquio são ilustração bastante"(...)*

(HC – STJ – 8753/RJ – Rel. Ministro Vicente Cernicchiaro, 17.05.1999)

Se o sistema penitenciário não está sendo apto a tratar de adultos, imagine-se então de jovens em processo sócio-educativo?

E se o Estado não tem condições de colocar o jovem em local adequado para cumprir a medida sócio-educativa de internação, deveria pô-lo em liberdade, como se depreende analogicamente do citado acórdão infra, ilustrativo do posicionamento jurisprudencial das Cortes Extraordinárias.

*"Penal. Processual. Falta de vaga no presídio. Regime domiciliar. Habeas-corpus.*

*1. Se o Estado, que condena o acusado a cumprir uma pena prevista na lei, não tem local adequado para que a pena seja cumprida nos termos da sentença que, por seu*

*agente, no caso o juiz, entendeu de lavrar, não é possível manter-se o sentenciado em condições prisionais que extrapolem aquelas estritamente descritas na sentença. Isso é constrangimento ilegal.*

*2. HC conhecido; ordem concedida para que o acusado cumpra a pena, excepcionalmente, em regime domiciliar, até que o Juízo da Vara das Execuções assegure vaga em estabelecimento adequado às condições descritas na sentença.*

(STJ – rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, RHC 5714/RJ)

Assim, caracterizado o constrangimento ilegal pelo fato dos jovens encontrarem-se internados em unidade inadequada às suas necessidades específicas e diferenciadas de adolescentes, de pessoas em desenvolvimento, faz-se de rigor a sua desinternação com inserção em medida sócio-educativa mais branda ou a sua imediata transferência para unidade que atenda aos requisitos legais de ordem cogente.

## *2.8 Do atendimento personalizado em pequenas unidades*

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 94, III, define que o atendimento ao adolescente internado dever ser personalizado, em pequenas unidades e em grupos reduzidos. Nesse sentido, a Resolução 46 do Conanda também limita o número de adolescentes, bem como a Deliberação 18 do Condeca/SP.

No entanto, os jovens encontram-se privados de liberdade em unidade prisional de segurança máxima para 700 detentos, violando-se qualquer atendimento personalizado em grupo reduzido e em diminuta unidade.

Além do mais, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, aprovado pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas Sobre a Prevenção do Delito e do Tratamento do Delinqüente, estabelece, dentre outras coisas, que:

*"Ítem 32 – O desenho dos centros de detenção para jovens e o ambiente físico deverão corresponder a sua finalidade, ou seja, a reabilitação dos jovens internados,*

*em tratamento, levando devidamente em conta a sua necessidade de intimidade, de estímulos sensoriais, de possibilidades de associação com seus companheiros e de participação em atividades esportivas, exercícios físicos e atividades de entretenimento. O desenho e a estrutura dos centros de detenção para jovens deverão ser tais que reduzam ao mínimo o perigo de incêndio e garantam uma evacuação segura dos locais. Deverá ser feito um sistema eficaz de alarme para caso de incêndio, assim como procedimentos estabelecidos e devidamente ensaiados que garantam a segurança dos jovens. Os centros de detenção não estarão localizados em zonas de conhecidos riscos para a saúde ou onde existam outros perigos."*

A privação da liberdade, como a internação, deve, assim, limitar-se não apenas às hipóteses, mas também às formas descritas nos dispositivos normativos.

Desrespeitando-se a forma de internação, trancando-se jovens em celas, cercados de muralhas e grades, como se verifica pelos artigos publicados na mídia, caracteriza flagrante violação das garantias mínimas, dos princípios Constitucionais, dos direitos humanos e, o que é mais grave, de todo o sistema jurídico garantidor da democracia representativa, tornando evidente, patente, notório e cristalino, enfim, o constrangimento ilegal, não a um jovem somente, mas a toda uma coletividade.

## *2.9 Do tratamento desumano ou degradante e da tortura*

É princípio garantidor de direitos individuais, o tratamento digno, disposto no art. 5.º, III, da Constituição Federal.

A partir do instante em que o jovem é encaminhado a um Presídio, não se pode pensar em tratamento digno e humano, pois a segregação por celas, grades e muralhas não é condizente com a situação peculiar de pessoa em desenvolvimento físico e mental.

A tortura, no caso, consubstancia-se de quatro formas.

A primeira, pela forma pela qual são transportados, feito "animais selvagens", em caminhões tipo Baú, algemados, no escuro, sem alimentação, por doze horas

ininterruptas, sem paradas nem ao menos para necessidades fisiológicas, conforme comprovam por todos os termos de declarações anexos (documentos 08, 09 e 10).

A segunda, por sofrerem agressões físicas.

Sim. É verdade. A transferência mal se consumou e as agressões, de imediato, já se iniciaram, conforme comprovam os documentos abaixo indicados:

a) Termo de audiência lavrado nos autos da execução de medida sócio-educativa 62.124/2001, referente ao adolescente R. G. da S., no qual técnicas da FEBEM aduziram que o adolescente sofreu agressões físicas (documento 11)

b) Termo de audiência lavrado nos autos da execução de medida sócio-educativa 50.731/2001, referente ao adolescente L. F. M., no qual o adolescente relatou ter sido agredido fisicamente por agentes penitenciários (documento 10)

c) Matéria veiculada no *Jornal Folha de São Paulo*, p. C-4, de 25.03.2005, no qual relatou o repórter Gilmar Penteado: "As agressões teriam ocorrido durante a transferência de internos do complexo do Tatuapé (Zona Leste de SP) para uma Penitenciária em Tupi Paulista (663km de São Paulo). Os adolescentes teriam recebido socos, pontapés e golpes de cacetete" (documento 12)

d) Termo de declarações prestados pela Sra. R. F. S. S., no qual afirma que "embora não tenha presenciado a saída de um grupo de adolescentes dos caminhões quando chegaram em Tupi, ouviu gritos de socorro" (documento 05)

E a terceira, por não estarem recebendo alimentação adequada, fato este constatado pelos pedidos realizados pelos adolescentes que foram transferidos às representantes da AMAR (documentos 13, 14 e 15).

E, por fim, a quarta, por estarem passando frio, já que não têm cobertores na Penitenciária (documento 04).

Maior atentado à dignidade não há. Não há mais o que se esperar, a não ser o total caos.

Assim, estão sendo violados o art. 5.º, III da Constituição Federal, bem como o art. 5.1 e art. 5.2 do Pacto de San José da Costa Rica, e o art. 1.º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis e degradantes da ONU.

### *2.10 Das provas incontestes*

Os fatos narrados são comprovados por termos de declarações prestados pelos pais dos adolescentes e representantes de entidades da sociedade civil nesta Procuradoria de Assistência Judiciária, termos de audiências, reportagens de jornais de grande circulação, *sites* e fotografias.

## 3. Conclusão

Do exposto verifica-se que:

a) os jovens pacientes deveriam estar cumprindo medida sócio-educativa de internação em unidade educacional;

b) o sistema sócio-educativo de internação difere radicalmente do sistema penitenciário;

c) o Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo é a autoridade coatora;

d) os jovens têm direito a participar de cursos profissionalizantes, de escolarização de atividade culturais, esportivas e de lazer;

e) está havendo afronta direta a dispositivos e princípios legais e Constitucionais;

f) a manutenção dos adolescentes em local inadequado poderá lhes causar danos irreparáveis, físicos e psicológicos.

## 4. Do pedido liminar

Como se demonstrou acima, a Penitenciária de Tupi Paulista não reúne condições para receber jovens que cumprem medida sócio-educativa de internação. Pelo contrário, é totalmente inadequada e voltada ao regime prisional, desrespeitando de forma inconteste direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, nas Convenções Internacionais e no Estatuto da Criança e do Adolescente, tornando o constrangimento ilegal patente e digno de pronto reparo.

As transferências estão ocorrendo diariamente, em horários e dias não divulgados previamente. Tudo às escuras. O transporte é desumano e os adolescentes são sujeitos a tratamento torturante, o que deve cessar imediatamente.

E mais. O motivo pelo qual foi concedida a autorização para transferência é a destruição de unidades do Complexo do Tatuapé em decorrência de rebeliões e tumultos ali ocorridos e, também, da necessidade de regionalização da FEBEM com construção de novas unidades.

Ocorre que o que vem acontecendo é que muitos adolescentes estão sendo transferidos de unidades que se encontram em perfeitas condições e que garantem, na medida do possível, um bom tratamento e respaldo no que tange ao processo sócio-educativo.

Assim, vê-se que as razões do pedido de transferência estão sendo extrapoladas, pois há adolescentes, mesmo de internatos (Unidades com cerca de quarenta adolescentes), que foram transferidos, embora não se enquadrem na situação do pedido de transferência formulado pelo Presidente da FEBEM, e há adolescente do Complexo do Brás que, onde nem sequer houve rebelião, que estão em vias de serem transferidos.

Patente, dessa forma, o *perigo na demora* na concessão da ordem. Os adolescentes podem ser transferidos a qualquer momento e os que já foram estão sofrendo constrangimento ilegal flagrante.

O *fumus boni iuris* é evidente, pelas razões expostas durante todo o transcorrer desse *writ*.

Daí, roga-se pela concessão de *LIMINAR*, em sede preventiva, determinando-se que cessem quaisquer transferências para o Presídio de Tupi Paulista, SP, de outros adolescentes que estejam na iminência de sê-lo.

Requer, também em via *LIMINAR*, que seja determinada a DESINTERNAÇÃO dos jovens, *com a pronta inserção em medida sócio-educativa de liberdade assistida*, caso o Estado não possua local adequado para que a medida seja cumprida nos termos da decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, e

isto de acordo com o entendimento jurisprudencial representado pelo Acórdão da lavra do Min. José Arnaldo da Fonseca, do Colendo Superior Tribunal de Justiça (RHC 5.714-RJ), *pois "manter-se o sentenciado em condições prisionais que extrapolem aquelas estritamente descritas na sentença" é constrangimento ilegal.*

Ou, A concessão de *LIMINAR* para que seja determinado o imediato retorno dos jovens às unidades de internação da FEBEM, posto que existem vagas disponíveis para tanto, já que foi noticiado pelos jornais que houve centenas de fugas (documento 16) e poucas são as unidades que estão necessitando de reformas totais, até aguardarem a decisão final do *writ.*

## 5. Do pedido

No mérito, requer que seja concedido o *writ* a final, para determinar a pronta DESINTERNAÇÃO dos jovens em questão, com a inserção em medida sócio-educativa mais branda, ou a sua imediata transferência para uma unidade educacional que respeite o número máximo de 40 adolescentes por prédio e que não seja uma unidade assemelhada a presídio, tendo em vista estarem sofrendo constrangimento ilegal, e isto por ser medida da mais

LÍDIMA JUSTIÇA

São Paulo, data de protocolização.

## 4.1 Jurisprudência Comentada

# O reingresso de estrangeiro – Crime instantâneo ou permanente?

Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho
Procurador da República em São Paulo.

"Criminal. Conflito de competência. Reingresso de estrangeiro expulso. Cidadão chileno que retorna ao Brasil logo após a efetivação de sua expulsão. Crime permanente x crime instantâneo. Consumação no momento do reingresso. Delito instantâneo. Competência firmada pelo art. 70 do CPP. Conflito conhecido. Competência do juízo de Corumbá/MS declarada.

I. Hipótese em que foi oferecida denúncia contra cidadão de nacionalidade chilena, por ter reingressado em território nacional pouco depois da efetivação de sua expulsão do Brasil, através da fronteira com a Bolívia, pela Cidade de Corumbá, Mato Grosso do Sul.

II. Controvérsia a respeito da classificação do delito: se instantâneo, a competência é verificada pelo local onde se deu o reingresso do estrangeiro expulso; se permanente: será determinada pelo lugar em que ocorreu a prisão do estrangeiro, pois enquanto permanecer em território nacional, o delito estará sendo praticado.

III. O reingresso de estrangeiro expulso é crime instantâneo, consumando-se no momento em que o estrangeiro reingressa no País.

IV. A competência é firmada, nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal, pelo lugar da consumação do delito.

V. Evidenciada a Cidade de Corumbá/MS como o local em que o estrangeiro reingressou no País, consumando a infração, sobressai a competência do Juízo daquela localidade para o processo e julgamento do feito.

Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Corumbá – SJ/MS, o Suscitante."

(STJ – CC 40.112/MS – Reg. 2003/0161156-8 – 3ª Seção – Rel. Min. Gilson Dipp – j. 10.12.2003 – v.u. – *DJ* 16.02.2004)

Penal. Conflito de competência. Reingresso de estrangeiro expulso. Art. 338 do CP. Crime permanente. Regra da prevenção. Competência do juízo do local onde ocorreu a prisão em flagrante.

1. Constitui crime permanente a conduta delituosa prevista no art. 338 do CP, de reingresso de estrangeiro expulso, aplicando-se as regras de fixação de competência previstas nos arts. 71 e 83 do CPP.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, suscitado.

(STJ – CC 40.338/RS – Reg. 2003/0173557-3 – 3ª Seção – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – j. 23.02.2005 – v.u. – *DJ* 21.03.2005)

Em dezembro de 2003, a 3ª Seção do STJ, em julgamento relatado pelo Ministro Gilson Dipp, assentou que o crime de reingresso de estrangeiro constitui crime instantâneo, que se consuma com o novo ingresso do estrangeiro em território nacional, após a sua expulsão. Votaram com o relator, na ocasião, os Ministros Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina e José Arnaldo da Fonseca, sendo unânime a decisão colegiada.

Contudo, pouco mais de um ano depois, em fevereiro de 2005, o mesmo órgão fracionário daquela Corte entendeu que o tipo descrito no art. 338 do Código Penal configura delito permanente, cuja consumação se protrai no tempo, perdurando enquanto o estrangeiro permanecer em território nacional. Esta nova

decisão também foi tomada à unanimidade, com votos dos Ministros Nilson Naves e Hélio Quaglia Barbosa, que não participaram do julgamento antes mencionado, além dos Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina e José Arnaldo da Fonseca, que anteriormente haviam votado em sentido diametralmente oposto, e também do próprio Ministro Gilson Dipp. Relatou o feito e proferiu o voto condutor o Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Examinando-se os votos lavrados por cada um dos relatores, percebe-se que o Min. Gilson Dipp, ao concluir inicialmente pela instantaneidade do delito de reingresso de estrangeiro anteriormente expulso, pautou-se pela decisão do Juízo Suscitante, que então transcreveu e que aqui convém seja igualmente reproduzida:

*"Em que pese entendimento jurisprudencial em sentido contrário, ingressar é entrar, e* reingressar é dar entrada novamente, *o que caracteriza conduta* instantânea, *conforme melhor doutrina, da qual são exemplos as lições de DAMÁSIO DE JESUS, CEZAR ROBERTO BITTENCOURT, HELENO FRAGOSO e JÚLIO MIRABETE, em suas respectivas obras, bem como os julgados HC 94.03.040441-8, TRF da 3ª Região, 1ª Turma, Relator Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR, decisão unânime, e TRF da 4ª Região,* in *RT 747/786-7;*

*Ademais, as razões hermenêuticas que me fazem concluir nesse mesmo sentido, derivam do fato de que, o legislador nacional, quando quis distinguir as condutas de entrar e permanecer, para efeitos de punição, o fez expressamente no sistema penal pátrio, a exemplo do que acontece com o crime de violação de domicílio, art. 150 do mesmo Código Penal, sendo certo que, numa interpretação sistemática do mesmo estatuto, onde está também o crime do art. 338, quisesse o legislador punir a permanência, o teria feito expressamente."*

Por seu turno, o Min. Arnaldo Esteves Lima, apoiando-se na jurisprudência que se afigura majoritária, afirmou ser o crime em questão daqueles tidos por permanentes. Não havendo declarações de voto, não se pode saber os motivos que levaram os Mins. Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti,

Laurita Vaz, Paulo Medina e José Arnaldo da Fonseca a reverem a posição anteriormente assumida, no julgamento do CC 40.112/MS.

Pois bem, antes de se prosseguir na análise destes dois julgados, cabe observar que o crime em questão já deveria ter sido expurgado do Código Penal, tal qual o crime de adultério. É um assombroso contra-senso que o legislador penal, visando assegurar o respeito à administração da Justiça e manter fora do território nacional um estrangeiro anteriormente expulso, "*por ter atentado contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais*" (art. 65, Lei 6.815/80), mantenha-o no País para ser processado e julgado por tal crime, bem como para cumprir a pena que eventualmente venha a lhe ser imposta.

Melhor andaria a lei se simplesmente determinasse a deportação do estrangeiro que aqui reingressasse, nos termos do art. 57 da Lei 6.815/80. Se aquela pessoa não é bem-vinda ao País, nada mais lógico que seja compulsoriamente retirada daqui. Ademais, o processo e julgamento de estrangeiro, além do próprio cumprimento de eventual pena, pelo crime em questão, gera sérias injustiças, pois sendo ele apenado com pena mínima de um ano, não poderá jamais o estrangeiro obter o benefício previsto no art. 89 da Lei 9.099/95, uma vez que o estrangeiro em situação irregular no País não terá como justificar suas atividades e nem cumprir regularmente, por dois anos, a suspensão do processo. Havendo prisão em flagrante, a concessão de liberdade provisória será virtualmente impossível, ante a impossibilidade de comprovação da ocupação lícita, exigida pela jurisprudência pátria. E mesmo em eventual condenação, certamente haveria dificuldades para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito.

Trata-se, então, de mais uma tipificação penal que, na atual configuração do sistema penal brasileiro, está a destoar do conjunto e a merecer urgente revisão legislativa.

De todo modo, enquanto tal não ocorre, necessária se faz a definição sobre a natureza permanente ou instantânea deste tipo penal, cuja relevância não se limita à fixação da competência para processo e julgamento do fato (questão diretamente analisada pelos acórdãos ora comentados), mas também importa para a caracterização da situação de flagrância e determinação do termo inicial do prazo prescricional.

GUILHERME NUCCI, em seu *Código Penal Comentado*, é peremptório ao afirmar que se trata de crime instantâneo.[1] DELMANTO não o diz tão taxativamente, mas afirma que a consumação se dá com "a reentrada no território nacional", nada mencionando sobre a permanência.[2]

A razão fundamental para tais conclusões é a própria descrição típica da conduta, que deve limitar a interpretação de quem aplica a lei, em respeito ao princípio da legalidade. É em atenção ao conceito de *tipo de garantia*[3] que o intérprete não pode alargar a amplitude da descrição típica para além do que ali se contém. Se a ação descrita pelo verbo é marcada pela nota da instantaneidade, não se pode pretender que a conduta típica abarque também o proveito buscado pelo agente, ao realizá-la.

A conclusão alcançada pela 3ª Seção do STJ, ao julgar o CC 40.112/MS, além de respeitar o princípio da legalidade, se harmoniza com a sistemática do Código Penal, que sempre utiliza mais de um verbo quando pretende apenar mais de uma conduta. De fato, se para o legislador penal não bastou, para a proteção da inviolabilidade do domicílio, apenar a entrada em casa alheia ou suas dependências, sendo necessária também a tipificação da permanência em tais locais, com a inclusão do verbo que expressa tal ação no tipo penal (art. 150, CP), por qual ra-

1. NUCCI, Grilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. São Paulo: RT. 2005, p. 1.054.

2. DELMANTO, Celso *et alli*. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 612.

3. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2002, p. 29.

zão hermenêutica, semântica ou mística poderia o verbo *reingressar*, que traduz uma ação tão instantânea quanto *entrar*, incluir em si a ação de permanecer?

A "*verificação da existência de crime é feita com base, não na conduta humana, e sim no fato típico. Só depois que a ação ou omissão é enquadrada no preceito primário de norma penal incriminadora, caberá indagar-se da licitude do acontecimento ou fato assim tipificado.*"[4] Pouco importa que, como afirmou o Min. Arnaldo Esteves Lima em seu voto, após o reingresso do estrangeiro persista "*o caráter ilícito da sua permanência no território nacional.*" O exame da ilicitude é posterior ao da tipicidade e só deve incidir sobre a conduta típica. Se a permanência não é típica, mas tão-só o reingresso, não há que se cogitar da ilicitude desta, ainda que o bem jurídico protegido possa estar sendo ainda vulnerado.

A função garantidora do tipo penal certamente não é nova, mas nunca é demais lembrá-la, especialmente diante de tão evidente divergência jurisprudencial. Se agora, em pleno Século XXI, estão os jurisdicionados sujeitos a tão diversas opiniões de um mesmo órgão julgador, se cada pessoa está arriscada a perder sua liberdade a partir do alargamento da interpretação do tipo penal, ou simplesmente em razão da incidência da ilicitude sobre condutas não expressamente previstas no tipo, calha lembrar uma antiga lição, um velho remédio forjado, em meados do Século XVIII, no almofariz do marquês de Beccaria:

"O juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A *maior* deve ser a lei geral; a *menor*, a ação conforme ou não à lei; a *conseqüência*, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro.

Não há nada mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. Adotar esse axioma é quebrar todos os diques e deixar que as leis voguem à torrente das paixões. Tal verdade me parece estar

4. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal, vol. II.* 1ª ed. atualizada. Campinas: Bookseller. 1997, p. 59.

demonstrada, ainda que pareça um paradoxo aos espíritos comuns, que mais fortemente se impressionam com uma ínfima desordem atual do que com conseqüências distantes, porém mil vezes mais funestas, de um só preceito falso estatuído em uma nação.

(...)

Veríamos, desse modo, a sorte de um cidadão mudar de face ao transferir-se para outro tribunal, e a vida dos desgraçados estaria à mercê de um errôneo raciocínio, ou da bile de um juiz. Constataríamos que o juiz interpreta apressadamente as leis, segundo as idéias vagas e obscuras que estivessem, no momento, em seu espírito. Constataríamos que os delitos iguais punidos diferentemente em épocas diversas, pelo mesmo tribunal, porque, em vez de ouvir a voz constante e invariável das leis, ele se entregaria à instabilidade enganadora das interpretações ocasionais."[5]

É uma citação longa, sem dúvida, mas necessária diante da incerteza criada por tão diversos entendimentos de uma mesma Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamentos apenas um ano distantes entre si. Não se compreende como os mesmos ministros, em um intervalo tão curto, cambiaram tão radicalmente seu entendimento, especialmente porque nenhum deles ofertou aos jurisdicionados razões para tanto.

Mas o que mais causa preocupação não é somente a mudança de entendimento, mas sim o apartamento dos estritos termos da lei; a adoção de uma interpretação ampliativa do tipo legal, para abarcar conduta que não está expressamente ali descrita. O reingresso não inclui, em si, a permanência, assim como o exame da ilicitude não pode anteceder ou atropelar a estrita correspondência da conduta praticada ao que descreve o tipo penal.

De se aguardar, portanto, o retorno ao entendimento fixado no julgamento do CC 40.112/MS.

5. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* São Paulo: Hemus. 1983, p. 17/18.

# 4.2 Ementário de jurisprudência[1]

Roberto Delmanto Junior
Advogado. Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.

Fabio Machado de Almeida Delmanto
Advogado. Mestrando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.

Luciana Russo
Advogada. Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo

## Índice[2]

## 1. Direito Penal

## Parte geral

1.1 Dosimetria da pena. Processos em andamento não podem ser tidos como maus antecedentes. Presunção de inocência.

1.2 Dosimetria da pena. Sendo a pena-base fixada no mínimo por serem favoráveis as circunstâncias judiciais, inadmissível a exasperação acima do mínimo de um terço, mesmo que sejam mais de uma as causas de aumento.

1. Colaborou na elaboração deste Ementário o estagiário de Direito Flávio Eduardo Cappi.

2. Os autores deste Ementário esclarecem aos leitores que os títulos dados às ementas, que constam também do Índice, servem de mera ajuda e referência ao leitor, devendo sempre ser consultada a ementa oficial transcrita. Toda vez que houver mais de uma fonte para uma mesma ementa, devem os leitores saber que a transcrição da ementa refere-se fielmente à primeira fonte, mas não à segunda. Não obstante, o sentido desta é o mesmo da primeira.

**1.3** Efeito da condenação. Perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública admissíveis apenas após decisão definitiva.

**1.4** Livramento condicional. Impossibilidade de revogação após decurso do período de prova. Extinção automática da pena.

**1.5** Livramento condicional. Réu primário com maus antecedentes. Diante da ausência de previsão legal, tem direito ao benefício se cumpriu mais de 1/3 da pena.

**1.6** Prescrição intercorrente. Trânsito em julgado para a acusação. Rege-se pela pena *in concreto*.

**1.7** Regime prisional. Inadmissibilidade do semi-aberto se a pena imposta permite o aberto e a pena base é fixada no mínimo legal em virtude das circunstâncias judiciais favoráveis.

**1.8** Regime prisional. Roubo qualificado tentado. Direito a iniciar o cumprimento no regime aberto se a pena-base foi fixada no mínimo, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais. A gravidade em abstrato do delito não justifica a imposição de regime mais severo.

**1.9** Regime prisional. Roubo impróprio majorado. Pena fixada entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos, havendo circunstâncias judiciais favoráveis. Direito a iniciar o cumprimento da pena no regime semi-aberto.

**1.10** Regime prisional. Roubo qualificado e quadrilha. Direito de iniciar o cumprimento no semi-aberto, se pena é maior do que 4 (quatro) anos, mas não excede a 8 (oito) anos, havendo circunstâncias judiciais favoráveis. Gravidade abstrata do delito não justifica imposição do regime fechado.

**1.11** Reincidência. Não configurada. Segundo delito praticado 5 (cinco) anos após a audiência admonitória.

**1.12** *Sursis*. Impossibilidade de concessão se presentes requisitos para substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos.

## Parte especial

**1.13** Apropriação indébita previdenciária. O pagamento do débito, mesmo que realizado após o recebimento da denúncia, acarreta a extinção da punibilidade.

**1.14** Estupro contra menor de 14 (quatorze) anos sem resultado morte ou lesão corporal grave. Afastamento do aumento de pena previsto no art. 9º da Lei nº 8.072/90.

**1.15** Extorsão mediante seqüestro. Delação premiada. Liberação da vítima antes do recebimento de resgate. Irrelevância de o delito ter sido praticado antes do advento da Lei 9.269/96. Aplicação retroativa desta lei por ser mais benéfica.

**1.16** Quadrilha ou bando. A Lei 9.034/95 ("Lei do Crime Organizado") não é aplicável ao delito de quadrilha ou bando, mas sim ao crime cometido pela quadrilha.

**1.17** Roubo impróprio. Inadmissível a tentativa. Consumação com a posse, independente da res sair da vigilância do antigo possuidor.

## 2. Processo Penal

**2.1** Denúncia. Inépcia. Falta de justa causa para a ação penal pela ausência da descrição das condutas e falta de um mínimo de prova.

**2.2** *Habeas Corpus*. Conhecimento. Nulidades em primeiro grau, argüidas oportunamente, devem ser analisadas mesmo na superveniência de sentença condenatória.

**2.3** Júri. Desclassificação para homicídio culposo. Anulação do julgamento pelo Tribunal sob fundamento de decisão contrária à prova dos autos. Existindo duas versões e acolhida uma pelo Conselho de Sentença prevalece a soberania dos veredictos. Acórdão anulado.

**2.4** Liberdade provisória. Admissível, ainda que o acusado não resida no distrito da culpa, diante da ausência de elemento objetivo a indicar a intenção de furtar-se à aplicação da lei penal.

**2.5** Liberdade provisória. Indeferimento baseado na hediondez do crime. Inadmissibilidade. Prisão cautelar só admissível se presentes os requisitos do art. 312, CPP.

**2.6** Liberdade provisória. Paciente presa em flagrante, assim permanecendo durante a instrução. Decisão de pronúncia. Indeferimento de pedido de liberdade provisória fundado no caráter hediondo do delito. Constrangimento ilegal por não estar demonstrada a necessidade concreta da medida.

**2.7** Nulidade. Adiamento da sessão de julgamento indeferido a despeito da justificativa apresentada em tempo hábil. Violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Acórdão anulado.

**2.8** Nulidade. Adiamento da sessão de julgamento. Necessidade de nova intimação tendo em vista o decurso de oito meses. Ausência de defesa que acarreta nulidade absoluta.

**2.9** Nulidade. Audiência de oitiva de testemunhas da acusação sem a presença do defensor e do acusado. Violação dos princípios do contraditório e da paridade de armas (*par conditio*). Processo anulado a partir da referida audiência.

**2.10** Nulidade. Falta de intimação pessoal do defensor público. Nulidade absoluta por cerceamento de defesa reconhecida.

**2.11** Nulidade. Defensor dativo não nomeado após abandono da causa pelo advogado constituído. Nulidade reconhecida pelo cerceamento de defesa. Liberdade provisória concedida pela ausência do contraditório e também por não existirem motivos concretos para a manutenção da prisão.

**2.12** Prisão em flagrante. Excesso de prazo – sem culpa da defesa – caracteriza constrangimento ilegal.

**2.13** Prisão em flagrante. Se ausentes os requisitos cautelares da prisão preventiva, deve ser concedida a liberdade provisória.

**2.14** Prisão preventiva. Exigência de fundamentação concreta e vinculada. Inadmissível mera repetição do texto legal. Revogação da prisão.

**2.15** Prisão preventiva. Presunção de perturbação da ordem pública inadmissível. Necessidade de demonstração concreta da necessidade da medida cautelar.

**2.16** Prisão preventiva. Revogação em virtude das condições pessoais favoráveis e ausência dos requisitos cautelares da prisão cautelar. Irrelevância da superveniência da sentença. Direito de aguardar o julgamento do recurso de apelação defensivo em liberdade.

**2.17** Prisão preventiva. Falta de fundamentação. Revogação em virtude das condições pessoais favoráveis e ausência de requisitos cautelares que autorizem a medida excepcional. Irrelevância da superveniência da decisão de pronúncia.

**2.18** Prisão preventiva. Excesso de prazo. Acusado preso há 10 meses sem o encerramento da formação da culpa. Relaxamento da custódia.

**2.19** Prisão preventiva. Ausência de fundamentação idônea. Irrelevância de se tratar de crime hediondo. A prisão deve estar fundamentada em fatos concretos, não servindo a gravidade abstrata do delito. Manutenção da prisão após a pronúncia, mesmo tendo o acusado permanecido preso, exige a presença dos motivos autorizadores da prisão preventiva.

**2.20** Prisão preventiva. Determinada pelo Tribunal, em apelação exclusiva da defesa, sem fundamentação, tendo a sentença admitido o recurso em liberdade. Caracterizada *reformatio in pejus*.

## 3. Legislação Extravagante

### *Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)*

**3.1** Internação antes de iniciada a fase instrutória com base na confissão e desistência das partes na produção de provas. Cerceamento de defesa. Violação das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, bem como da regra da busca da verdade. Decisão anulada.

3.2 Internação. Inadmissibilidade. Tráfico de entorpecentes. Ausência de violência ou grave ameaça e primariedade. Rol taxativo do art. 222 do ECA que não abrange a gravidade em abstrato do delito.

3.3 Liberdade compulsória. A maioridade civil não influi no limite de 21 anos para a liberdade compulsória de quem esteja cumprindo medida sócio-educativa.

## *Execução Penal (Lei 7.210/84)*

3.4 Conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade por não ter sido encontrado o sentenciado. Inadmissível se não foi dada oportunidade de justificação. Violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3.5 Livramento condicional. Impossibilidade de revogação após decurso do período de prova. Extinção automática da pena.

3.6 Livramento condicional. Réu primário com maus antecedentes. Diante da ausência de previsão legal, tem direito ao benefício se cumpriu mais de 1/3 da pena.

3.7 Progressão de regime. A partir da Lei 10.792/03, a progressão é um direito se atendidos os pressupostos do cumprimento de 1/6 da pena e haja atestado de bom comportamento, não se exigindo mais parecer da Comissão Técnica de Classificação e exame criminológico. Cometimento de falta grave superveniente. Pendência de julgamento de processo administrativo. Concessão da progressão, desde não reste caracterizada a falta grave ainda pendente de julgamento.

## *Hediondos (Lei 8.072/90)*

3.8 Liberdade provisória. Indeferimento baseado na hediondez do crime. Inadmissibilidade. Prisão cautelar só admissível se presentes os requisitos do art. 312, CPP.

3.9 Liberdade provisória. Paciente presa em flagrante, assim permanecendo durante a instrução. Decisão de pronúncia. Indeferimento de pedido de

liberdade provisória fundado no caráter hediondo do delito. Constrangimento ilegal por não estar demonstrada a necessidade concreta da medida.

**3.10** Prisão preventiva. Ausência de fundamentação idônea. Irrelevância de se tratar de crime hediondo. A prisão deve estar fundamentada em fatos concretos, não servindo a gravidade abstrata do delito. Manutenção da prisão após a pronúncia, mesmo tendo o acusado permanecido preso, exige a presença dos motivos autorizadores da prisão preventiva.

**3.11** Prisão preventiva. Determinada pelo Tribunal, em apelação exclusiva da defesa, sem fundamentação, tendo a sentença admitido o recurso em liberdade. Caracterizada *reformatio in pejus*.

**3.12** Progressão. Sentença que fixa o regime inicial fechado. Ausência de recurso da acusação. Admissibilidade da progressão.

**3.13** Progressão. Negar tal direito, mesmo em casos de crimes hediondos, afronta os princípios da humanidade das penas e da sua individualização.

## *Imprensa (Lei 5.250/67)*

**3.14** Queixa-crime. Exemplar do jornal ou periódico indispensável. Prova pré-constituída. Inicial rejeitada.

## *Meio Ambiente (Lei 9.605/98)*

**3.15** Pesca em local interditado. Crime não configurado. Área não interditada pelos órgãos que constituem o SISNAMA. Trancamento da ação penal por atipicidade da conduta.

## *Ordem Tributária (Lei 8.137/90)*

**3.16** Crime contra a ordem tributária. Decisão definitiva do processo administrativo como condição de objetiva de punibilidade.

## *Organizações Criminosas*

**3.17** Quadrilha ou bando. A Lei 9.034/95 não é aplicável ao delito de quadrilha ou bando, mas sim ao crime cometido pela quadrilha.

## *Tóxicos (Leis 6.368/76 e 10.409/2002)*

**3.18** Defesa prévia e interrogatório. Art. 38 da Lei 10.409/2002. Ausência que causa nulidade absoluta.

**3.19** Exame toxicológico. Nulidade da sentença à vista da falta ou insuficiência da perícia.

**3.20** Excesso de prazo da prisão cautelar. Ausência de culpa da defesa. Constrangimento ilegal caracterizado.

**3.21** Prisão cautelar. Ausência de fundamentação idônea. Impossibilidade de o Tribunal *a quo* suprir tal deficiência. Instauração, ademais, de incidente de dependência toxicológica, tendo sido determinada a suspensão do processo. Ordem parcialmente concedida para relaxar a prisão em flagrante.

# 1. Direito Penal

# Parte geral

**1.1** Dosimetria da pena. Processos em andamento não podem ser tidos como maus antecedentes. Presunção de inocência.

*Habeas corpus.* Homicídio simples. Pena-base. Fixação acima do mínimo legal. Maus antecedentes. Processos em andamento. Fatos posteriores. Vício na dosimetria.

Em respeito ao princípio da presunção de inocência, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm entendido que não se pode anotar a existência de maus antecedentes processos que ainda estejam em curso contra o acusado, ainda mais se advindos de fatos posteriores aos da condenação. Demonstrada a necessidade do

regime mais gravoso, não se pode afastá-lo somente pelo fato de a pena ter sido acomodada em situação mais vantajosa ao réu. Ordem concedida em parte a fim de retirar do *quantum* da pena o aumento relativo aos maus antecedentes, equivalendo-se, ao final, na fixação da reprimenda no mínimo do homicídio simples.

STJ, 5ª T., HC 42.175-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 422. No mesmo sentido STJ, 5ª T., HC 43.502-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 16.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 426.

**1.2** Dosimetria da pena. Sendo a pena-base fixada no mínimo por serem favoráveis as circunstâncias judiciais, inadmissível a exasperação acima do mínimo de um terço, mesmo que sejam mais de uma as causas de aumento.

*Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Regime inicial de cumprimento da pena. Imposição de regime mais gravoso. Fundamento em torno da figura do delito. Gravidade genérica. Fixação da pena-base no mínimo. Duas causas de aumento. Exasperação acima do mínimo por essa razão. Constrangimento.

A gravidade genérica do delito, por si só, não justifica a imposição do regime inicial fechado, quando a dosagem da pena permite a aplicação do regime menos gravoso, tendo sido consideradas, no momento da fixação da pena-base, as circunstâncias judiciais (art. 59, CP) favoráveis ao réu, fato que lhe rendeu a indicação do mínimo legal.

Ainda que sejam mais de uma as causas de aumento, nem por isso pode o julgador entendê-las, por si sós, hábeis à exasperação acima do mínimo de um terço.

Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto e reduzir a um terço o aumento incidente sobre a pena-base, em razão do concurso de agente e do emprego de arma.

STJ, 5ª T., HC 44.183-RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 23.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 429.

**1.3** Efeito da condenação. Perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública admissíveis apenas após decisão definitiva.

Processual penal. *Habeas corpus*. art. 1º, I, do Dec.-lei 201/67. (...) perda do cargo. Trânsito em julgado da condenação. (...).

(...)

VII – De acordo com o que dispõe o § 2º do art. 1º, do Dec.-lei 201/67, a execução das penas acessórias de perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública fica condicionada à existência de condenação definitiva.

(...)

*Writ* parcialmente concedido para suspender a execução do v. acórdão condenatório, apenas na parte relativa às penas acessórias previstas no § 2º do art. 1º, do Dec.-lei 201/67, até o trânsito em julgado da condenação.

STJ, 5ª T., HC 40.827-MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 417.

**1.4** Livramento condicional. Impossibilidade de revogação após decurso do período de prova. Extinção automática da pena.

Execução penal. *Habeas corpus*. Livramento condicional. Revogação após decurso do período de prova. Impossibilidade. Extinção automática da pena. Ordem concedida.

1. Uma vez cumprido o prazo do livramento condicional e suas condições, não ocorrendo suspensão ou revogação, a pena é automaticamente extinta, nos termos do art. 90 do Código Penal.

2. Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, a solução legal exclusiva para obstar a extinção da pena, pelo término do prazo do livramento condicional sem decisão judicial que o revogue, é a medida cautelar (arts. 732 do CPP e 145 da LEP).

3. Ordem concedida para declarar extinta a pena do crime objeto do livramento condicional, nos termos do art. 90 do Código Penal, c/c art. 146 da Lei de Execução Penal.

STJ, 5ª T., HC 44.060-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06.09.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 428.

**1.5** Livramento condicional. Réu primário com maus antecedentes. Diante da ausência de previsão legal, tem direito ao benefício se cumpriu mais de 1/3 da pena.

*Habeas corpus*. Execução penal. Livramento condicional. Réu primário e que ostenta maus antecedentes. Interpretação do art. 83 do Código Penal. Ordem concedida.

1. Diante da ausência de previsão legal, para efeito de concessão do livramento condicional, relativa ao réu primário e que ostenta maus antecedentes, deve o aplicador do direito optar pela interpretação mais favorável ao sentenciado.

2. Assim sendo, ao condenado não-reincidente e de maus antecedentes que cumprir mais de 1/3 da pena aplicada deve-se considerar, para efeito da concessão do aludido benefício (livramento condicional), o disposto no art. 83, I, do Código Penal.

3. Ordem concedida.

STJ, 5ª T., HC 39.741-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21.06.2005, v.u., *DJU* 22.08.2005, Seção 1, pp. 310.

**1.6** Prescrição intercorrente. Trânsito em julgado para a acusação. Rege-se pela pena *in concreto*.

Penal. *Habeas corpus*. Art. 16 da Lei 6.368/76. Trânsito em julgado para a acusação. Pena *in concreto*. Prescrição.

Se a pena privativa de liberdade é de 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de detenção, tendo ocorrido o trânsito em julgado para a acusação, há que se

declarar a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, se entre a data em que se tornou pública a sentença condenatória (20/05/2002) e a presente data, inexistindo outra causa interruptiva, transcorreu lapso temporal maior que dois anos (arts. 107, IV, 109, VI e 110, § 1º, do CP).

*Writ* concedido, para declarar extinta a punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva.

STJ, 5ª T., HC 37.508-SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 09.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 412.

**1.7** Regime prisional. Inadmissibilidade do semi-aberto se a pena imposta permite o aberto e a pena base é fixada no mínimo legal em virtude das circunstâncias judiciais favoráveis.

Penal e processo penal. *Habeas corpus*. Art. 171, *caput*, do Código Penal. Sentença contraditória. Regime. Suspensão condicional da pena.

I – Incompatibilidade de fixação do regime inicial semi-aberto se a quantidade da pena imposta permite seja estabelecido o aberto e as circunstâncias judiciais, na determinação da pena-base, foram consideradas como totalmente favoráveis ao réu.

(Precedentes)

(...)

*Writ* parcialmente concedido. *Habeas corpus* concedido de ofício para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária, ex vi do art. 45, § 1º, do Código Penal.

STJ, 5ª T., HC 37.639-SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 09.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 413.

**1.8** Regime prisional. Roubo qualificado tentado. Direito a iniciar o cumprimento no regime aberto se a pena-base foi fixada no mínimo, por serem favo-

ráveis as circunstâncias judiciais. A gravidade em abstrato do delito não justifica a imposição de regime mais severo.

Processo penal. *Habeas corpus*. Roubo qualificado tentado. Regime de cumprimento da reprimenda desproporcional à pena efetivamente aplicada. Pena-base fixada no mínimo legal. Fundamento na gravidade genérica do delito. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida.

1. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. (Súm. 718 do STF).

2. Revela-se contraditória a decisão que, a par de fixar a pena-base no mínimo legal, indicando serem favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, impõe ao condenado o regime semi-aberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos.

3. Ordem concedida para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

STJ, 5ª T., HC 44.078-SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 428.

1.9 Regime prisional. Roubo impróprio majorado. Pena fixada entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos, havendo circunstâncias judiciais favoráveis. Direito a iniciar o cumprimento da pena no regime semi-aberto.

Penal. *Habeas corpus*. Art. 157, §§ 1º e 2º, I e II, do Código Penal. Roubo impróprio majorado. Consumação e tentativa.

(...)

III – Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime prisional semi-aberto. (Precedentes).

Ordem denegada. *Habeas corpus* concedido de ofício, para alterar o regime inicial de cumprimento da pena para semi-aberto.

STJ, 5ª T., HC 39.220-RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 28.06.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 414.

**1.10** Regime prisional. Roubo qualificado e quadrilha. Direito de iniciar o cumprimento no semi-aberto, se pena é maior do que 4 (quatro) anos, mas não excede a 8 (oito) anos, havendo circunstâncias judiciais favoráveis. Gravidade abstrata do delito não justifica imposição do regime fechado.

Penal e processual penal. *Habeas corpus*. art. 157, § 2º, I e II, e art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Pena-base fixada no mínimo legal. Circunstâncias judiciais favoráveis. Regime prisional. Fundamentação.

I – Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime prisional semi-aberto. (Precedentes)

II – A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do CP.

III – A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. (Enunciado 718 da Súmula do Pretório Excelso, *DJU* de 09.10.2003).

*Habeas corpus* concedido.

STJ, 5ª T., HC 40.829-SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 04.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 417. No mesmo sentido: STJ, 5ª T., HC 41.042-SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 04.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 418 e STJ, 5ª T., HC 41.755-SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 04.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 420.

**1.11** Reincidência. Não configurada. Segundo delito praticado 5 (cinco) anos após a audiência admonitória.

Execução penal. *Habeas corpus*. Reincidência. Não configuração. Cometimento do segundo delito após o transcurso de 05 (cinco) anos a contar da realização da audiência admonitória. Aplicação do art. 64, I, do CP.

Concedido o sursis da pena na condenação anterior, o prazo fixado no art. 64, inciso I, do Código Penal tem como termo inicial a data da audiência admonitória.

(Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte).

*Habeas corpus* concedido.

STJ, 5ª T., HC 40.038-RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 06.09.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 416.

**1.12** *Sursis*. Impossibilidade de concessão se presentes requisitos para substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos.

Penal e processo penal. *Habeas corpus*. Art. 171, *caput*, do Código Penal. Sentença contraditória. Regime. Suspensão condicional da pena.

(...)

II – Se o paciente reúne as condições para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, não há que se falar em possibilidade de concessão do benefício da suspensão condicional da pena, ex vi do art. 77, III, do Código Penal.

(Precedentes)

*Writ* parcialmente concedido. *Habeas corpus* concedido de ofício para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária, *ex vi* do art. 45, § 1º, do Código Penal.

STJ, 5ª T., HC 37.639-SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 09.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 413.

## Parte especial

**1.13** Apropriação indébita previdenciária. O pagamento do débito, mesmo que realizado após o recebimento da denúncia, acarreta a extinção da punibilidade.

*Habeas corpus*. Direito penal. Apropriação indébita previdenciária. Pagamento dos débitos previdenciários após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade.

1. O pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento de contribuição à Previdência Social descontada dos salários dos empregados, ainda que posteriormente à denúncia e incabível o parcelamento, extingue a punibilidade do crime tipificado no artigo 168-A do Código Penal (Lei 10.684/2003, art. 9º, § 2º).

2. Precedentes do STF e do STJ.

3. Ordem concedida.

STJ, 6ª T., HC 21.146-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 463.

**1.14** Estupro contra menor de 14 (quatorze) anos sem resultado morte ou lesão corporal grave. Afastamento do aumento de pena previsto no art. 9º da Lei nº 8.072/90.

*Habeas corpus*. Estupro praticado contra menor de 14 anos sem resultado morte ou lesão corporal grave. Afastamento do aumento de pena previsto no art. 9º da Lei 8.072/90. Ordem concedida.

1 – Conforme entendimento desta Corte, no que diz com os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei 8.072/90 somente tem aplicação nos casos em que, da prática desses delitos contra vítima que se encontre numa das hipóteses do art. 224 do Código Penal, resulte morte ou lesão corporal de natureza grave.

2 – *Habeas corpus* concedido.

STJ, 6ª T., HC 24.397-RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 28.10.2003, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 462.

**1.15** Extorsão mediante seqüestro. Delação premiada. Liberação da vítima antes do recebimento de resgate. Irrelevância de o delito ter sido praticado antes do advento da Lei 9.269/96. Aplicação retroativa desta lei por ser mais benéfica.

*Habeas corpus*. Penal. Extorsão mediante seqüestro. Vítima libertada por co-réu antes do recebimento do resgate. Retroatividade da lei penal mais benéfica delação premiada. Redução da pena. Ordem concedida.

1. A libertação da vítima de seqüestro por co-réu, antes do recebimento do resgate, é causa de diminuição de pena, conforme previsto no art. 159, § 4º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.269/96, que trata da delação premiada.

2. Mesmo que o delito tenha sido praticado antes da edição da Lei nº 9.269/96, aplica-se o referido dispositivo legal, por se tratar de norma de direito penal mais benéfica.

3. Ordem concedida.

STJ, 5ª T., HC 40.633-SP, Rel. Min. *Arnaldo* Esteves Lima, j. 1º.09.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 417.

**1.16** Quadrilha ou bando. A Lei 9.034/95 ("Lei do Crime Organizado") não é aplicável ao delito de quadrilha ou bando, mas sim ao crime cometido pela quadrilha.

*Habeas corpus*. Art. 288, parágrafo único do Código Penal. Réu que permaneceu solto durante a instrução criminal. Sentença que reconhece primariedade e bons antecedentes. Garantia da ordem pública. Ausência de fundamentação concreta. Ordem concedida. Crime de quadrilha ou bando: não aplicação da Lei 9.034/95

1. Réu que permaneceu solto durante a instrução criminal e, ao prolatar a sentença condenatória, a Magistrada de primeira instância impõe a obrigação de se recolher à prisão para poder apelar do *decisum* condenatório, sem declinar, efetivamente, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, os motivos ensejadores da prisão.

2. Acórdão do Tribunal *a quo* que aplicou a Lei 9.034/95 ao crime de quadrilha ou bando: impossibilidade.

3. A Lei 9.034/95 incide sobre o crime cometido pela quadrilha, não sobre o delito de quadrilha ou bando.

4. Ordem concedida para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento, se por outro motivo não estiver recolhido.

STJ, 6ª T., HC 38.481-SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 06.09.2003, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 464.

**1.17** Roubo impróprio. Inadmissível a tentativa. Consumação com a posse, independente da *res* sair da vigilância do antigo possuidor.

Penal. *Habeas corpus*. Art. 157, §§ 1º e 2º, I e II, do Código Penal. Roubo Impróprio majorado. Consumação e tentativa.

I – O crime previsto no art. 157, § 1º, do Código Penal consuma-se no momento em que, após o agente tornar-se possuidor da coisa, a violência é empregada, não se admitindo, pois, a tentativa. (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte).

II – Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a *res* saia da esfera de vigilância do antigo possuidor. (Precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal – *RTJ* 135/161-192, Sessão Plenária).

(...)

Ordem denegada. *Habeas corpus* concedido de ofício, para alterar o regime inicial de cumprimento da pena para semi-aberto.

STJ, 5ª T., HC 39.220-RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 28.06.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 414.

# 2. Processo Penal

2.1 Denúncia. Inépcia. Falta de justa causa para a ação penal pela ausência da descrição das condutas e falta de um mínimo de prova.

*Habeas corpus*. Direito processual penal. Crimes contra o meio ambiente. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia e falta de justa causa parciais. Ocorrência.

1. A denúncia que, em parte, sobre desatender o art. 41 do Código de Processo Penal, não descrevendo a conduta de cada qual dos denunciados, vem desacompanhada de um mínimo de prova que lhe assegure a viabilidade, autoriza e mesmo determina o julgamento de falta de justa causa para a ação penal.

2. Ordem parcialmente concedida.

STJ, 6ª T., HC 37.695-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.04.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 464.

2.2 *Habeas Corpus*. Conhecimento. Nulidades em primeiro grau, argüidas oportunamente, devem ser analisadas mesmo na superveniência de sentença condenatória.

Processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Paciente condenado por tentativa de roubo. *Writ* não conhecido na origem sob alegação de existência de recurso próprio. Constrangimento ilegal.

A superveniência de sentença condenatória não prejudica o exame, de argüições oportunamente apresentadas acerca de eventuais *errores in procedendo* que teriam ocorrido em primeiro grau. (Precedentes)

Ordem concedida, para que o e. Tribunal *a quo* aprecie, conforme entender de direito, as nulidades suscitadas.

STJ, 5ª T., HC 40.534-BA, Rel. Min. Félix Fischer, j. 04.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 416.

2.3 Júri. Desclassificação para homicídio culposo. Anulação do julgamento pelo Tribunal sob fundamento de decisão contrária à prova dos autos. Existin-

do duas versões e acolhida uma pelo Conselho de Sentença prevalece a soberania dos veredictos. Acórdão anulado.

Processual penal. *Habeas corpus*. Tribunal do júri. Desclassificação para homicídio culposo. Anulação do julgamento pelo tribunal *a quo* sob o fundamento de ter sido a opção do júri manifestamente contrária à prova dos autos. Existência de duas versões. Escolha pelo conselho de sentença. Soberania dos veredictos. Concessão da ordem.

1. Verifica-se nos autos a existência de duas versões a respeito dos fatos ocorridos (dolo eventual e culpa consciente), oportunizando, desta forma, ao Conselho de Sentença, a escolha da tese que lhe pareceu mais convincente, ainda que possa não ser a mais técnica ou mais justa.

2. Não estando a tese acolhida pelos jurados efetivamente divorciada das provas produzidas no processo, inadmissível é a sua reavaliação pelo Tribunal de Justiça, desconstituindo a opção do Júri, sob pena de afrontar o princípio da soberania dos veredictos, consagrado no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

3. Ordem concedida para anular o acórdão impugnado e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para que seja julgada a apelação interposta pela defesa.

STJ, 5ª T., HC 39.286-RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14.06.2005, v.u., *DJU* 22.08.2005, Seção 1, p. 309.

**2.4** Liberdade provisória. Admissível, ainda que o acusado não resida no distrito da culpa, diante da ausência de elemento objetivo a indicar a intenção de furtar-se à aplicação da lei penal.

*Habeas corpus*. Processual penal. Crimes de estelionato, falsificação de documento público e corrupção ativa. Ausência dos requisitos autorizativos da custódia cautelar. Precedentes do STJ.

1. O fato de não residir o acusado no distrito da culpa, por si só, não autoriza a conclusão de que irá, necessariamente, furtar-se à aplicação da lei penal ou

dificultar a instrução criminal, mormente diante da falta de demonstração no decreto impugnado de qualquer elemento objetivo a convalidar a desconfiança.

2. O outro argumento que justificou a segregação provisória do paciente, qual seja: a existência de mandado de prisão em outra comarca, não mais subsiste, pois, recentemente, o juízo daquela comarca revogou o referido mandado de prisão.

3. Evidenciada, assim, a ausência de qualquer motivo que justifique a segregação provisória do acusado, o decreto prisional ora atacado deve ser revogado, preservando-se o seu direito de locomoção.

4. Ordem concedida para assegurar ao paciente o benefício da liberdade provisória, com a conseqüente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo juízo processante, sem prejuízo de eventual decretação de custódia cautelar, devidamente fundamentada.

STJ, 5ª T., HC 42.175-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 422.

**2.5** Liberdade provisória. Indeferimento baseado na hediondez do crime. Inadmissibilidade. Prisão cautelar só admissível se presentes os requisitos do art. 312, CPP.

Processual penal. *Habeas corpus*. Prisão em flagrante. Homicídio qualificado em sua forma tentada. Concurso de pessoas. Liberdade provisória indeferida. Crime hediondo. Necessidade da medida não demonstrada. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida.

1. Constitui constrangimento ilegal o indeferimento de pedido de liberdade provisória, no caso de prisão em flagrante por crime hediondo, quando a decisão encontra-se fundamentada apenas na Lei 8.072/90, tendo em vista que, por se tratar de prisão cautelar, impõe-se a demonstração inequívoca da necessidade da medida, que só pode ser decretada quando presente pelo menos um dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ordem concedida para permitir ao paciente responder ao processo em liberdade, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo sumariante, sem prejuízo de que, motivadamente, seja decretada a prisão preventiva do réu no caso de se mostrar necessária (CPP, art. 312).

STJ, 5ª T., HC 41.662-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 420.

**2.6** Liberdade provisória. Paciente presa em flagrante, assim permanecendo durante a instrução. Decisão de pronúncia. Indeferimento de pedido de liberdade provisória fundado no caráter hediondo do delito. Constrangimento ilegal por não estar demonstrada a necessidade concreta da medida.

Processual penal. *Habeas corpus*. Homicídio tentado qualificado. Prisão em flagrante delito. Paciente que permaneceu presa durante toda a instrução criminal. Sentença de pronúncia prolatada mantendo o indeferimento do pedido de liberdade provisória fundado apenas no caráter hediondo do delito. Necessidade da medida restritiva de liberdade não demonstrada.

Ordem concedida.

1. Segundo o posicionamento majoritário deste Tribunal, ainda que se trate de prisão em flagrante pela prática de crime hediondo, o indeferimento do pedido de liberdade provisória exige motivação em fatos concretos que justifiquem a excepcionalidade da custódia cautelar, demonstrando a necessidade da medida, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Quando o decreto prisional não demonstra a necessidade da medida restritiva de liberdade, com base em fatos concretos que ameaçam a ordem pública ou econômica ou colocam em risco a instrução criminal ou mesmo a aplicação da lei penal, sua manutenção configura constrangimento ilegal mesmo que exarada a sentença de pronúncia.

3. Ordem concedida para assegurar à paciente o benefício da liberdade provisória, com a conseqüente expedição do alvará de soltura, se por outro

motivo não estiver presa, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo processante, sem prejuízo de eventual decretação da custódia cautelar, devidamente fundamentada em fatos concretos que demonstrem a necessidade da medida (CPP, art. 312).

STJ, 5ª T., HC 42.100-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 421.

2.7 Nulidade. Adiamento da sessão de julgamento indeferido a despeito da justificativa apresentada em tempo hábil. Violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Acórdão anulado.

Julgamento indeferido. Denúncia recebida. Atestado médico comprovando a impossibilidade de comparecimento do advogado do paciente na data designada apresentado em tempo hábil. Violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório caracterizado. Ordem concedida. Análise da alegada inépcia da denúncia prejudicada.

1. O pedido de adiamento da sessão de julgamento deve ser analisado com ponderação, merecendo deferimento quando houver justo impedimento de comparecimento do advogado do réu ou indiciado na data designada, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

2. No caso, o único advogado constituído pelo paciente, e que foi intimado do acórdão que recebeu a mencionada denúncia, pleiteou, em tempo hábil, o adiamento do julgamento por motivo de saúde, apresentando o indispensável atestado médico, comprovando atendimento de urgência, com recomendação de repouso, na data da respectiva sessão.

3. Considerando que as preliminares suscitadas pela defesa foram rejeitadas e a peça acusatória recebida para instauração de ação penal, não há como negar a existência de prejuízo para o paciente.

4. Ordem concedida para a anular o acórdão que recebeu a denúncia ofertada contra o paciente, para que outra decisão seja proferida, com prévia

intimação da defesa, restando prejudicada a análise da alegada inépcia da peça acusatória.

STJ, 5ª T., HC 40.513-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 416.

**2.8** Nulidade. Adiamento da sessão de julgamento. Necessidade de nova intimação tendo em vista o decurso de oito meses. Ausência de defesa que acarreta nulidade absoluta.

Penal. Processos no tribunal (ordem). Processo adiado. Extenso decurso de tempo até a efetivação do julgamento. Nova intimação (falta). Defesa (falta). Nulidade (absoluta).

1. O adiamento, em princípio, não implica nova intimação.

2. Passados, no entanto, oito meses entre o adiamento do julgamento da apelação e a retomada do curso do processo, correta a alegação da defesa de ter sido surpreendida e de ter sofrido prejuízo ante a ausência de nova intimação para o julgamento.

3. A falta de defesa constitui nulidade absoluta, fato que impõe a realização de novo julgamento, precedido, obviamente, da intimação mediante a publicação do respectivo ato.

4. *Habeas corpus* concedido.

STJ, 6ª T., HC 39.026-RS, Rel. Min. Nilson Naves, j. 19.05.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 465.

**2.9** Nulidade. Audiência de oitiva de testemunhas da acusação sem a presença do defensor e do acusado. Violação dos princípios do contraditório e da paridade de armas (*par conditio*). Processo anulado a partir da referida audiência.

*Habeas corpus*. Processual penal. Crime de estupro e atentado violento ao pudor. Audiência de oitiva. Depoimentos colhidos na ausência de defensor e do réu. Prova oral, desprovida de contraditório, que embasou a sentença condenatória. Prejuízo ao réu. Ordem concedida.

1. Restou violado o princípio constitucional do contraditório, pois suprimida a participação da defesa na formação do convencimento do juiz, desprezado ainda, o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas, que visa buscar a igualdade processual.

2. Ordem concedida para determinar a anulação do processo, desde a realização da audiência de inquirição de testemunhas de acusação.

STJ, 6ª T., HC 39.953-SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 02.08.2005, v.u., *DJU* 22.08.2005, Seção 1, p. 347.

**2.10** Nulidade. Falta de intimação pessoal do defensor público. Nulidade absoluta por cerceamento de defesa reconhecida.

Processual penal. *Habeas corpus*. Art. 299, parágrafo único, e art. 304 do CP. Prefeito. Cerceamento de defesa. Extravio de documentos. Prova pré-constituída. Dilação probatória. Nomeação de defensor público. Revelia. Ausência de intimação pessoal do defensor público da data designada para o julgamento. Cerceamento de defesa. Nulidade. Trancamento da ação penal. Afastamento do cargo. Fundamentação. Tópicos prejudicados.

I – O remédio heróico do *habeas corpus*, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas das sustentações feitas já que não se admite dilação probatória (Precedentes).

II – Inexistindo resposta por parte do paciente quando notificado acerca dos termos da denúncia e não se verificando nos autos a existência de qualquer instrumento de mandato constituindo advogado antes da realização da sessão de julgamento, resta plenamente justificada a designação de defensor público para realização da defesa técnica do paciente, afastada a ocorrência da nulidade prevista no art. 564, III, *c*, do CPP.

III – A teor dos arts. 5º, § 5º, da Lei 1.060/50 e 370, § 4º, do CPP, a intimação do defensor público ou dativo deve ser pessoal, sob pena de nulidade absoluta por cerceamento de defesa. A falta dessa intimação enseja a realização de novo julgamento (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

IV – Anulada, nesta oportunidade, a sessão de julgamento na qual foi recebida a denúncia e determinado o afastamento do paciente do cargo, em razão da ausência de intimação pessoal do defensor público, resta prejudicada a análise das teses referentes ao trancamento da ação por falta de justa causa e de ausência de fundamentação adequada do r. *decisum*.

*Writ* parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente concedido.

STJ, 5ª T., HC 38.897-BA, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 414. No mesmo sentido: STJ, 5ª T., HC 41.641-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 16.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 419; STJ, 5ª T., HC 41.924-SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 04.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 420.

**2.11** Nulidade. Defensor dativo não nomeado após abandono da causa pelo advogado constituído. Nulidade reconhecida pelo cerceamento de defesa. Liberdade provisória concedida pela ausência do contraditório e também por não existirem motivos concretos para a manutenção da prisão.

*Habeas Corpus*. Liberdade provisória conferida à acusada em primeira instância e cassada pelo Tribunal de Justiça. Abandono da causa pelo advogado constituído. Ausência de nomeação de defensor dativo. Prejuízo para a ré. Cerceamento de defesa. Elementos do art. 312, do Diploma Processual Penal, não configurados. Manifesta ilegalidade.

É assente, nesse Augusto Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, se da eiva resulta prejuízo, caracterizada está a nulidade processual. Outro, aliás, não é o que soa o princípio da *pas de nullitté sans grief*.

No mais, não havendo motivos concretos para que se decrete a prisão preventiva, deve a acusada responder ao processo em liberdade, sob pena de flagrante ofensa ao *status libertatis*, garantia abrigada na Constituição Federal.

Ordem concedida.

STJ, 5ª T., HC 43.964-SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 23.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 428.

**2.12** Prisão em flagrante. Excesso de prazo – sem culpa da defesa – caracteriza constrangimento ilegal.

Flagrante. Excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal sem culpa da defesa. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida.

1. Na hipótese, trata-se de roubo qualificado em que o paciente, preso em flagrante delito, encontra-se custodiado provisoriamente por mais de 18 (dezoito) meses, não existindo nos autos elementos que demonstrem a responsabilidade da defesa no atraso da instrução criminal, tanto que a autoridade apontada como coatora justificou a morosidade na prestação jurisdicional apenas pela ausência de membro do Ministério Público junto ao Juízo processante.

2. O excesso de prazo na duração da custódia cautelar, quando a causa é atribuída exclusivamente ao aparelho judiciário, subverte sua finalidade e configura constrangimento ilegal, por transformar indevidamente o instrumento processual da prisão preventiva em execução antecipada de futura e incerta sentença condenatória.

3. Ordem concedida, para determinar a expedição de alvará de soltura, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo processante, caso o paciente não se encontre preso por outro motivo.

STJ, 5ª T., HC 40.664-PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 417. (Ver, no mesmo sentido, 3.5)

**2.13** Prisão em flagrante. Se ausentes os requisitos cautelares da prisão preventiva, deve ser concedida a liberdade provisória.

Processual penal. *Habeas corpus*. Prisão em flagrante. Denúncia pela prática dos delitos tipificados nos arts. 147 (ameaça) e 180, § 1º (receptação), do Código Penal, 14 da Lei 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo) e 10 da Lei 2.252/54 (corrupção de menores). Indeferimento do pedido de liberdade provisória. Ausência dos requisitos da prisão preventiva. Constrangimento ilegal caracterizado. Trancamento de ação penal. Indícios da prática de crime e da autoria. Impossibilidade. Ordem parcialmente concedida.

1. O indeferimento do pedido de liberdade provisória, nos casos de prisão em flagrante, depende da presença dos requisitos que autorizam a custódia preventiva (CPP, art. 312), sob pena de configurar constrangimento ilegal.

(...)

4. Ordem parcialmente concedida apenas para deferir ao paciente o benefício da liberdade provisória, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo processante, caso não se encontre preso por outro motivo.

STJ, 5ª T., HC 42.785-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 423.

**2.14** Prisão preventiva. Exigência de fundamentação concreta e vinculada. Inadmissível mera repetição do texto legal. Revogação da prisão.

Processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 121, § 2º, I, II e IV do CP. Prisão preventiva. Revogação pelo E. Tribunal *a quo*. Pronúncia. Expedição de mandado de prisão. Fundamentação.

I – Os fundamentos apresentados na decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, posteriormente ratificados na pronúncia, revelam que não houve uma situação concreta a justificar a segregação cautelar do réu, pois se referem apenas a considerações genéricas que, em princípio, não indicam a adequação do caso em tela às hipóteses do art. 312 do CPP.

II – A prisão preventiva exige fundamentação concreta e vinculada. A mera repetição do texto legal ou a formulação de observações genéricas não preenchem a exigência legal (art. 315 do CPP c/c o art. 93, IX, 2ª parte da *Lex Maxima*).

(Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

III – Constitui constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão determinada em decisão de pronúncia amparada em anterior *decisum* que, além de desprovido da necessária fundamentação concreta, havia sido inclusive revogado pelo e. Tribunal *a quo* por essa mesma razão.

*Habeas corpus* concedido, para revogar a custódia cautelar do paciente, sem prejuízo de que novo decreto prisional seja expedido em seu desfavor, desde que devidamente fundamentado.

STJ, 5ª T., HC 39.828-MG, Rel. Min. Félix Fischer, j. 04.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 415. No mesmo sentido STJ, 5ª T., HC 42.578-RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 423.

**2.15** Prisão preventiva. Presunção de perturbação da ordem pública inadmissível. Necessidade de demonstração concreta da necessidade da medida cautelar.

*Habeas corpus*. Porte de arma. Prisão cautelar. Requisitos do art. 312 do CPP. Ordem pública. Presunção. Fundamentação incompleta. Constrangimento.

A decisão que não demonstra de forma concreta a configuração dos pressupostos autorizadores da custódia cautelar (art. 312, do CPP), limitando-se a fazer referência à circunstância insuficiente, às meras conjecturas de perturbação da ordem pública, sem a indicação mínima de fatos concretos, causa constrangimento corrigível por via de *habeas corpus*. Precedentes.

*In casu*, o porte de arma não pode pressupor outro delito não realizado, porquanto o desejo de ilicitude, enquanto ato somente de cogitação, é incapaz de firmar uma moldura típica que não aquela que faz parte da acusação, muito menos ainda será capaz de fundamentar convencimento da custódia cautelar.

Ordem concedida para permitir a liberdade provisória do Paciente, sem prejuízo de o juízo local fundamentar concretamente, por outras ocorrências penais subjacentes ao crime de porte de arma, a necessidade do recolhimento.

STJ, 5ª T., HC 41.917-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 23.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 420.

**2.16** Prisão preventiva. Revogação em virtude das condições pessoais favoráveis e ausência dos requisitos cautelares da prisão cautelar. Irrelevância da superveniência da sentença. Direito de aguardar o julgamento do recurso de apelação defensivo em liberdade.

Criminal. *HC*. Tráfico de entorpecentes. Interceptações telefônicas. Inobservância das regras de prevenção. Ofensa ao princípio do juiz natural. Ino-

corrência. Ausência de fundamentação das decisões que autorizaram a realização da diligência. Insuficiência de instrução do *writ*. Prazo previsto em lei para a realização da diligência devidamente respeitado. Cerceamento de defesa. Juntada de documentos após as alegações finais. Supressão de instância. Prisão preventiva. Custódia mantida na sentença condenatória. Ausência de concreta fundamentação. Indícios de autoria e materialidade. Possibilidade de nova comercialização de droga. Motivação inidônea a respaldar a segregação. Condições pessoais favoráveis. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, parcialmente concedida.

(...)

VI. A motivação relativa à existência de indícios de autoria e à prova da materialidade não constituem, por si só, fundamentação idônea a respaldar a custódia cautelar, se desvinculada de fator concretos que não a prática delitiva e dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal.

VII. A possibilidade concreta de o paciente continuar a comercializar cloreto de etila, explicitada no decreto prisional pela proximidade dos festejos de carnaval, também não mais justifica a medida excepcional, se ultrapassado o referido período festivo.

VIII. Evidenciada a ilegalidade da decisão monocrática constritiva, é irrelevante a superveniência de sentença, pois não se vislumbra, no édito condenatório, qualquer elemento novo a justificar a prisão processual do paciente, tornando-se ilegal a sua permanência no cárcere, enquanto aguarda o julgamento do recurso de apelação interposto.

IX. Precedentes do STF e do STJ.

X. Condições pessoas favoráveis, embora não sejam garantidoras da revogação da custódia, não podem ser desconsideradas, se verificada a ausência dos pressupostos legais da prisão cautelar.

XI. Deve ser cassado o decreto prisional, bem como reformado o acórdão recorrido e a sentença condenatória, na parte em que mantiveram a custódia do paciente, para revogar a prisão preventiva contra ele decretada, determinando-se

a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, a fim de que possa aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação defensivo, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

XII. Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.

STJ, 5ª T., HC 44.849-PE, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 06.09.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 432.

2.17 Prisão preventiva. Falta de fundamentação. Revogação em virtude das condições pessoais favoráveis e ausência de requisitos cautelares que autorizem a medida excepcional. Irrelevância da superveniência da decisão de pronúncia.

Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Homicídio Qualificado. Porte ilegal de arma. Excesso de prazo na formação da culpa. Pedido prejudicado. Prisão preventiva. Falta de fundamentação. Superveniência de sentença de pronúncia. Custódia mantida sem motivo concreto. *Writ* concedido.

1. No que diz respeito ao excesso de prazo, o *writ* se encontra prejudicado, visto que já foi proferida a sentença de pronúncia.

2. A prisão cautelar, providência processual de caráter excepcional, só deve ser imposta quando presente um dos motivos que autorizam sua adoção, que deve restar claramente demonstrado, não resultando sua necessidade do fato de estar comprovada a existência e a autoria de crime considerado grave.

3. No caso, nem o respectivo decreto nem a aludida sentença demonstraram a necessidade do recolhimento antecipado do paciente, não se justificando, assim, a prisão.

4. A circunstância de não haver o réu permanecido no local logo após a prática do delito, bem como o fato de o crime ser considerado grave, não evidenciam, por si só, a necessidade da prisão, notadamente se o paciente não registra

antecedentes criminais ao longo de seus 65 anos de vida, além de ser primário, com residência fixa e atividade lícita, tendo se apresentado espontaneamente perante a autoridade policial.

5. Ademais, a repercussão dos fatos na comunidade local, traduzida no chamado clamor público, não justifica, por si só, a necessidade da prisão. Precedentes.

6. As condições pessoais favoráveis do acusado, mesmo não sendo garantidoras do direito de responder ao processo em liberdade, devem ser devidamente valoradas, quando não demonstrada a presença de requisitos que autorizem a adoção da medida constritiva excepcional.

7. Recurso provido para revogar a custódia cautelar, sem prejuízo, se necessário, de nova decretação.

STJ, 6ª T., ROHC 15.319-PR, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 15.03.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 462.

**2.18** Prisão preventiva. Excesso de prazo. Acusado preso há 10 meses sem o encerramento da formação da culpa. Relaxamento da custódia.

*Habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes. Direito Processual Penal. Excesso de prazo na instrução criminal. Constrangimento caracterizado. Ordem concedida.

1. Ultrapassado o horizonte da razoabilidade, como se impõe reconhecer nos casos em que se afirma normal o processamento do feito, embora a prisão cautelar do réu já alcance mais de 10 meses, sem que a formação da culpa tenha se encerrado e se o difira, aprazadamente, para o futuro, o relaxamento da custódia, que se mostra ilegal, é medida de rigor (Constituição Federal, art. 5º, LXV).

2. Ordem concedida.

STJ, 6ª T., HC 43.588-BA, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 31.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 469.

**2.19** Prisão preventiva. Ausência de fundamentação idônea. Irrelevância de se tratar de crime hediondo. A prisão deve estar fundamentada em fatos con-

cretos, não servindo a gravidade abstrata do delito. Manutenção da prisão após a pronúncia, mesmo tendo o acusado permanecido preso, exige a presença dos motivos autorizadores da prisão preventiva.

*Habeas corpus*. Processual penal. Homicídio qualificado. Decreto de prisão preventiva carente de fundamentação idônea. Decisão baseada somente em declaração de co-réu. Sentença de pronúncia. Condições pessoais favoráveis relativas ao paciente. Ordem concedida.

1. A decisão que decreta a prisão cautelar do acusado, mesmo quando se trata de crime hediondo, deve estar devidamente fundamentada em fatos concretos, que demonstrem a presença, na hipótese, dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, não servindo como suporte a simples declaração incriminadora proveniente de co-réu processado pelo cometimento do mesmo delito, com o intuito de eximir-se de responsabilidade.

2. A gravidade abstrata do delito não pode servir de justificativa para a segregação cautelar do paciente, principalmente quando este apresenta condições pessoais favoráveis, tendo respondido a todos os atos processuais para os quais foi intimado, até o momento de sua prisão.

3. A manutenção da custódia cautelar do acusado, após proferida a sentença de pronúncia, mesmo que este tenha permanecido preso durante toda a instrução processual, depende da demonstração da necessidade da medida quando exarado o decreto de prisão preventiva.

4. Ordem concedida para deferir o pedido de liberdade provisória ao paciente, determinado-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo processante, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia cautelar, com demonstração inequívoca de sua necessidade.

STJ, 5ª T., HC 42.059-MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 421.

**2.20** Prisão preventiva. Determinada pelo Tribunal, em apelação exclusiva da defesa, sem fundamentação, tendo a sentença admitido o recurso em liberdade. Caracterizada *reformatio in pejus*.

Penal e processo penal. *Habeas corpus*. Citação. Validade. Supressão de instância. Decadência. Termo inicial. Dilação probatória. Apelação exclusiva do réu. *Reformatio in pejus*. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Crime hediondo. Regime integralmente fechado. Impossibilidade. Progressão.

(...)

As decisões judiciais devem ser necessariamente motivadas e fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal).

Dispondo a sentença condenatória – transitada em julgado para a acusação – que o réu pode recorrer em liberdade, não pode o Tribunal *a quo*, em apelação exclusiva da defesa, piorar a situação do condenado, para determinar, sem fundamentação alguma, a imediata execução da reprimenda, pois caracteriza *reformatio in pejus*.

Ordem PARCIALMENTE conhecida, e, nessa extensão, CONCEDIDA, para determinar (...) que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da decisão condenatória, (...).

STJ, 6ª T., HC 35.724-RJ, Rel. Min. Paulo Medina, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 464.

## 3. Legislação Extravagante

### *Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)*

**3.1** Internação antes de iniciada a fase instrutória com base na confissão e desistência das partes na produção de provas. Cerceamento de defesa. Violação das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, bem como da regra da busca da verdade. Decisão anulada.

Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. *Habeas corpus.* Representação por ato infracional análogo ao crime de roubo qualificado. Confissão pelo menor infrator na audiência de apresentação. Desinteresse na produção de outras provas pelas partes. Homologação. Internação. Cerceamento de defesa. Violação ao princípio do devido processo legal. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida.

1. A homologação da desistência manifestada pelas partes de produzirem provas por ocasião da audiência de apresentação, com a aplicação da medida sócio-educativa de internação, antes mesmo de iniciada a fase instrutória, com base apenas na confissão do menor infrator, constitui constrangimento ilegal, tendo em vista que viola os princípios constitucionais relativos ao devido processo legal e à ampla defesa, sem falar que o esclarecimento dos fatos e a busca da verdade real interessam também ao Estado.

2. Ordem concedida para anular a decisão que julgou procedente a representação oferecida contra o paciente e o acórdão impugnado, a fim de que seja procedida a prévia instrução probatória, determinando-se que o adolescente aguarde o desfecho do processo em liberdade assistida.

STJ, 5ª T., HC 44.791-SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 432. No mesmo sentido STJ, 6ª T., HC 43.508-SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 06.09.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 469.

3.2 Internação. Inadmissibilidade. Tráfico de entorpecentes. Ausência de violência ou grave ameaça e primariedade. Rol taxativo do art. 222 do ECA que não abrange a gravidade em abstrato do delito.

*Habeas corpus.* Processual penal. ECA. Tráfico de entorpecentes. Medida sócio- educativa de internação. Ausência de violência ou grave ameaça. Primariedade. Art. 122 do ECA. Rol taxativo. Gravidade em abstrato do delito. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.

1. A medida sócio-educativa de internação, a teor do art. 122, da Lei 8.069/00 – Estatuto da Criança e do Adolescente, pode ser imposta, tão-somente, nas hipóteses de: I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta;

2. Na consolidada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a medida extrema só será autorizada nas hipóteses enumeradas de forma taxativa – *numerus clausus* – no citado artigo 122 do ECA, dentre as quais não se encontra o ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes praticado por menor que não ostente antecedentes;

3. A simples alusão à gravidade do fato praticado não é suficiente para motivar a privação total da liberdade, até mesmo pela excepcionalidade da medida extrema.

4. Ordem concedida para anular a decisão de primeiro grau e determinar que outra seja proferida, permitindo-se ao Paciente aguardar a nova decisão em liberdade assistida.

STJ, 6ª T., HC 41.333-RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 02.08.2005, v.u., *DJU* 22.08.2005, Seção 1, p. 348.

**3.3** Liberdade compulsória. A maioridade civil não influi no limite de 21 anos para a liberdade compulsória de quem esteja cumprindo medida sócio-educativa.

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. ECA. Medida sócio-educativa. Semiliberdade. Maioridade civil. Liberação compulsória. Impossibilidade.

Não houve qualquer modificação na interpretação do art. 121, § 5º, da Lei 8.069/90, frente à nova maioridade civil tratada no art. 5º da Lei 10.406/2002. Assim, deve permanecer a idade de 21 (vinte e um) anos como limite para a

concessão da liberdade compulsória àqueles que estejam cumprindo as medidas sócio-educativas aplicadas com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (Precedentes).

Ordem denegada.

STJ, 5ª T., HC 42.612-RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 04.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 423.

## Execução Penal (Lei 7.210/84)

3.4 Conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade por não ter sido encontrado o sentenciado. Inadmissível se não foi dada oportunidade de justificação. Violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

*Habeas corpus*. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Não encontrado para cumprimento das penas. Prisão. Conversão. Restritiva de direito em privativa de liberdade. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Oportunidade de justificar o descumprimento das medidas impostas. Parecer pela concessão do *writ*.

Ordem concedida.

STJ, 5ª T., HC 44.148-MS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 429.

3.5 Livramento condicional. Impossibilidade de revogação após decurso do período de prova. Extinção automática da pena.

Execução penal. *Habeas corpus*. Livramento condicional. Revogação após decurso do período de prova. Impossibilidade. Extinção automática da pena. Ordem concedida.

1. Uma vez cumprido o prazo do livramento condicional e suas condições, não ocorrendo suspensão ou revogação, a pena é automaticamente extinta, nos termos do art. 90 do Código Penal.

2. Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, a solução legal exclusiva para obstar a extinção da pena, pelo término do prazo do livramento condicional sem decisão judicial que o revogue, é a medida cautelar (arts. 732 do CPP e 145 da LEP).

3. Ordem concedida para declarar extinta a pena do crime objeto do livramento condicional, nos termos do art. 90 do Código Penal, c/c art. 146 da Lei de Execução Penal.

STJ, 5ª T., HC 44.060-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06.09.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, pp. 428.

**3.6** Livramento condicional. Réu primário com maus antecedentes. Diante da ausência de previsão legal, tem direito ao benefício se cumpriu mais de 1/3 da pena.

*Habeas corpus*. Execução penal. Livramento condicional. Réu primário e que ostenta maus antecedentes. Interpretação do art. 83 do Código Penal. Ordem concedida.

1. Diante da ausência de previsão legal, para efeito de concessão do livramento condicional, relativa ao réu primário e que ostenta maus antecedentes, deve o aplicador do direito optar pela interpretação mais favorável ao sentenciado.

2. Assim sendo, ao condenado não-reincidente e de maus antecedentes que cumprir mais de 1/3 da pena aplicada deve-se considerar, para efeito da concessão do aludido benefício (livramento condicional), o disposto no art. 83, I, do Código Penal.

3. Ordem concedida.

STJ, 5ª T., HC 39.741-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 21.06.2005, v.u., *DJU* 22.08.2005, Seção 1, pp. 310.

**3.7** Progressão de regime. A partir da Lei 10.792/2003, a progressão é um direito se atendidos os pressupostos do cumprimento de 1/6 da pena e haja atestado de bom comportamento, não se exigindo mais parecer da Comissão Téc-

nica de Classificação e exame criminológico. Cometimento de falta grave superveniente. Pendência de julgamento de processo administrativo. Concessão da progressão, desde não reste caracterizada a falta grave ainda pendente de julgamento.

Regime fechado para o semi-aberto. Indeferimento do pedido. Constrangimento ilegal caracterizado em virtude da alteração promovida pela Lei 10.792/2003. Falta grave pendente de julgamento administrativo. Ordem concedida, sob condição.

1. A progressão de regime de cumprimento de pena (fechado para semi-aberto) passou a ser direito do condenado, bastando que se satisfaça dois pressupostos: o primeiro, de caráter objetivo, que depende do cumprimento de pelo menos 1/6 (um sexto) da pena; o segundo, de caráter subjetivo, relativo ao seu bom comportamento carcerário, que deve ser atestado pelo diretor do estabelecimento prisional.

2. Embora temerário substituir a exigência de parecer da Comissão Técnica de Classificação e a submissão do presidiário a exame criminológico – como condição a eventual direito de progressão do regime fechado para o semi-aberto – por um simples atestado de boa conduta firmado por diretor de estabelecimento prisional, essa foi a intenção do legislador ao editar a Lei 10.792/2003, que deve ser observada pelo Juízo das Execuções Penais, sob pena de violação ao disposto no art. 112 da LEP, em sua nova redação.

3. Na hipótese, restaram satisfeitos ambos os requisitos exigidos à progressão prisional, satisfazendo, assim o disposto no art. 112 da LEP, com a redação dada pela Lei 10.792/2003.

4. Ocorre que, malgrado possua o condenado o direito à progressão de regime, não se pode desconsiderar o cometimento superveniente de falta grave ainda pendente de julgamento administrativo.

5. Ordem concedida para reconhecer o direito do paciente à progressão do regime prisional, apenas no caso de não restar caracterizada a falta disciplinar ainda pendente de julgamento.

STJ, 5ª T., HC 40.895-SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16.06.2005, v.u., *DJU* 22.08.2005, Seção 1, p. 315.

## *Hediondos (Lei 8.072/90)*

**3.8** Liberdade provisória. Indeferimento baseado na hediondez do crime. Inadmissibilidade. Prisão cautelar só admissível se presentes os requisitos do art. 312, CPP.

Processual penal. *Habeas corpus*. Prisão em flagrante. Homicídio qualificado em sua forma tentada. Concurso de pessoas. Liberdade provisória indeferida. Crime hediondo. Necessidade da medida não demonstrada. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida.

1. Constitui constrangimento ilegal o indeferimento de pedido de liberdade provisória, no caso de prisão em flagrante por crime hediondo, quando a decisão encontra-se fundamentada apenas na Lei 8.072/90, tendo em vista que, por se tratar de prisão cautelar, impõe-se a demonstração inequívoca da necessidade da medida, que só pode ser decretada quando presente pelo menos um dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ordem concedida para permitir ao paciente responder ao processo em liberdade, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo sumariante, sem prejuízo de que, motivadamente, seja decretada a prisão preventiva do réu no caso de se mostrar necessária (CPP, art. 312).

STJ, 5ª T., HC 41.662-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 420.

**3.9** Liberdade provisória. Paciente presa em flagrante, assim permanecendo durante a instrução. Decisão de pronúncia. Indeferimento de pedido de liberdade provisória fundado no caráter hediondo do delito. Constrangimento ilegal por não estar demonstrada a necessidade concreta da medida.

Processual penal. *Habeas corpus*. Homicídio tentado qualificado. Prisão em flagrante delito. Paciente que permaneceu presa durante toda a instrução criminal. Sentença de pronúncia prolatada mantendo o indeferimento do pedido de liberdade provisória fundado apenas no caráter hediondo do delito. Necessidade da medida restritiva de liberdade não demonstrada. Ordem concedida.

1. Segundo o posicionamento majoritário deste Tribunal, ainda que se trate de prisão em flagrante pela prática de crime hediondo, o indeferimento do pedido de liberdade provisória exige motivação em fatos concretos que justifiquem a excepcionalidade da custódia cautelar, demonstrando a necessidade da medida, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Quando o decreto prisional não demonstra a necessidade da medida restritiva de liberdade, com base em fatos concretos que ameaçam a ordem pública ou econômica ou colocam em risco a instrução criminal ou mesmo a aplicação da lei penal, sua manutenção configura constrangimento ilegal mesmo que exarada a sentença de pronúncia.

3. Ordem concedida para assegurar à paciente o benefício da liberdade provisória, com a conseqüente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiver presa, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo processante, sem prejuízo de eventual decretação da custódia cautelar, devidamente fundamentada em fatos concretos que demonstrem a necessidade da medida (CPP, art. 312).

STJ, 5ª T., HC 42.100-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 421.

**3.10** Prisão preventiva. Ausência de fundamentação idônea. Irrelevância de se tratar de crime hediondo. A prisão deve estar fundamentada em fatos concretos, não servindo a gravidade abstrata do delito. Manutenção da prisão após a pronúncia, mesmo tendo o acusado permanecido preso, exige a presença dos motivos autorizadores da prisão preventiva.

*Habeas corpus*. Processual penal. Homicídio qualificado. Decreto de prisão preventiva carente de fundamentação idônea. Decisão baseada somente em declaração de co-réu. Sentença de pronúncia. Condições pessoais favoráveis relativas ao paciente. Ordem concedida.

1. A decisão que decreta a prisão cautelar do acusado, mesmo quando se trata de crime hediondo, deve estar devidamente fundamentada em fatos concretos, que demonstrem a presença, na hipótese, dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, não servindo como suporte a simples declaração incriminadora proveniente de co-réu processado pelo cometimento do mesmo delito, com o intuito de eximir-se de responsabilidade.

2. A gravidade abstrata do delito não pode servir de justificativa para a segregação cautelar do paciente, principalmente quando este apresenta condições pessoais favoráveis, tendo respondido a todos os atos processuais para os quais foi intimado, até o momento de sua prisão.

3. A manutenção da custódia cautelar do acusado, após proferida a sentença de pronúncia, mesmo que este tenha permanecido preso durante toda a instrução processual, depende da demonstração da necessidade da medida quando exarado o decreto de prisão preventiva.

4. Ordem concedida para deferir o pedido de liberdade provisória ao paciente, determinado-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo processante, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia cautelar, com demonstração inequívoca de sua necessidade.

STJ, 5ª T., HC 42.059-MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 421.

**3.11** Prisão preventiva. Determinada pelo Tribunal, em apelação exclusiva da defesa, sem fundamentação, tendo a sentença admitido o recurso em liberdade. Caracterizada *reformatio in pejus*.

Penal e processo penal. *Habeas corpus*. Citação. Validade. Supressão de instância. Decadência. Termo inicial. Dilação probatória. Apelação exclusiva do réu. *Reformatio in pejus*. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Crime hediondo. Regime integralmente fechado. Impossibilidade. Progressão.

(...)

As decisões judiciais devem ser necessariamente motivadas e fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal).

Dispondo a sentença condenatória – transitada em julgado para a acusação – que o réu pode recorrer em liberdade, não pode o Tribunal *a quo*, em apelação exclusiva da defesa, piorar a situação do condenado, para determinar, sem fundamentação alguma, a imediata execução da reprimenda, pois caracteriza *reformatio in pejus*.

Ordem PARCIALMENTE conhecida, e, nessa extensão, CONCEDIDA, para determinar (...) que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da decisão condenatória, (...).

STJ, 6ª T., HC 35.724-RJ, Rel. Min. Paulo Medina, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 464.

**3.12** Progressão. Sentença que fixa o regime inicial fechado. Ausência de recurso da acusação. Admissibilidade da progressão.

Penal. *Habeas corpus*. Arts. 213; 214; 157, § 2º, I, do Código Penal. Crime hediondo. Regime inicialmente fechado. Trânsito em julgado. Progressão de regime. Lei 8.072/90.

Fixado na decisão condenatória o regime inicial fechado, e não tendo sido interposto recurso da acusação, é de se supor que foi admitida a possibilidade de progressão, não incidindo, portanto, na execução, o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

(Precedentes).

Ordem concedida, a fim de que o Juízo de Execuções avalie os requisitos legais da pretensão do ora paciente.

STJ, 5ª T., HC 37.530-RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 28.06.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 412.

3.13 Progressão. Negar tal direito, mesmo em casos de crimes hediondos, afronta os princípios da humanidade das penas e da sua individualização.

Penal e processo penal. *Habeas corpus*. Citação. Validade. Supressão de instância. Decadência. Termo inicial. Dilação probatória. Apelação exclusiva do réu. *Reformatio in pejus*. Atentado violento ao pudor. Violência presumida. Crime hediondo. Regime integralmente fechado. Impossibilidade. Progressão.

(...)

A Constituição Federal recepcionou o sistema progressivo de cumprimento de pena, constante do Código Penal e da Lei de Execução Penal; negá-lo ao condenado por crime hediondo gera descabida afronta aos princípios da humanidade das penas e da sua individualização.

Ordem PARCIALMENTE conhecida, e, nessa extensão, CONCEDIDA, para determinar (...) que o cumprimento da pena se dê *inicialmente* em regime fechado, permitindo, assim, a progressão.

STJ, 6ª T., HC 35.724-RJ, Rel. Min. Paulo Medina, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 464. No mesmo sentido STJ, 6ª T., HC 45.009-DF, Rel. Min. Nilson Naves, j. 06.09.2005, *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 470.

## *Imprensa (Lei 5.250/67)*

3.14 Queixa-crime. Exemplar do jornal ou periódico indispensável. Prova pré-constituída. Inicial rejeitada.

Penal. Processual penal. Queixa-crime. Publicação considerada ofensiva. Exigência de juntada do exemplar do jornal ou periódico. Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa), art. 43. Materialidade do delito. Pré-constituição da prova. Inexistência. Voto preliminar: Rejeição da queixa.

– O art. 43 da Lei 5.250/1967, cognominada Lei de Imprensa, exige que a denúncia ou queixa venha instruída com o exemplar do jornal ou do periódico com a publicação considerada ofensiva, como prova pré-constituída da materialidade do delito.

– A queixa *sub judice é* jejuna deste mínimo probatório.

– Rejeição preliminar da queixa.

TRF da 5ª R., Plenário, QCR – 14/CE – 2002.05.00.001869-6, Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde, Des. P/Acórdão José Baptista de Almeida Filho, j. 31.08.2005, *DJU* 29.09.2005, Seção 2, p. 655.

## *Meio Ambiente (Lei 9.605/98)*

**3.15** Pesca em local interditado. Crime não configurado. Área não interditada pelos órgãos que constituem o SISNAMA. Trancamento da ação penal por atipicidade da conduta.

Processual penal. *Habeas corpus*. Crime ambiental. Pescar em lugar interditado por órgão competente (Lei 9.605/98, art. 34). Trancamento da ação penal. Atipicidade da conduta (CPP, art. 43, I). Ordem concedida.

1. A interdição da área na qual o denunciado foi abordado, quando do patrulhamento realizado por policiais militares no Rio São Francisco, no dia do fato narrado na denúncia, nada tem com a preservação do meio ambiente, mas apenas com a garantia de funcionamento da barragem de Três Marias, da própria represa e com a integridade física de terceiros, traduzindo-se, em suma, numa medida de segurança adotada pela Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG.

2. Assim sendo, não há justa causa para a instauração de ação penal, tendo em vista que o fato narrado na peça acusatória não constitui crime contra o meio ambiente, uma vez que a área não foi interditada por quaisquer dos órgãos a que se refere a Lei 9.605/98, ou seja, aqueles que constituem o Sistema Nacional do

Meio Ambiente – SISNAMA (Lei 6.938/81, art. 6º), configurando constrangimento ilegal, por esse motivo, o recebimento da denúncia ofertada pelo Ministério Público contra o paciente, pela prática, em tese, de delito ambiental.

3. De fato, os órgãos ou entidades competentes são somente aqueles responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, na esfera da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, nos termos da legislação de regência.

4. Portanto, considerando que a CEMIG não tem competência para interditar área para fins de proteção do meio ambiente, o fato atribuído ao paciente não constitui crime ambiental, impondo-se a rejeição da denúncia com base no art. 43, inc. I, do Código de Processo Penal. 5. Ordem concedida, para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, com extensão dos efeitos desta decisão ao outro denunciado.

STJ, 5ª T., HC 42.528 – MG, Rel. Min. Laurita Vaz, R.P/Acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 07.06.2005, *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 423.

## *Ordem Tributária (Lei 8.137/90)*

**3.16** Crime contra a ordem tributária. Decisão definitiva do processo administrativo como condição de objetiva de punibilidade.

Penal e processual penal. Recurso especial. Crime contra a ordem tributária. Condição de procedibilidade. Condição objetiva de punibilidade.

Não descrevendo a exordial acusatória qualquer manobra fraudulenta, é de acolher o entendimento da Augusta Corte segundo o qual a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, determinando-se, por conseguinte, a anulação do processo desde a denúncia, inclusive, ficando, no entanto, suspenso o prazo prescricional. (Precedentes do STJ e desta Corte).

*Habeas corpus* concedido.

STJ, 5ª T., HC 38.419 – SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 09.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 413. No mesmo sentido STJ, 5ª T., HC 44.138 – SP, Rel. Min. Félix Fischer, j. 04.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 429.

## *Organizações Criminosas*

**3.17** Quadrilha ou bando. A Lei 9.034/95 não é aplicável ao delito de quadrilha ou bando, mas sim ao crime cometido pela quadrilha.

*Habeas corpus*. Artigo 288, parágrafo único do Código Penal. Réu que permaneceu solto durante a instrução criminal. Sentença que reconhece primariedade e bons antecedentes. Garantia da ordem pública. Ausência de fundamentação concreta. Ordem concedida. Crime de quadrilha ou bando: não aplicação da Lei 9.034/95

1. Réu que permaneceu solto durante a instrução criminal e, ao prolatar a sentença condenatória, a Magistrada de primeira instância impõe a obrigação de se recolher à prisão para poder apelar do *decisum* condenatório, sem declinar, efetivamente, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, os motivos ensejadores da prisão.

2. Acórdão do Tribunal *a quo* que aplicou a Lei 9.034/95 ao crime de quadrilha ou bando: impossibilidade.

3. A Lei 9.034/9 incide sobre o crime cometido pela quadrilha, não sobre o delito de quadrilha ou bando.

4. Ordem concedida para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento, se por outro motivo não estiver recolhido.

STJ, 6ª T., HC 38.481-SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 06.09.2003, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 464.

## *Tóxicos (Leis 6.368/76 e 10.409/2002)*

**3.18** Defesa prévia e interrogatório. Art. 38 da Lei 10.409/2002. Ausência que causa nulidade absoluta.

*Habeas corpus*. Processo penal. Art. 38 da Lei 10.409/2002. Inobservância. Nulidade absoluta. Ordem concedida.

A inobservância do procedimento previsto no art. 38 da Lei 10.409/2002 enseja a nulidade absoluta do processo.

Ordem concedida em parte para anular a ação penal.

STJ, 6ª T., HC 40.562-PE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Rel p/ Acórdão Min. Paulo Medina, j. 03.03.2005, *DJU* 22.08.2005, Seção 1, p. 348.

**3.19** Exame toxicológico. Nulidade da sentença à vista da falta ou insuficiência da perícia.

Processo penal. *Habeas corpus*. Exame toxicológico. Quesitação. Respostas. Inexistência. Sentença condenatória. Nulidade. Ordem parcialmente concedida.

1. Se o réu diz-se dependente de substância entorpecente e, insistentemente, pugna pela realização do exame toxicológico a ponto de juiz processante deferir o pedido, nula é a sentença à vista da falta ou insuficiência da perícia;

2. Mero exame de urina realizado mais de 60 dias após a prisão do réu não presta à afirmação de que não é dependente, pois necessária minuciosa análise sobre a dependência física e/ou psíquica;

3. O excesso de prazo para o término do processo quando diligências são requeridas pela Defesa, não serve para fundamentar pedido de relaxamento de prisão ou liberdade provisória;

4. Ordem parcialmente concedida para a realização do exame pericial no 2º Grau de Jurisdição, suspendendo o julgamento do recurso de apelação, mantida a prisão do paciente.

STJ, 6ª T., HC 34.989-PE, Rel. Min. Paulo Medina, j. 17.06.2004, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 421.

**3.20** Excesso de prazo da prisão cautelar. Ausência de culpa da defesa. Constrangimento ilegal caracterizado.

*Habeas corpus*. Processual penal. Tráfico de drogas. Prisão em flagrante. Excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal sem culpa da defesa. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida.

1. O excesso de prazo na duração da custódia cautelar, quando a causa é atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário, subverte sua finalidade e configura constrangimento ilegal, por transformar indevidamente o instrumento processual da prisão preventiva em execução antecipada de futura e incerta sentença condenatória.

2. Na hipótese, a prisão em flagrante ocorreu em 04.08.2004, a denúncia foi ofertada em 01.09.2004 e a resposta preliminar do paciente foi apresentada no dia 17.09.2004. Entretanto, somente no dia 10.11.2004 foi designada a data de 07.12.2004 para o interrogatório e audiência das testemunhas arroladas pela acusação, que não compareceram, o que torna irrelevante o fato de o advogado do paciente ter requerido o adiamento do aludido ato processual, sem que nenhuma outra providência tenha sido tomada pelo Juízo processante, conforme certidão da Secretaria Judiciária da referida comarca.

3. Com efeito, no caso em exame, não há como atribuir à defesa do paciente a responsabilidade pela demora na tramitação processual, pois nem mesmo o interrogatório do réu, que se encontra preso, foi realizado, estando ainda sem data marcada.

4. Ordem concedida para determinar a expedição de alvará de soltura, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo processante, caso o paciente não se encontre preso por outro motivo.

STJ, 5ª T., HC 42.052-MA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.08.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 421.

**3.21** Prisão cautelar. Ausência de fundamentação idônea. Impossibilidade de o Tribunal *a quo* suprir tal deficiência. Instauração, ademais, de

incidente de dependência toxicológica, tendo sido determinada a suspensão do processo. Ordem parcialmente concedida para relaxar a prisão em flagrante.

Processual penal. *Habeas corpus*. Prisão em flagrante delito. Pedido de relaxamento indeferido implicitamente. Ausência de fundamentação. Demora no julgamento de *writ* impetrado na instância subseqüente. Denúncia por tráfico de drogas. Suspensão do processo criminal. Instauração de incidente de dependência toxicológica. Motivação para preventiva dada pelo Tribunal *a quo* em sede de *habeas corpus*. Impossibilidade. Ordem parcialmente. Conhecida e, nessa parte, concedida.

1. Resta prejudicada a impetração, na qual se alega demora no julgamento de *habeas corpus*, quando a autoridade apontada como coatora presta as informações trazendo aos autos cópia do acórdão reclamado.

2. De nada adianta o Tribunal *a quo* demonstrar, quando do julgamento do *habeas corpus* ali impetrado, a necessidade da prisão preventiva, pela presença dos pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, uma vez que à instância subseqüente não é dado suprir a falta de fundamentação da decisão que mantém a prisão cautelar. Entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC 84.448/SP, *DJ* 19.08.2005).

3. Apesar da expressiva quantidade da droga apreendida – 50 g (cinqüenta gramas) de CRACK –, não se pode afirmar ainda, com segurança absoluta, que a mesma destinava ela ao consumo do próprio paciente, principalmente diante do seu encaminhamento, dias antes do flagrante, para tratamento psiquiátrico, por ser considerado toxicômano, tanto que a decisão que recebeu a denúncia suspendeu o processo e deferiu a instauração do incidente de dependência toxicológica requerido pela defesa.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte concedida, para deferir o pedido de relaxamento da prisão em flagrante, mediante condições a serem

estabelecidas pelo Juízo processante, sem prejuízo de posterior decretação da custódia preventiva, caso demonstrada, com base no art. 312 do Código de Processo Penal, a necessidade da medida, determinando a expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso o paciente.

STJ, 5ª T., HC 41.555-SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06.09.2005, v.u., *DJU* 26.09.2005, Seção 1, p. 419.