ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE ciências criminais

39

Ano 10 • julho-setembro de 2002

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM
IBCCRIM
BIBLIOTECA

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Trimestral • Ano 10 • n. 39 • julho-setembro de 2002

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

© *Edição e distribuição da*

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.
Rua do Bosque, 820 • Caixa Postal 678
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: http://www.rt.com.br
e-mail: editorial.revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO
Coordenador de Revistas: LUIZ EDUARDO ALVES DE SIQUEIRA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica e revisão: Oficina das Letras Apoio Editorial S/C Ltda.
CNPJ 03.391.911/0001-85
Impressão e acabamento: Editora Parma Ltda.
CNPJ 62.722.103/0001-12

Impresso no Brasil

APRESENTAÇÃO

A Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 39 publica artigos que traduzem a inquietação do novo século. O direito penal e o direito processual penal precisam acompanhar os caminhos das sociedades complexas e globalizadas sem perder de vista os direitos individuais positivados nas Cartas constitucionais dos países democráticos.

Para o jurista, a modernidade é sempre um paradoxo. Exige progresso e atenção redobrada: a resposta penal ao crime violento e organizado, à criminalidade econômica, não pode abandonar a racionalidade para a conquista da eficiência. O resultado nunca será justo.

Nesse contexto, indispensável é a atenta reflexão sobre a jurisdição no direito internacional público, instigada pela premente instalação do Tribunal Penal Internacional. Indispensável, também, é continuar discutindo o objeto do processo penal, assunto que nunca se esgota, até porque o processo tem seus parâmetros repetidamente avaliados na História. E é importante, enquanto se procura compreender melhor como, e por que, se pune, absorver, também, as iniciativas de despenalização adotadas, no Brasil, pelas Leis 9.099/95 e 10.259/2001. Essas e muitas outras questões estão analisadas neste n. 39 da Revista, mais uma vez preparada para a atualização das ciências criminais.

A Diretoria

LEIA NA

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

n. 40 • outubro-dezembro • 2002

• Entre a civilização e a barbárie

Adauto Suannes

• A União Européia e o espaço judicial europeu – Os desafios do modelo *corpus juris* 2000 e da Procuradoria européia

John A. E. Vervaele

• Os Juizados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções

Maria Stella de Amorin, Marcelo Burgos e Roberto Kant de Lima

• Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los derechos penales nacionales

Raúl Carnevali Rodríguez

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 3

COLABORADORES 7

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 A fase preparatória do processo penal – Tendências na Europa. O caso português – ANABELA MIRANDA RODRIGUES 9

1.2 Crimes económicos e mercados financeiros – FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO 28

1.3 Jurisdicción universal – La perspectiva del derecho internacional público – JAN-MICHAEL SIMON 63

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt – AURY LOPES JR. 103

2.2 A tutela penal constitucional – GIANPAOLO POGGIO SMANIO 125

2.3 Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das Leis 9.099/95 e 10.259/2001 – Leis dos Juizados Especiais – MARIA LÚCIA KARAM ... 148

2.4 Sociedade, *mass media* e direito penal: uma reflexão – VINICIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO 175

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1 Crimes relativos ao parcelamento e desmembramento do solo – MARIA ELIZABETH QUEIJO 189

4. CRIMINOLOGIA

4.1 Considerações acerca da semi-imputabilidade e inimputabilidade penais resultantes de transtornos mentais e de comportamento – MARIA REGINA ROCHA RAMOS e CLÁUDIO COHEN 215

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1 Violência, polícia e direitos humanos – BENONI BELLI 231

5.2 O controvertido papel da polícia – LUIS FERNANDO CAMARGO DA CUNHA LIMA 241

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

6.1 A inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário estabelecido pelas leis complementares 104/2001 e 105/2001 – MIGUEL REALE JUNIOR 251

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1 Problemas metodológicos na história do controle social: o exemplo da tortura – ANA LUCIA SABADELL 265

7.2 Políticas de atendimento a adolescentes em conflito com a lei: repensando o vínculo pobreza/criminalidade – RITA DE CÁSSIA DA SILVA LAGO GARCIA 289

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1 Jurisprudência comentada

8.1.1 Competência originária do STF para o julgamento de *habeas corpus* contra ato de turma recursal de Juizado Especial – JOSÉ BARCELOS DE SOUZA 311

8.2 Ementário de Jurisprudência – ROBERTO DELMANTO JUNIOR, FABIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO e MIRELLA PARREIRA IACONELLI 321

9. LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS

9.1 Lei 10.446, de 08.05.2002 – Dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do disposto no inciso I do § 1.º do art. 144 da Constituição 353

9.2 Lei 10.455, de 13.05.2002 – Modifica o parágrafo único do art. 69 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 354

9.3 Lei 10.467, de 11.06.2002 – Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-lei 2.848. de 07.12.1940 – Código Penal, e dispositivo à Lei 9.613, de 03.03.1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf)", e dá outras providências 356

10. RESENHAS

10.1 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais* – Resenha por ADA PELLEGRINI GRINOVER 359

10.2 *Justiça & Democracia* – Revista de Informação e Debates n. 4, 2001, 309p. – Resenha por DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR 366

10.3 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal* – Resenha por NILZARDO CARNEIRO LEÃO 368

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO 371

COLABORADORES

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ANABELA MIRANDA RODRIGUES

Professora Associada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ANA LUCIA SABADELL

Mestre em Dreito Penal pela Universidade Autônoma de Barcelona. Mestre em Criminologia pela União Européia (Programa Erasmus). Doutora em Direito pela Universidade de Sarre. Professora de Direito Penal na Universidade Metodista de Piracicaba (Cadeira de Direito Penal).

AURY LOPES JR.

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade Complutense de Madri. Professor no Programa de Pós-Graduação-Especialização e Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor na Fundação Universidade Federal do Rio Grande. Advogado.

BENONI BELLI

Mestre em Ciência Política pela Universidade de Campinas. Doutorando em Sociologia pela Universidade de Brasília.

CLÁUDIO COHEN

Professor Associado no Departamento de Medicina Legal, Ética Médica, Medicina Social e do Trabalho da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR

Juiz de Direito em São Paulo. Membro da Associação Juízes para a Democracia. Membro do Conselho Diretivo da *RBCCrim.*

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

Mestre em Direito. Assessor do Conselho Directivo da CMVM. Docente na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

GIANPAOLO POGGIO SMANIO

Promotor de Justiça em São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor no Complexo Jurídico Damásio E. de Jesus.

JAN-MICHAEL SIMON

Investigador del Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional.

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Subprocurador-Geral da República aposentado. Professor no curso de pós-graduação da Universidade Cândido Mendes (RJ).

LUIS FERNANDO CAMARGO DA CUNHA LIMA

Delegado de Polícia.

MARIA ELIZABETH QUEIJO

Advogada. Mestre e Doutoranda em Processo Penal pela Universidade de São Paulo.

MARIA LÚCIA KARAM

Juíza de direito aposentada. Ex-juíza auditora da Justiça Militar Federal. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e da Associação Juízes para a Democracia.

MARIA REGINA ROCHA RAMOS

Médica Psiquiatra no Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestranda do Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.

MIGUEL REALE JUNIOR

Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ministro da Justiça.

NILZARDO CARNEIRO LEÃO

Advogado. Professor da Faculdade de Direito do Recife e Faculdade de Direito de Olinda.

RITA DE CÁSSIA DA SILVA LAGO GARCIA

Especialista em Violência Doméstica – LACRI – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. Mestre em Sociologia – UNESP (Araraquara). Atuação junto ao Conselho Tutelar de Bauru (SP).

VINICIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO

Juiz de Direito em São Paulo. Membro da Associação Internacional de Direito Penal. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Membro da Associação Juízes para a Democracia.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1

A FASE PREPARATÓRIA DO PROCESSO PENAL – TENDÊNCIAS NA EUROPA. O CASO PORTUGUÊS

ANABELA MIRANDA RODRIGUES

SUMÁRIO: 1. O Ministério Público e o juiz na fase preparatória do processo penal – 2. As garantias de isenção e objectividade da actuação do Ministério Público – 3. O modelo de investigação no Código de Processo Penal português de 1987 – 4. As relações entre o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal – 5. Um modelo inovador de processo penal.

Resumo: Hoje pede-se eficácia à intervenção. Simplificação e imparcialidade são idéias-chave das tendências de reforma dos processos penais da Europa, com vista à garantia dos direitos fundamentais. Impõe-se, neste quadro, que a investigação seja levada a efeito com garantias de isenção e objectividade, por uma magistratura com um estatuto de autonomia do Executivo, e que o juiz, na fase preparatória do processo, seja o garante das liberdades.

Palavras-chave: Eficácia – Simplificação – Imparcialidade – Isenção – Autonomia.

1. O Ministério Público e o juiz na fase preparatória do processo penal

A crise da justiça é hoje um *leit motiv*. E o processo penal concita as atenções, já que pretende resolver casos que contendem imediatamente – ou, quiçá, cada vez mais *mediatamente* – com valores essenciais à vida em comunidade. Quer no caso da criminalidade bagatelar, que gera insegurança e medos quotidianos, quer no caso da criminalidade mais grave, clássica ou inovadora, pede-se *eficácia* à intervenção penal na realização da justiça e na obtenção da paz jurídica na comunidade.

Tempo e justiça tornam-se aliados. A exigir soluções imaginativas. Flexíveis e céleres, desde logo; mas, do mesmo passo, rigorosas no respeito pelos direitos fundamentais, quando a matriz da ordenação jurídico-processual é a *intocabilidade da dignidade humana*.[1]

(1) Figueiredo Dias – "Para uma reforma global do processual penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais", *Para uma nova justiça penal,*

Simplificação e imparcialidade do juiz são dois lugares-comuns das tendências de reforma dos processos penais na Europa.

Simplificação e protecção dos direitos fundamentais, de um lado, não são necessariamente opostos. A imparcialidade do juiz, com a consequente revalorização da sua função jurisdicional ao longo de *todo* o processo (e não apenas na fase de julgamento), é, de outro lado, condição indispensável da garantia dos direitos fundamentais.

Experiências relativamente recentes alertam para que uma justiça penal demasiado ritualizada, burocratizada e formalizada pode significar um pesado tributo a pagar pela protecção dos direitos fundamentais, traduzindo-se, paradoxalmente, na sua desprotecção.

O caso francês a propósito do juiz de instrução é paradigmático. O nível mais perfeito de protecção dos direitos fundamentais pretendido com a fragmentação dos órgãos de instrução – juiz de instrução, câmara de instrução e câmara de acusação – era obtido, não deixava de se destacar, à custa da violação do princípio da presunção de inocência, "na medida em que o arguido, sobre cuja culpabilidade pesa, embora em termos indiciários, o veredicto de três juízes, vê a sua defesa debilitada em julgamento".[2]

Em Portugal, a incomodidade trazida pelo sistema introduzido em 1975 pelo Dec.-lei 605 ilustra o mesmo tipo de insatisfação ao nível da protecção dos direitos fundamentais. Com efeito,[3] a complexidade legal da fase de "investigação" – com a duplicação que nela se verificava da instrução (preparatória e contraditória) e a possibilidade de a tudo isto anteceder um inquérito preliminar – e da fase intermédia de "acusação e defesa" não era compensada por uma garantia efectiva dos direitos dos arguidos, muitas vezes perdidos no emaranhado de promoções do ministério público, despachos do juiz de instrução e do juiz da causa e de recursos. O desdobramento de protagonistas e a ambiguidade de papéis era evidente, com as perdas notórias, além do mais, de funcionalidade.

Os traços essenciais de um processo penal que sirva, com a garantia de protecção dos direitos fundamentais, as exigências de simplificação e de imparcialidade reconhecem-se na sua estruturação segundo um modelo basicamente

Coimbra, 1983. p. 206 – eleva à categoria de "princípio axiológico que preside à ordem jurídica de um Estado de Direito material".

(2) Assim, da perspectiva da imparcialidade do julgamento, Cunha Rodrigues. "Direito processual penal – Tendências de reforma na Europa continental", *Lugares do direito,* Coimbra Ed., 1999. p. 427. Já da perspectiva da celeridade, Anabela Miranda Rodrigues. "Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* ano 6, 1996. p. 526.

(3) Sobre a situação, entre nós, cfr. Anabela Miranda Rodrigues. "O inquérito no novo Código de Processo Penal", *O novo Código de Processo Penal,* Jornadas de Direito Processual Penal, 1988, Coimbra: Almedina, p. 63 *et seq.*; V., também, Cunha Rodrigues, op. ult. cit., p. 424-425.

acusatório e na adopção de um princípio da acusação, ou seja, na distinção material e não simplesmente formal, entre entidade que (dirige a) investiga(ção) e acusa e a entidade que procede ao julgamento.

É nesta estrutura, integrada por um princípio da investigação – na terminologia da doutrina portuguesa[4] –, que se revê um processo penal harmonizado à escala europeia, corporizado, nos seus princípios gerais, no *Corpus Iuris*.[5] Um processo penal que, como recentemente pôs em destaque Mireille Delmas-Marty,[6] fica a dever à senda inovadora do Código de Processo Penal português de 1987, que soube temperar quer a predominância do Estado quer o protagonismo do cidadão em veste privada na condução de um procedimento criminal, típicos, respectivamente, dos processos tradicionais inquisitórios e acusatórios.

É à luz daquele princípio da acusação, marcante da tramitação processual, que emerge a interacção entre os diferentes actores do processo. A trindade ministério público, juiz, órgãos de polícia criminal reparte entre os seus membros a responsabilidade da investigação e da decisão sobre o caso, com competências diferenciadas e delineadas com rigor. O percurso foi difícil, atravessado por controvérsias doutrinais e não raros equívocos estigmatizantes de soluções que só com dificuldade se libertaram do apodo igualmente inibidor de conservadoras ou progressistas.

Exemplar, a este propósito, foi a recepção em Portugal, com a democratização, da figura do juiz de instrução de inspiração napoleónica e a desconfiança com que era olhada a magistratura do ministério público. O Dec.-lei 605/75 instituiu um sistema que "enfatizava a função do juiz de instrução"[7] e a Constituição de 1976 concebeu um juiz de instrução a quem competiria, segundo o texto legal, "toda a instrução".

Há que conceder,[8] de resto, que uma rigorosa interpretação histórica da vontade constituinte de setenta e seis conduzia, em linha directa, à integral jurisdicionalização da investigação, atribuída ao juiz de instrução. Era para o

(4) Cfr., por todos, logo em 1974, Figueiredo Dias. *Direito processual penal,* 1974. p. 71, e, já na vigência do Código de Processo Penal de 1987, *Direito Processual Penal (Lições do Prof. Dr. Jorge Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra)*, ed. policopiada, 1988-9, p. 59 *et seq.*

(5) Sobre a proposta de um processo penal europeu, incluído no *Corpus Iuris,* cfr. Mireille Delmas-Marty e J. A. E. Vervaele (Eds.). *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States,* Intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2000.

(6) Mireille Delmas-Marty. "A caminho de um modelo europeu de processo penal", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* ano 9, 1999, p. 229 *et seq.* (p. 231).

(7) Assim, Cunha Rodrigues. "Tendências de reforma", cit., p. 440.

(8) Sobre o tema, cfr. Figueiredo Dias. "A revisão constitucional e o processo penal", *A revisão constitucional, o processo penal e os tribunais,* Livros Horizonte, 1981 (Horizonte Jurídico), p. 53 *et seq.* e 88 *et seq.*; ver, também, Anabela Miranda Rodrigues. *Jornadas*, cit., p. 64 *et seq.* e 67 *et seq.*

modelo do "juiz de investigação criminal" que, por vicissitude histórica, estava orientada a opinião dominante. Quanto ao ministério público, o processo de democratização criara uma reacção contra o monopólio que a este cabia da realização dos actos preliminares da acusação. Associado ao regime anterior, esquecia-se que aquela mesma Constituição de 1976 conferia a esta magistratura um estatuto de autonomia do Executivo, que a obrigava a mover-se por critérios de objectividade e isenção, no respeito pelo princípio da legalidade.

Acresce que era mal conhecida, ao tempo, a evolução a este nível verificada em sistemas comparados, clarificadora do autêntico sentido da asserção "quem investiga não julga". E que é a de que o estatuto de imparcialidade do juiz obriga à repartição de competências entre o juiz e o ministério público e não entre o juiz de julgamento e o juiz de instrução.[9]

Vejamos, pois, as linhas de força desta evolução, onde as atenções se centram no papel do juiz e na redistribuição das suas funções, designadamente, as de investigar e julgar.

Em França[10] – a pátria do juiz de instrução – o problema surge com contornos plurifacetados: as críticas sucedem-se centradas inicialmente "no enfraquecimento da ideia de imparcialidade" e, posteriormente, pondo em causa "a própria instituição como garante dos direitos e liberdades". O juiz de instrução "está ferido de uma debilidade fundamental: é um magistrado que está dentro do conflito, que simultaneamente investiga e controla a investigação, que a curtos intervalos se traveste de polícia e de juiz".

O projecto de confiar ao ministério público a instrução e de confiar ao juiz as funções jurisdicionais relativas àquela fase vem ganhando adeptos em França e aparece cada vez mais condicionado por uma única dificuldade – a da vinculação do ministério público ao Governo. Designadamente, nos finais da década de oitenta, a Comissão Justice Pénal et Droits de L'Homme, presidida por Delmas-Marty, apresentou propostas de mudança radicais, no sentido de reduzir os poderes de investigação do juiz de instrução e de reforçar os seus poderes jurisdicionais.[11]

Em Itália,[12] em 1982, foi criado o "tribunal da liberdade", de composição colegial, com a função de apreciar as decisões proferidas pelo juiz de instrução

(9) Neste sentido, inequivocamente, Figueiredo Dias. *Direito processual penal,* 1988-9, cit., p. 100-101; v. também, do Autor, "Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal", *Jornadas de direito processual penal,* cit., p. 22 *et seq.*

(10) Segue-se Cunha Rodrigues. "Tendências de reforma", cit., p. 431-432.

(11) V. *Procédures pénales d'Europe,* sous la direction de Mireille Delmas-Marty, PUF, 1995. p. 424 *et seq.*

(12) Cunha Rodrigues. "Tendências de reforma", cit., p. 434. Vide, ainda, P. Corso. "Chapter 8 – Italy", *Criminal Procedure Systems in the European Community,* Butterworths: C. Van Den Wyngaert ed., 1993. p. 226 *et seq.*

em matéria de direitos, liberdades e garantias. "Pretendeu-se, com a criação deste tribunal, obter uma maior exigência relativamente à separação entre a titularidade dos poderes inerentes ao exercício da acção penal e as atribuições limitativas da liberdade". Desta forma, ficou aberto o caminho para uma reforma mais ampla que veio a concretizar-se com o Código de Processo Penal que entrou em vigor em 24.10.1989. Neste Código, atribui-se ao ministério público o exercício de todas as funções investigatórias de carácter judiciário. Aboliu-se a figura do juiz de instrução (*giudice istruttore*) – que, para além do ministério público e da polícia (*polizia giudiziaria*), tinha poderes autónomos de investigação –, de acordo com o princípio de que as funções de investigação e jurisdicionais devem ser estritamente separadas. O sucessor do juiz da investigação, o juiz das investigações preliminares (*giudice per le indagini preliminari* ou *GIP*) não tem poderes de investigação autónomos (por iniciativa própria). O seu papel é extremamente importante porque ele pode, em graus variáveis, controlar a actividade das entidades que investigam e, nesta medida, assegurar a protecção dos direitos do arguido sempre que devam ser tomadas medidas restritivas.

Solução idêntica vigora na Alemanha,[13] já desde 1975. Cabe, assim, ao ministério público a direcção da investigação, encontrando-se os direitos do arguido devidamente acautelados, porquanto as medidas de coacção (*Zwangsmaßnahmen*), consoante a sua gravidade, devem ser aplicadas por um juiz. Até à reforma do processo penal de 1974, as investigações preliminares do julgamento eram dirigidas por um juiz (*Untersuchungsrichter*). Já desde o Código de Processo Penal de 1879 era grande a controvérsia a propósito do conceito de juiz de investigação. Uma certa desconfiança na isenção do ministério público, ao tempo a ocupar uma posição nova no sistema processual, fez o legislador decidir-se pela criação do juiz de investigação. Em 1975 tornou-se claro que aquela desconfiança era injustificada. Para além disso, de acordo com a Constituição, tornava-se necessário arredar o juiz de qualquer actividade que não fosse puramente jurisdicional. Neste ponto, a reforma de setenta e cinco foi também vista como uma mudança no sentido da celeridade processual.

Em Espanha,[14] o *juiz de instrução* continua a dirigir a investigação (*sumario*) no caso de crimes graves (*delitos*), mas no caso de ofensas de pequenas gravidade (*faltas*) é o ministério público que dirige a investigação abreviada (*processo abreviado*).

É hoje possível, então, identificar um núcleo transnacional na função do juiz: garante das liberdades.[15]

(13) Vide H.-H. Kühne. "Chapter 5 – Germany", *Criminal Procedure*, cit., p. 140 *et seq.*

(14) Vide Ruiz Vadillo. "Chapter 13 – Spain", *Criminal Procedure*, cit., p. 385 *et seq.*; e ainda J. R. de Prada Solaesa. *Sistemas de proceso en europa,* Ramón Maciá Gómez, Director, Barcelona: Cedecs, 1998. p. 101 *et seq.*

(15) *Procédures pénales d'Europe*, cit., p. 460.

O papel do juiz, comum a todos os países referidos, reside na protecção dos direitos do indivíduo perante os riscos do poder do Estado. Tarefa que o juiz exercerá sempre que, nos diferentes momentos do processo, for caso de privação ou restrição de liberdades. A verdade é que ele é, mercê do seu estatuto de independência e de subordinação à lei, a única entidade apta a tomar decisões que põem em causa a liberdade individual. Forçado a assumir, nos sistemas continentais legicêntricos, o protagonismo que tradicionalmente lhe cabia no mundo anglo-saxónico, dizendo "qual é o conteúdo de normas" crescentemente indeterminadas, exige-se-lhe correlativamente que se alheie da dialéctica do processo e da investigação do caso. "Julgar é cada vez menos a busca de um equilíbrio entre eficácia de investigação e a protecção da pessoa e antes a justificação de uma derrogação da liberdade individual. O que fundamenta e legitima a actuação do juiz é esta justificação (...)".[16]

Por isso, na fórmula de Figueiredo Dias,[17] não deve haver juiz *de* instrução, pois que este não tem poderes de investigação, mas juiz *da* instrução, como o juiz de instrução em Portugal, o juiz das investigações preliminares em Itália, o juiz de controle da legalidade na Alemanha, ou o "juiz das liberdades" do processo penal europeu. Um juiz para controlar a legalidade na recolha das provas, para autorizar as medidas coercitivas e para fiscalizar a investigação oficial.

A este juiz chama-se "juiz das liberdades": um juiz que, na fase preparatória, controla o respeito pelas liberdades.

Nesta fase, o que resta, então, é uma clivagem consoante o juiz exerce ou não poderes de investigação. Pode dizer-se[18] que, hoje, apenas os juízes de instrução francês (também o belga) e espanhol realizam a investigação. Mesmo aqui, porém, na prática, na grande maioria dos casos, o juiz de instrução apenas assegura a direcção intelectual e faz a síntese das operações de polícia, sem efectuar ele próprio as investigações.

Nos outros sistemas referidos (Alemanha e Itália) a função de investigação é exercida pelo ministério público e, em Inglaterra, pela polícia, sob reserva do papel do *Crown Prosecution Service*. Nestes casos, é *a posição do juiz* relativamente à investigação que muda de natureza. Quer se trate de juiz de instrução alemão, do juiz do inquérito preliminar em Itália ou dos *justice of peace* ingleses, a sua função é a mesma: não a de investigar ou dirigir a investigação, mas a de garantir o controle da legalidade das investigações efectuadas por outros actores do processo quando elas afectem a liberdade das pessoas. O juiz não tem mais a iniciativa da investigação, limita-se a controlar o quadro legal.

Em suma, de outra perspectiva, pode dizer-se que não é caso de uma diferença de funções do juiz na instrução e no julgamento, nos sistemas italiano e

(16) Op. ult. cit., p. 458.

(17) Figueiredo Dias, "A revisão constitucional", cit., p. 53-54.

(18) No que se segue, cfr. *Procédures pénales d'Europe*, cit., p. 436 *et seq.*

alemão; o que os oporia aos sistemas que dão ao juiz uma função de investigação na fase preparatória. Neste contexto, pode falar-se de uma gradação do poder de investigação do juiz: mais subsidiário do que inexistente em Inglaterra, é reconhecido na fase de julgamento em Itália e Portugal e, nesta fase, é o poder mais forte do juiz alemão. Na França (e na Bélgica), o poder de investigação é atribuído quer ao juiz de instrução, na fase preparatória, quer ao juiz do julgamento.

2. As garantias de isenção e objectividade da actuação do Ministério Público

Com este entendimento das coisas, impõe-se que a investigação seja levada a efeito com garantias de isenção e objectividade. É possível preencher estas condições com a atribuição da competência para dirigir a investigação ao ministério público, nos países em que este estiver dotado daqueles requisitos.[19]

A posição institucional do ministério público quanto a um dos tópicos mais problematizados – a sua relação com o poder político quando exerce a acção penal – mostra como é que o Estado toma a seu cargo a acção pública.

Não pode negar-se que o princípio da estadualidade (oficialidade) da acção penal – no sentido de quem tem a iniciativa de investigar a prática de um crime e quem decide submetê-lo ou não a julgamento – se afirmou historicamente em conjunção com a viragem para o processo inquisitório.

Na Idade Média,[20] era comum aos países europeus o sistema fundado na iniciativa / acusação privadas que, ao deixar a acção penal na vontade da vítima, determinou o carácter acusatório do processo.

Ora, é verdade que os sistemas continentais, paralelamente à centralização do poder político e por influência dos direitos canónico e romano, conheceram uma transformação no sentido do processo inquisitório, em que o Estado está directamente interessado na descoberta da verdade (e, portanto, no desencadear da acção penal).

Os sistemas originários numa concepção inquisitória assentam, assim, no *princípio estadual da acção pública*.

Já o sistema inglês se identifica pela tradição da não implicação do Estado no exercício da acção penal. A afirmação da soberania foi aqui acompanhada pela descentralização da administração e o poder político limitou-se a fornecer os meios para a arbitragem judiciária dos conflitos, o que permitiu a persistência do sistema acusatório. Progressivamente, a acção privada é entregue à polícia, órgão originário na sociedade civil, actuando em prol de todos os cidadãos.

(19) Sobre isto, Anabela Miranda Rodrigues. *Jornadas*, cit., p. 65 *et seq.*; vide, também, Cunha Rodrigues. "Tendências de reforma", cit., p. 439 *et seq.*

(20) Sobre o que se segue, v. *Procédures pénales d'Europe*, cit., p. 352 *et seq.*

A tradição inquisitória pura, tal como decorre do processo eclesiástico, assenta, pois, no intervencionismo estadual na repressão dos crimes (assenta no princípio estadual da acção penal) – um "assunto da comunidade jurídica" –, na origem através de um "funcionário" público (entidade pública) encarregado de descobrir a verdade dos factos e reunindo em si, para esse efeito, as funções de investigação, acusação e julgamento.

O ministério público, em proveito da divisão das funções de investigação e de julgamento e reagindo à "condução oficial" do processo, foi adquirindo progressivamente o monopólio do desencadear da acção pública penal. Dessa forma, tomou a responsabilidade da direcção da investigação, precedendo a entrada em cena do juiz de instrução. Ao mesmo tempo, a sua função de sustentar a acusação é reforçada.

O ministério público assim concebido teve a sua origem em França, quando se dava a centralização do poder real, e foi instaurado posteriormente em outros países europeus, em que o processo inquisitório decorria do direito canónico e tinha sofrido a influência do direito romano.

O modelo napoleónico é a forma acabada de dominação do Estado sobre o órgão encarregado da acção penal, fortemente hierarquizado e inteiramente na dependência e subordinado à autoridade funcional do poder executivo. Designadamente, a instituição do ministério público francês é seu herdeiro em linha directa.[21]

Mesmo no sistema de tradição acusatória, como é o inglês, a devolução que se verificou, em certo momento, da acção pública a um serviço de emanação estadual – o *Crown Prosecutor Service* – implicou a sua dependência do poder executivo. Embora, todavia, na tradição do não-intervencionismo do Estado no desencadear da acção penal, a instituição beneficie de autonomia funcional. Neste termos,[22] a iniciativa de investigar a prática de crimes cabe à polícia, não existindo uma força nacional de polícia, mas múltiplas polícias disseminadas. Até 1985, a decisão de acusação estava nas mãos da polícia. Em resposta aos erros judiciários e para fazer face às críticas sobre a falta de isenção e imparcialidade da polícia na condução das investigações, o *Prosecution of Offences Act* de 1985 criou o já referido *Crown Prosecutor Service,* um serviço público nacional autónomo e independente da polícia, cujos funcionários estão encarregados de rever as decisões de acusação inicialmente tomadas pela polícia e de representar a acusação no processo.

O *Crown Prosecution Service* é dirigido pelo *Director of Public Prosecutions.* Desde a origem (1879), este está sob o "controle" *(superintendance)* do *Attorney General* – um membro do Parlamento e do Governo – e, desde a reforma de 1985, é nomeado por ele e não pelo *Home Secretary,* o que aponta no sentido

(21) Assim Jean Pradel. "Chapter 4 – France", *Criminal Procedure*, cit., p. 111-112.

(22) Cfr., A. T. H. Smith. "Chapter 3 – England and Wales", *Criminal Procedure,* cit., p. 75 *et seq.*

de uma clarificação do seu estatuto. O Director do Serviço depende, pois, só do *Attorney General* e, portanto, das relações funcionais deste com o poder executivo.

O que esta evolução dos sistemas continentais[23] e inglês leva a admitir, entretanto, é que a legitimidade do ministério público para exercer a acção penal deve ir de par com o reconhecimento de garantias, por forma a limitar a intervenção arbitrária do poder executivo no exercício da acção pública penal. A evolução no sentido de uma atenuação da imbricação tradicional do poder político e do exercício da acção penal através da concessão de garantias estatutárias pôde levar à independência institucional do ministério público em relação ao Governo, conferindo-lhe, correlativamente, autonomia funcional.

3. O modelo de investigação no Código de Processo Penal português de 1987

Neste quadro de tendências, o caso português é de extremo interesse.

O Código de Processo Penal de 1987 apresentou-se como resposta a dificuldades e bloqueamentos que exigiam soluções imediatas. Como Mireille Delmas-Marty fez questão de sublinhar, em conferência proferida na Assembleia da República Portuguesa, no âmbito da Conferência Parlamentar sobre a Proposta de "Revisão do Código de Processo Penal", as opções do Código português "já são opções exemplares".[24]

Uma das alterações fundamentais – se não a fundamental – em relação ao regime anterior residiu na *simplificação* das fases preliminares ao julgamento.[25]

Estou a referir-me ao sistema altamente complexo instituído em 1975, pelo Dec.-lei 605 e a que já se fez referência. E ao facto de a competência para a instrução ter sido atribuída ao juiz de instrução nos termos em que o fez a Constituição de 1976, continuando o ministério público a dirigir o inquérito prelimi-

(23) Com origem numa concepção inquisitória do processo, que traduz a ingerência do Estado na acção pública, a situação de total independência do ministério público italiano decorre de uma assimilação progressiva do seu estatuto ao dos magistrados judiciais e de uma administração da carreira inteiramente subtraída ao poder executivo, equivalente a uma auto-gestão da magistratura. Sendo embora considerado como uma *parte,* o ministério público italiano é, todavia, uma parte *pública,* já que o seu papel não é necessariamente opor-se ao arguido, mas sim exercer as suas funções objectivamente. Exige-se ao ministério público que conduza as investigações de forma isenta e objectiva, com o único interesse de servir a lei e a justiça. Sobre o assunto, cfr. *Procédures pénales d'Europe*, cit., p. 365 e P. Corso. "Chapter 8 – Italy", *Criminal Procedure*, cit., p. 229-230 *et seq.*

(24) Assim, Mireille Delmas-Marty. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, cit., p. 229.

(25) Assim, e no que se segue, Anabela Miranda Rodrigues. *Jornadas*, cit., p. 63 *et seq.*

nar, o que em nada contribuiu para a racionalidade desta fase preparatória do julgamento.

Acontece que a complexidade do desenho legal destas fases não constituía uma garantia efectiva dos direitos dos arguidos, como já se assinalou. Para além disso, não tínhamos a concatenação legal mínima entre a figura do juiz de instrução, o ministério público e o juiz da causa em termos processuais, nem a complexa aparelhagem e a multiplicidade de condições materiais que aquela exigia para funcionar. O sistema ameaçava ruptura. Por último, com a louvável preocupação de protecção dos direitos dos arguidos, não se queria aceitar aquilo que de muitos lados se fazia ouvir: que a plena jurisdicionalização das fases anteriores ao julgamento punha em causa a capacidade de o juiz de instrução garantir a imparcialidade das suas decisões.[26]

No Código de Processo Penal de 1987 encontraram eco as tendências de reforma que descrevemos.[27] O Código converteu o *inquérito* na fase normal e usual de efectuar a investigação, realizado sob a titularidade e a direcção do Ministério Público, e de preparar a decisão de acusação ou de não acusação. A instrução, da competência do juiz de instrução, passou a ser uma fase facultativa, que só tem lugar quando for requerida pelo arguido que pretenda invalidar a decisão de acusação, ou pelo assistente que deseje contrariar a decisão de arquivamento. A garantia judicial assegura-se com a reserva ao juiz dos actos materialmente jurisdicionais a praticar durante o inquérito e a garantia da comprovação judicial da decisão de acusação ou de não acusação do ministério público (no final do inquérito).

Com esta solução – com um inquérito obrigatório no processo comum, dirigido pela mesma entidade (o ministério público) que no final decide da acusação ou da não acusação e com uma instrução judicial (a cargo do juiz de instrução) facultativa – contribui-se para uma decisiva e tão necessária *simplificação* da estrutura do processo penal na fase preliminar, essencial a uma eficaz política judiciária e criminal. Nesta via, no inquérito pode proceder-se a todos os actos necessários à fundamentação cabal de uma decisão de acusação ou não

(26) "O magistrado que actua no terreno, apoiado por polícias que não domina orgânica e operacionalmente, que procede a detenções a quente e muitas vezes sob os holofotes dos *mass media,* não recupera a tensão profissional de juiz só por se sentar a uma secretária e invocar os seus poderes jurisdicionais". Mais: a concepção da instrução como fase necessária e jurisdicionalizada "condiciona", como já se salientou, a "convicção e a motivação do juiz de julgamento a ponto de se poder questionar se não estará verdadeiramente em perigo o princípio da presunção de inocência; a repetição de actos perante as polícias, o ministério público e o juiz de instrução, geralmente sem contraditório, transformaram o julgamento em acto quase confirmativo em que testemunhas, declarantes e o próprio tribunal se movem aparentemente no mesmo compromisso de encenar, em audiência, uma situação cujo destino está fatalmente traçado no processo". Assim, Cunha Rodrigues. "Tendências de reforma", cit., p. 432-430.

(27) Neste sentido, cfr. Anabela Miranda Rodrigues. *Jornadas*, cit., p. 65 *et seq.*

acusação, mas sempre que se torne necessária a prática de actos que contendam com os direitos, liberdades e garantias, tais actos devem ser praticados ou autorizados pelo juiz de instrução, "árbitro da legalidade na recolha das provas, garante da liberdade, controlador de eventuais excessos praticados pela investigação oficial".[28]

Está assim, por um lado, a assegurar-se o princípio, com assento constitucional, de que ao juiz cabe tão-só o exercício de funções jurisdicionais. Por outro lado, faz-se jus à posição institucional do ministério público de autonomia em relação ao poder político que a Constituição, logo em 1976, veio consagrar. O novo estatuto concedido ao ministério público foi justificado pelas exigências de isenção e objectividade que devem acompanhar o exercício da acção penal, nomeadamente quanto às fases anteriores à acusação.

Embora no exercício da acção penal o ministério público actue como órgão da administração da justiça, os constituintes, na definição do seu estatuto, tiveram em mente os perigos de governamentalização da acção penal. Por isso, a Constituição atribuiu ao ministério público um estatuto em que avultam os seguintes tópicos: "enquadramento na estrutura orgânica dos tribunais, previsão para os respectivos magistrados de garantias semelhantes às dos juízes, estabelecimento de um sistema de hierarquia diferenciado da função pública, adopção de mecanismos de gestão e disciplina paralelos aos da magistratura judicial".[29]

A *autonomia* do ministério público representa a característica mais relevante do seu estatuto.[30] Referida legalmente em relação aos demais órgãos do poder central, regional e local, a autonomia caracteriza-se pela vinculação a critérios de legalidade, objectividade e isenção e exclusiva sujeição dos magistrados e agentes do ministério público às directivas, ordens e instruções emitidas pelos órgãos e magistrados de nível hierárquico superior, de acordo com a lei.

Na sua definição legal, a autonomia do ministério público assume sentidos bem definidos no respectivo Estatuto: de não ingerência do poder político, *maxime* do Ministro da Justiça, no exercício das suas atribuições, designadamente no exercício da acção penal; de concepção e estruturação como magistratura própria, orientada por um princípio de separação e paralelismo em relação à magistratura judicial, com estatuto idêntico; de adopção de um órgão de governo próprio, o Conselho Superior do Ministério Público, presidido pelo procurador-geral da República, composto por membros eleitos pelos magistrados e membros designados pela Assembleia da República e pelo Governo, e com competências de gestão, disciplina e apreciação do mérito dos magistrados.

(28) A formulação é de Cunha Rodrigues. "Tendências de reforma", cit., p. 439.

(29) Assim, Cunha Rodrigues. "A posição institucional e as atribuições do Ministério Público e das polícias na investigação criminal", *Lugares do direito*, cit., p. 271; v. ainda, p. 268 *et seq.*

(30) Segue-se J. L. Lopes da Mota. "A fase preparatória do processo penal", *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa,* em curso de publicação, p. 10 *et seq.*

A projecção deste estatuto no Código faz-se através da definição de regras precisas na caracterização da posição do ministério público no âmbito do processo penal. Reafirma-se o princípio da objectividade da intervenção (art. 53.°), determina-se a aplicação aos magistrados do ministério público das disposições relativas a impedimentos, recusas e escusas do juiz (art. 54.°), estabelece-se a obrigação de o ministério público investigar "à charge" e "à décharge" (art. 262.°) e atribui-se-lhe legitimidade para recorrer no exclusivo interesse da defesa (art. 401.°).

Para uma correcta compreensão do estatuto processual penal do ministério público cumpre salientar ainda que, nos termos da Constituição e da Lei, a magistratura do ministério público é hierarquicamente estruturada sob a égide do Procurador-Geral da República, na legitimação do qual convergem as vontades políticas do Presidente da República e do Governo – o Governo propõe e o Presidente da República nomeia-o. Daqui resulta a referida autonomia desta magistratura, que se caracteriza pela vinculação do ministério público, no exercício da acção penal, a critérios de legalidade e objectividade.

Por outras palavras, a ligação ao Ministério da Justiça (e ao Governo em geral) tem a ver exclusivamente com a circunstância de a magistratura do Ministério Público participar na execução de uma política criminal que não é definida por si, mas antes pelos órgãos de soberania (Governo e Parlamento). Bem se podendo afirmar que a magistratura do ministério público, como um todo, é, pois, mais do que autónoma, verdadeiramente independente face ao poder político.

4. As relações entre o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal

Uma das implicações advindas da posição que cabe ao ministério público de *dominus* do inquérito – relembre-se: a fase de investigação por excelência no processo penal português – reside na nova compreensão das relações, funcionais, entre aquela magistratura e os órgãos de polícia criminal.

Estes órgãos, entendidos como *meros participantes processuais* em sentido técnico – aqueles que praticam actos singulares cujo conteúdo processual se esgota na própria actividade –, são, na definição do Código de Processo Penal (cfr. art. 1.°, alínea *c)*), todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados pelo Código (conceito *amplo* de órgão de polícia criminal). O que mostra que é a *qualidade dos actos que pratica* e não a sua qualificação orgânica e institucional que define um órgão como de polícia criminal. Assim se explicando que a Polícia Judiciária – a nossa polícia criminal por excelência – integre o conceito de órgão de polícia criminal para os efeitos previstos no Código, a par, entre outras, da Polícia de Segurança Pública e da Guarda Nacional Republicana, ainda que estas polícias actuem privilegiadamente no âmbito da prevenção criminal.

Aponta-se, assim, decisivamente, entre nós, para um modelo de relacionamento da polícia criminal com o ministério público de *dependência funcio-*

nal,[31] permanecendo intocada a dependência organizatória, administrativa e disciplinar face ao Governo. Aos órgãos de polícia criminal compete coadjuvar aquelas autoridades judiciárias com vista à realização das finalidades do processo, actuando sob a sua direcção e na sua dependência funcional.

Podem identificar-se duas grandes concepções quanto ao equilíbrio dos poderes entre a polícia e as autoridades judiciárias que dirigem a fase de investigação.[32] Elas caracterizam uma verdadeira oposição de princípio entre o sistema continental e o inglês. Os processos penais continentais garantem ao longo de toda a investigação, incluindo o momento de se tirarem as conclusões dessa investigação, o primado da autoridade judiciária, designadamente do ministério público, enquanto órgão de direcção. O sistema inglês, por seu turno, privilegia a polícia. Apenas recentemente, dando azo a que se possa falar de uma aproximação dos processos penais europeus, admitiu a intervenção do ministério público.

Com efeito, o sistema inglês distingue-se nitidamente do sistema continental enquanto naquele a abertura e o desenrolar da fase preparatória do processo penal são total e exclusivamente confiados à polícia, que actua por iniciativa própria, mesmo se eventualmente por força de um mandado do juiz. Entretanto, desde a entrada em vigor do já referido *Prosecution of Offences Act*, em 1985, a polícia, na fase de encerramento desta fase do processo, partilha certas prerrogativas com o *Crown Prosecutor*. Com o novo texto de 1985, o processo penal inglês aproximou-se dos outros processos penais europeus e enriqueceu-se com uma *étape* suplementar, passando a existir, de certa forma, um "duplo grau de apreciação da investigação": o *Chief Officer* conserva, no "1.º grau", a faculdade exclusiva de arquivar o processo; se opta pela sua continuação, esta decisão fica submetida à apreciação do *Crown Prosecutor* que, reavaliando a suficiência das provas carreadas durante o inquérito (*evidential sufficiency*) e a utilidade da acção penal do ponto de vista do interesse público (*public interest*), dispõe do poder que lhe permite, "no 2.º grau", arquivar o caso. Por outras palavras: o *Crown Prosecutor Service* não pode arquivar o processo senão quando a polícia decidiu continuar o processo, isto é, o poder do ministério público depende de decisão prévia da polícia. Trata-se de um poder "condicionado", mas – e foi neste sentido que o papel da polícia inglesa se enfraqueceu nesta fase do processo – uma vez esta condição preenchida, o *Crown Prosecution Service* detém o poder exclusivo de arquivar.

É certo que a polícia inglesa desempenha o papel principal no momento de pôr fim à investigação criminal, enquanto os direitos continentais lhe recusam –

(31) Sobre o sentido deste modelo, cfr. *infra*. Refira-se, entretanto, que a compreensão do modelo passa agora pela consideração – a que não procedemos aqui – da recente Lei de investigação criminal (Lei 21/2000, de 10 de agosto). Para uma primeira aproximação crítica, cfr. Paulo Dá Mesquita. "Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de direito democrático (suscitadas por uma proposta de lei dita de organização da investigação criminal)", *Revista do Ministério Público* 82/137 *et seq.*, ano 21, 2000.

(32) Sobre o que se segue, cfr. *Procédures pénales d'Europe*, cit., p. 399 *et seq.*

teoricamente, pelo menos! – qualquer protagonismo a esse nível. Mas a intervenção do *Crown Prosecution Service* não é, deve dizer-se, meramente simbólica.

O que se observa, de resto, quer no continente quer além Mancha, é que, na prática, o perigo de *policialização* da investigação criminal é real.[33]

De muitos lados se alerta para o *décalage* entre o relevo da posição do ministério público, tal como resulta dos textos legais, e a importância efectiva da polícia. O ministério público "ocupa parcialmente a cena", quando devia dominá-la, enquanto a polícia desempenha plenamente o seu papel.

Em França e na Bélgica, esta redistribuição prática de papéis – este "deslizar de poderes" e a "sobre-representação policial" que daí resulta – não se circunscreve às relações do ministério público e da polícia, mas diz igualmente respeito às relações do juiz de instrução e polícia.

A actual situação é bem retratada com a afirmação de que "os magistrados têm, diferentemente da polícia, atribuições essencialmente sedentárias". O domínio fáctico da polícia está também numa certa passividade dos magistrados durante a fase preparatória do processo.

Para esta autonomia de que usufrui, *de facto,* a polícia, aponta-se por vezes aquilo a que já se chamou o "desdobramento policial". As polícias, em geral, estão simultaneamente subordinadas à autoridade funcional dos magistrados que dirigem as investigações e à autoridade administrativa, organizatória e disciplinar do Executivo. E, ao contrário do que se poderia pensar, esta dualidade de dependências não faz da polícia um corpo bicéfalo, já que a sua subordinação orgânica se sobrepõe à subordinação funcional.

Para além do "mal estar" e dos perigos que encobre, a subalternização da autoridade judiciária na investigação – qualquer que seja o conteúdo mais ou menos amplo das prerrogativas de direcção que detenha dessa fase preparatória do processo – põe em causa o princípio da investigação sob garantia judicial. A necessidade de intervenção, nesta fase, da autoridade judiciária assenta na ideia de que, a montante do julgamento, a recolha de provas e a sua apreciação com vista a um eventual julgamento é uma actividade que pode ser tão pesada para os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos que a sua legalidade deve ser escrupulosamente resguardada.

Essa tarefa vem cabendo, conforme já vimos, de forma crescente ao ministério público. Em todos os ordenamentos, as atribuições desta magistratura têm como fundamento, entre outros, a sua qualidade de garante da legalidade no processo. Porque a sua vocação é a de prevenir os procedimentos arbitrários, é que o ministério público dirige e encerra a investigação no processo penal de tipo continental e controla as conclusões da polícia em Inglaterra. Em todo o lado, a criação ou as transformações operadas no ministério público responderam ao mandamento de introduzir ou reforçar as garantias de imparcialidade da fase preparatória do processo penal.

(33) Sobre o que se segue, cfr. op. ult. cit., p. 411 *et seq.*

A dinâmica da relação magistratura – polícia é especialmente sensível. O modelo que melhor evita os desvios, quer no sentido do domínio do processo pelas polícias, quer fazendo do ministério público uma mera "instância de autenticação" dos actos praticados pelas polícias é – persiste-se em entendê-lo –, o da dependência funcional. Continua a corroborar-se a afirmação de que "é errado pensar-se que os princípios e a praxis se purificam com a deslocação das polícias para o interior das magistraturas. O magistrado que dirige orgânica, técnica e operacionalmente uma polícia tende para actuar mais como polícia do que como magistrado".[34]

Como lapidarmente pôs em destaque Figueiredo Dias a propósito da solução de dependência funcional consagrada no Código de Processo Penal português em 1987, "alcança-se, deste modo, pelo melhor: uma rigorosa delimitação de competências entre as autoridades judiciárias e as polícias, aquelas dirigindo, estas realizando as tarefas de investigação; a maximização possível dos recursos para controlo da criminalidade, abrangendo no conceito de "polícia criminal" todos os corpos policiais a quem caiba coadjuvar as autoridades judiciárias ou praticar actos de polícia que devam relevar para o processo penal; uma adequação perfeita a uma estrutura do processo penal em que este comece sempre por um inquérito da competência e direcção do ministério público; uma adequação perfeita – a única forma de autêntica adequação (...) – ao modelo policial unitário constitucionalmente imposto, que atribui a *todas* as polícias as funções de defesa da legalidade democrática, da segurança interna e dos direitos dos cidadãos, bem como as tarefas da prevenção criminal".[35]

A questão mais importante consiste, assim, em saber em que se traduzem os poderes de direcção da investigação pela autoridade judiciária ou, se se preferir, como se caracteriza a autonomia de actuação das polícias.

A propósito do sentido da intervenção do ministério público como titular do inquérito, por despacho de 21.12.1987,[36] entendeu o procurador-geral da República que a direcção do inquérito envolve "a disposição material e jurídica da investigação", comportando "a emissão de directivas, ordens e instruções quanto ao modo como deve ser realizada", "o acompanhamento e a fiscalização dos vários actos", "a delegação ou solicitação de diligências", "a presidência ou assistência a certos actos ou a autorização da sua realização" e "a avocação a todo o tempo, do inquérito".

Está em causa, assim,[37] "em cuidadosa articulação de papéis e ponderação do caso concreto", reservar para os órgãos de polícia criminal a realização das tare-

(34) Assim, Cunha Rodrigues. "Tendências de reforma", cit., p. 446.

(35) Figueiredo Dias. "Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal", *Jornadas*, cit., p. 13-14.

(36) Cfr. Cunha Rodrigues. "Tendências de reforma", cit., p. 445-446.

(37) No que se segue, vide, J. L. Lopes da Mota, "A fase preparatória do processo penal", cit., p. 14 *et seq.*

fas de investigação criminal que exigem técnicas, estratégias e meios logísticos e operacionais próprios das polícias.[38]

O exercício dos poderes directivos do ministério público exige a distinção de dois planos: o organizacional e o processual.

No plano organizacional, há que levar em conta o disposto nas leis orgânicas das várias polícias, definidoras da organização, competência e regras de funcionamento interno. Estão envolvidos, neste plano, aspectos técnicos, estratégicos, operacionais e logísticos, em que deve ser preservado o conteúdo essencial da autonomia das polícias. Levando em conta estes aspectos, a dependência funcional deverá desenvolver-se num quadro de coordenação, confiança, desburocratização, simplificação e cooperação, essenciais ao funcionamento do sistema.

No plano processual, importa ter presentes as regras impostas pelo direito geral de polícia e, antes de mais, pelo Código de Processo Penal.

O estatuto e competências das polícias no inquérito e a sua articulação com o ministério público definem um modelo que se pode caracterizar pela enunciação sintética de algumas regras essenciais.

Obtida a notícia de um crime, por conhecimento próprio ou denúncia, as polícias adquirem o estatuto processual de órgão de polícia criminal. O momento da aquisição da notícia tem efeito processual de especial relevo, na medida em que assinala a passagem da actividade (preventiva) da polícia administrativa à actividade (repressiva) de "polícia judiciária", auxiliar do ministério público, a partir de então vinculada a idênticas regras de procedimento processual penal (arts. 247.º e 262.º, n. 2).

Reunidos os pressupostos processuais de legitimidade do ministério público quanto a crimes dependentes de queixa do ofendido,[39] a notícia de um crime dá sempre lugar a inquérito, a realizar sob a direcção do ministério público (art. 262.º, n. 2).

O inquérito compreende o conjunto das diligências necessárias à descoberta do crime, dos seus autores e da sua responsabilidade e à descoberta e conservação de provas, constituam elas tarefas materiais de investigação *stricto sensu* ou de documentação e registo da prova, o que significa a inadmissibilidade de desenvolvimento de actividades de investigação criminal fora do âmbito do processo (art. 262.º).

No inquérito, as polícias actuam na dependência funcional do ministério público (art. 263.º, n. 2), praticando actos por delegação, que pode ser expressa,

(38) No âmbito da nova lei de "Organização da investigação criminal", fala-se agora de autonomia *técnica* e *táctica*, dos órgãos de polícia criminal (cfr. art. 2.º, n. 5, Lei 21/2000, de 10 de agosto).

(39) E não sendo o caso de detenção em flagrante delito que conduza a procedimento acelerado, com julgamento imediato ou no prazo máximo de 48 horas (processo sumário).

tácita ou presumida (como sucede com a Polícia Judiciária, relativamente a crimes de especial gravidade ou exigindo meios científicos mais sofisticados de investigação), em concreto ou por acto genérico, ou assistindo o ministério público na realização de actos não delegados.

Em regra, as polícias podem realizar, por delegação, todos e quaisquer actos de inquérito, salvo os reservados estritamente às autoridades judiciárias (arts. 268.°; 269.° e 270.°, n. 2).

Apesar da dependência funcional, o Código reconhece aos órgãos de polícia criminal uma área de competência própria e não meramente delegada (art. 249.° e seguintes). Compete-lhes, por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir tanto quanto possível as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova. Referimo-nos, nomeadamente, à detenção, à identificação do suspeito e aos actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova (por exemplo, exames dos vestígios do crime, recolha de informações, apreensões no decurso de revistas e buscas, revistas, buscas e apreensões de correspondência).

Identificam a actividade de iniciativa da polícia quatro características processuais.[40]

É "obrigatória", pois representa um dever para as polícias (art. 55.°, n. 2, CPP) praticar todos os actos que, se omitidos, determinariam a perda ou o perigo de dispersão de elementos de prova ou vestígios do crime. O que significa que as polícias não devem aguardar instruções para agir.

É "preliminar" (arts. 241.° a 245.°, 248.° a 253.° e 254.° a 261.°, CPP), na medida em que é preordenada a fornecer ao ministério público o *input* da investigação. Porém, a partir do momento em que o ministério público assume a direcção do inquérito, a polícia deve mover-se no âmbito das directivas, ordens e instruções traçadas, salvo no que se refere à actividade destinada a assegurar novos elementos obtidos após aquela intervenção (art. 249.°, n. 3) por razões de urgência.

É "temporária" (art. 249.°), pois deve ser imediatamente ou no mais curto prazo comunicada ao ministério público e está condicionada pela efectiva intervenção do ministério público.

É "auxiliar" (arts. 56.° e 263.°), porque realizada na dependência e sob directa orientação e direcção do ministério público que assiste e coadjuva.

5. Um modelo inovador de processo penal

A consideração estática e dinâmica dos participantes processuais a que procedemos, privilegiando os momentos que antecedem a fase de julgamento, diz-nos sobre a estrutura do processo penal.

(40) Assim, J. L. Lopes da Mota. "A fase preparatória do processo penal", cit., p. 16.

As tendências que pudemos apreciar apontam para uma estrutura que afirma o princípio da acusação, mas que não é puramente acusatória, e que também se distancia da inquisitória originária, retendo o melhor de cada modelo.

Tradicionalmente, a Europa reconhecia-se em duas concepções, cuja irredutibilidade Mireille Delmas-Marty assinala nestes termos:[41] "Havia, por um lado, o processo acusatório no sentido tradicional do termo: neste quadro, não há necessidade de procedimento criminal público, a acusação particular é autorizada a qualquer cidadão (*private prosecution* em direito inglês) e o processo penal é considerado como uma contestação entre duas partes iguais que procuram resolver um conflito perante um juiz passivo e imparcial (...). Na outra extremidade, a tradição inquisitória assenta em investigações conduzidas pelo Estado, com vista a estabelecer a verdade e aí o Estado é predominante, por supostamente estar mais bem colocado que qualquer outro para conduzir as investigações. Este está, aliás, duplamente presente no processo penal, através do juiz de instrução, cuja função é investigar, e através do ministério público que, tradicionalmente, estava muito directamente dependente do poder executivo".

O modelo do processo penal do futuro, a seguir por aqueles países que queiram acabar com o impasse em que os colocava a velha oposição "quase teológica" entre o acusatório e o inquisitório – verdadeira "maldição para a Europa", como já foi notado –, deve ser o de um processo em que se inscreve o princípio da acusação, mas que, ao mesmo tempo, "guarda o melhor da tradição continental, mantendo os procedimentos criminais públicos, exercidos em nome do Estado pelo ministério público (...)".[42]

Esse modelo inovador pode ser assim descrito, assemelhando-se, em muito, ao processo penal português.

De um lado, o processo inicia-se quando o ministério público adquire a notícia do crime, seja por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia. A notícia do crime dá obrigatoriamente lugar à abertura de inquérito, assim se rejeitando quer a existência de uma fase "pré" ou "extra" processual, quer qualquer margem de oportunidade em relação à decisão de iniciar ou não o inquérito.

Este revela-se a fase de investigação por excelência, compreendendo o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e recolher as provas em ordem à decisão de acusação. É uma fase dirigida pelo Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal, que actuam no inquérito sob a directa orientação desta magistratura e na sua dependência funcional, sem prejuízo de o ministério público poder conferir a órgãos de polícia criminal o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito. Que o ministério público encerra,

(41) Cfr. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, cit., p. 231.

(42) Cfr. Mireille Delmas Marty, op. ult. cit., p. 231-232.

proferindo um despacho de acusação ou um despacho de arquivamento, consoante tenha recolhido (ou não) indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente, em obediência a um princípio da legalidade.

Por sua vez, uma repartição de funções processuais entre a magistratura do ministério público que investiga e acusa e a magistratura judicial que procede ao julgamento concretiza, no direito processual português, o princípio da acusação. É esta uma repartição entre magistratura paralelas e independentes, imposta pela nossa Constituição, quando comete ao ministério público a função de exercer a acção penal, reconhecendo-lhe estatuto próprio e autonomia.

Não se trata, todavia, de uma repartição rígida. Ela sofrerá dois desvios fundamentais. Desde logo, muito embora o ministério público seja o *dominus* do inquérito, cabe a um juiz – o juiz das liberdades, no nosso direito, o juiz de instrução – praticar, ordenar ou autorizar os actos que se prendam directamente com a esfera dos direitos, liberdades e garantias das pessoas (por exemplo, proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido, proceder à aplicação da medida de coacção "prisão preventiva", ordenar ou autorizar buscas domiciliárias, ordenar ou autorizar a apreensão de correspondência ou ordenar ou autorizar a intercepção, gravação ou registo de conversações ou comunicações telefónicas).

Depois, por iniciativa do arguido (relativamente aos factos acusados) ou do assistente (relativamente a factos não acusados), poderá interpor-se entre a fase do inquérito e a fase do julgamento a fase da instrução. Uma fase dirigida pelo juiz de instrução (também ele assistido pelos órgãos de polícia criminal), com o objectivo de comprovar a decisão final de inquérito (decisão de acusação ou de arquivamento do inquérito), em ordem a submeter ou não a causa a julgamento. Esta finalidade faz desta fase *facultativa* do processo – só existe a requerimento do arguido ou do assistente – um *mecanismo de controle judicial* da decisão tomada pelo ministério público no final do inquérito e não um suplemento de investigação.

Neste entendimento das coisas, saliente-se como, no direito português, o juiz assume um estatuto jurídico-processual penal que – fundado nos princípios constitucionais do monopólio da função jurisdicional (ou princípio da reserva do juiz), da independência e do juiz natural – lhe assinala, por um lado, a dupla função de titular de ambas as fases de instrução e de julgamento, a impor a distinção entre juiz de instrução e juiz de julgamento; e, por outro lado, a competência para praticar, ordenar ou autorizar actos processuais singulares que se traduzam em ataques a direitos, liberdades e garantias das pessoas.

Tudo a dever à ideia de que as provas serão tanto mais fortes e a verdade judicial tanto menos discutível quanto melhor se garantam a um conjunto alargado de participantes processuais direitos autónomos de conformação da concreta tramitação do processo como um todo, com vista à decisão final do conflito, arbitrado por um juiz neutro, independente e imparcial.

Acredito que é nesta senda que vai o direito processual penal do futuro.

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.2

CRIMES ECONÓMICOS E MERCADOS FINANCEIROS*

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

SUMÁRIO: 1. A tutela sancionatória do mercado de valores mobiliários: uma exigência constitucional – 2. Os ilícitos criminais: aspectos gerais – 3. O crime de abuso de informação – 4. O crime de manipulação do mercado – 5. Os crimes contra o mercado como crimes econômicos – 6. O regime das averiguações preliminares – Anexo: Disposições Penais do Código dos Valores Mobiliários de 1999.

Resumo: No presente estudo identificam-se os fundamentos e o alcance da reforma feita pelo Código dos Valores Mobiliários português (1999) quanto aos ilícitos penais e ao papel da autoridade de supervisão na fase de preliminar de investigação ("averiguações preliminares"). Na lei portuguesa, são crimes lesivos do mercado o abuso de informação e a manipulação. A legitimidade da intervenção penal radica na importância do mercado de valores mobiliários enquanto sector do sistema financeiro, pelas suas funções económico-sociais, nomeadamente a de fonte de financiamento das empresas, espaço de investimento das famílias e de visibilidade dos emitentes, a flexibilização das estruturas societárias ou a gestão do risco económico. Defende-se que a proibição do abuso de informação visa tutelar a função pública da informação, enquanto justo critério de distribuição do risco dos negócios, e a manipulação do mercado visa garantir o regular e transparente funcionamento do mercado, enquanto gerador de preços públicos dos activos financeiros. Os crimes são todos dolosos e foram suprimidos os elementos subjectivos especiais dos tipos incriminadores (por se tratar de crimes económicos e não de crimes patrimoniais). As averiguações preliminares constituem uma fase terminal da supervisão, em que se procura, através de uma filtragem técnica, identificar a notícia de um crime e permitir que a investigação criminal subsequente se concentre no essencial da matéria criminalmente relevante.

Palavras-chave: Crimes econômicos – Mercados financeiros – Abuso de informação – Manipulação do mercado – Portugal.

(*) O texto expressa opiniões pessoais que em caso algum podem ser entendidas como manifestações do entendimento da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários – CMVM sobre as matérias em causa. Agradeço à Senhora Profa. Teresa Pizarro Beleza, orientadora da minha tese de doutoramento, a leitura e comentários que dirigiu ao presente estudo.

1. A tutela sancionatória do mercado de valores mobiliários: uma exigência constitucional

1.1 Em algumas matérias o recente Código dos Valores Mobiliários de 1999 (CdVM)[1] apresenta inovações assinaláveis relativamente ao diploma que o antecedeu, o Código do Mercado de Valores Mobiliários de 1991 (CdMVM). No que diz respeito aos aspectos jurídico-penais identifica-se, no entanto, uma forte linha de continuidade marcada por uma preocupação constante em acolher soluções mais claras e adequadas às realidades em causa. Na presente reforma foi, portanto, privilegiado o rigor e a simplificação do regime legal, em detrimento de inovações que, muitas vezes, são acolhidas entre nós pela suposta mais valia (sem demonstração do seu valor jurídico e prático) de serem diferentes em relação aos regimes anteriores.

1.2 No presente texto procurarei oferecer uma perspectiva sobre os fundamentos e o alcance da reforma operada pelo CdVM de 1999 relativamente à matéria dos crimes e das averiguações preliminares a desenvolver pela autoridade de supervisão, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), antes do envio da notícia do crime às autoridades judiciárias.

Para esse efeito (1) começarei por tentar legitimar constitucionalmente a tutela sancionatória deste sector do sistema financeiro; num segundo momento (2) apresentarei um enquadramento geral dos ilícitos penais; nas partes (3) e (4) deste estudo procurarei fundamentar a nova configuração legal dos crimes contra o mercado de valores mobiliários e determinar o seu alcance real (vd. o abuso de informação, previsto no art. 378.º, e a manipulação do mercado, prevista no art. 379.º) o que, por seu turno, permitirá que, na parte (5), caracterize as incriminações em análise como crimes económicos, relacionando-as, então, com o âmbito de tutela operada pelos crimes comuns; finalmente, numa última parte desta exposição (6) tentarei esclarecer o sentido e os limites da intervenção prévia da autoridade de supervisão numa fase que o novo diploma designa de "averiguações preliminares" (arts. 382.º a 387.º) no âmbito dos crimes contra o mercado.

(1) O texto legal do CdVM de 1999 foi aprovado pelo Dec.-lei 486/99, de 13 de novembro. Por força do disposto no art. 165.º, n. 1, alíneas *c)* e *d)* da Constituição, as matérias penais e de Direito de mera ordenação social (estas na medida em que implicassem alterações ao respectivo regime geral) foram objecto de uma lei de autorização legislativa (Lei 106/99, de 26 de julho), através da qual o Parlamento autorizou o Governo a modificar o regime sancionatório referido. O novo diploma entrou integralmente em vigor em 01.03.2000. Em anexo ao presente texto reproduzem-se as disposições penais acolhidas no novo diploma legal, concretamente os tipos de crimes e o regime das averiguações preliminares desenvolvidas pela CMVM antes do inquérito criminal. O texto do Código está publicado em edição conjunta da CMVM e da Livraria Almedina (www.almedina.net), existindo ainda uma edição em língua inglesa (*Securities Code,* CMVM, Coimbra: Almedina, 2000).

1.3 A reforma das matérias penais e contra-ordenacionais contidas no CdMVM de 1991 teve em linha conta a experiência acumulada durante a década de noventa, quer pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), quer pelas autoridades judiciárias, bem como algumas soluções acolhidas em ordenamentos jurídicos estrangeiros sobre o tema dos crimes contra o mercado de valores mobiliários (em especial, Itália, Alemanha, Espanha e França). O texto final acolhido no CdVM de 1999 não corresponde integralmente às propostas iniciais que foram dirigidas ao Grupo de Trabalho que teve a seu cargo a elaboração do novo diploma, tendo nomeadamente sido necessário promover consensos que viabilizassem a aprovação do novo Código.[2] Destes diversos aspectos se procurará dar conta neste estudo, na exacta medida em que os mesmos possam contribuir para esclarecer algumas opções legislativas assumidas pelo legislador de 1999.

1.4 A matéria dos crimes e contra-ordenações encontra-se prevista no CdVM de 1999 num título autónomo (Título VIII, reproduzido em anexo) que inclui, nomeadamente, dois grandes grupos de matérias: por um lado, no Capítulo I deste título, surgem os tipos de *crimes contra o mercado* (abuso de informação e manipulação do mercado, arts. 378.° e 379.°, bem como a previsão do crime de desobediência no art. 381.°, autonomizado em relação aos primeiros), *as penas acessórias* (art. 380.°) e algumas *disposições de carácter processual* (arts. 382.° a 387.°); por outro lado, o Capítulo II deste Título VIII é dedicado ao ilícito de mera ordenação social, onde se inclui a *tipificação das infracções em especial* (arts. 388.° a 400.°), as *regras gerais* de atribuição e graduação da responsabilidade (arts. 401.° a 407.°) e um conjunto de *normas de natureza processual* (arts. 408.° a 418.°). O Título VIII termina com um Capítulo III, onde se acolhem *disposições comuns* aos crimes e às contra-ordenações (arts. 419.° a 421.°). As normas de natureza penal contidas no novo Código dos Valores Mobiliários encontram-se em anexo a este estudo.

1.5 A exacta compreensão deste novo regime sancionatório passa, em minha opinião, por duas condições essenciais: as conexões materiais deste Título VIII e a orientação político-criminal que lhe está subjacente.

a) Trata-se, em primeiro lugar, de um regime que se encontra em estreita conexão material e sistemática com outras partes do Código e com outros sectores do ordenamento jurídico.[3] A conexão com outras partes do Código é evidente quer na descrição dos preceitos penais e contra-ordenacionais, onde surgem muitas vezes conceitos que devem ser interpretados com aquelas referências materiais ou as invocam expressamente (*v.g.* emitente, informação, regular funcionamento de mercado, entre tantos outros), quer, em especial, na subordinação dos

(2) Veja-se a documentação reunida em Ministério das Finanças/CMVM (ed.), *Trabalhos preparatórios do Código dos Valores Mobiliários,* Coimbra: Almedina, 1999.

(3) De forma desenvolvida, Carlos Ferreira de Almeida. "O Código dos Valores Mobiliários e o sistema jurídico", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* 7/19 *et seq.*, (2000).

aspectos sancionatórios à ordem material de valores acolhida no CdVM de 1999. Isto é, por muito importante que possa ser este Título VIII do CdVM (e, na minha perspectiva, é efectivamente de grande importância), ele apenas existe para garantir, através da ameaça sancionatória e da perseguição das infracções, os valores e bens regulamentados pelo diploma. Conexão ainda com os vários ramos do Direito que orientam, apoiam ou balizam o regime sancionatório acolhido no Código, desde o Direito Constitucional, ao Direito Penal e Processual Penal, passando pelo Regime Geral do Direito de Mera Ordenação Social.

A intervenção de diversas entidades com poderes de Direito Público nesta área e nesta matéria não é, pois, um bem em si, mas antes uma forma de tutelar bens e valores que merecem essa protecção. O merecimento de tutela sancionatória destes bens radica, de uma forma geral, no facto de estar em causa a regularidade e a eficiência de um sector do sistema financeiro, reconhecido constitucionalmente (art. 101.º da Constituição),[4] que desempenha funções económicas essenciais, como a diversificação das fontes de investimento das empresas, a aplicação de poupanças das famílias ou a gestão de mecanismos de cobertura de risco de actividades e de investimentos.[5] O mercado de valores mobiliários permite que o capital se transforme em investimento e este em fonte de financiamento de entidades econômicas.[6] A particularidade deste mercado resulta do facto de o encontro entre a procura de fontes de financiamento e a poupança dos investidores ser concretizado através de instrumentos económicos e jurídicos que são os valores mobiliários (acções, obrigações, títulos de dívida pública, unidades de participação em fundos de investimento, etc.),[7] economicamente designados como activos.

(4) Veja-se, quanto a este enquadramento constitucional, Amadeu Ferreira. *Direito dos valores mobiliários,* Lisboa: AAFDL, 1997. p. 64 *et seq.*

(5) Para uma análise da relação entre os interesses subjacentes ao sistema financeiro, nomeadamente a relação entre investimento e poupança, e a axiologia constitucional, veja-se Franco Bricola, "Il Diritto penale del mercato finanziario", *Mercato finanziario e disciplina penale,* Milano: Giuffrè, 1993 (p. 27-47) p. 37 *et seq.* Sobre a relação entre os pressupostos de funcionamento dos mercados de valores mobiliários e a necessidade da sua tutela, veja-se Frederico da Costa Pinto, "A tutela dos mercados de valores mobiliários e o regime do ilícito de mera ordenação social", Instituto dos Valores Mobiliários (Org.), *Direito dos valores mobiliários,* vol. I, Coimbra: Coimbra Ed., 1999 (p. 285-321), p. 289-292.

(6) Sobre estes aspectos, veja-se Gómez Iniesta. *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores,* Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 7-11. Uma descrição do funcionamento dos mercados de valores mobiliários que destaca estes aspectos encontra-se, entre nós, em Paula Costa e Silva, "Compra, venda e troca de valores mobiliários", *Direito dos valores mobiliários,* Lisboa: Lex, 1997, (p. 243-266) p. 245-247.

(7) Sobre o conceito de valor mobiliário, veja-se, José de Oliveira Ascensão. " Valor mobiliário e título de crédito, *Direito dos valores mobiliários,* Lisboa: Lex, 1997 (p. 27-54), p. 30 *et seq., maxime* p. 33 *et seq.* Para uma análise diversificada sobre os

Além destas funções mais comuns, de financiamento e investimento, os mercados de valores mobiliários desempenham também um papel importante nas estratégias de recomposição das estruturas accionistas das sociedades cotadas,[8] na sua visibilidade negocial e na gestão económica do risco de certas actividades – através da negociação de instrumentos financeiros de controlo ou transferência do risco (*v.g.* futuros ou opções).[9]

Os níveis de funcionamento destes circuitos económicos são influenciados por diversas realidades, das quais aqui se destaca a *confiança dos investidores*. Esta, por seu turno, é também condicionada em parte pela regularidade de funcionamento do mercado. É esta *regularidade* que, em termos genéricos, a CMVM visa assegurar, nomeadamente através do exercício dos poderes que lhe são conferidos por lei para prevenir e sancionar os ilícitos de mera ordenação social tipificados pelo CdMVM. Note-se que em tudo o que se descreveu está em causa o bom funcionamento de um sector do sistema financeiro, ou seja, um conjunto de valores públicos fundamentais para os níveis de eficiência da economia nacional.[10]

A protecção destas funções económicas é, de acordo com o texto constitucional, uma "incumbência prioritária do Estado" que deve, nomeadamente, assegurar "o funcionamento eficiente dos mercados" e a repressão das "práticas lesivas do interesse geral" (art. 81.º, alínea *e*) da Constituição). Se quisermos generalizar esta via de legitimação da tutela sancionatória, podemos afirmar que o Estado tem o dever de zelar pela protecção de bens *supra* individuais afectos a um programa de desenvolvimento económico.[11] Estes bens podem ser apresentados como

diversos instrumentos negociais, siga-se Amadeu Ferreira. *Direito dos valores mobiliários,* p. 161 *et seq.*, *maxime* p. 174 *et seq.* e p. 245 *et seq.* Elementos importantes para a compreensão do conceito de valor mobiliário encontram-se também em Carlos Osório de Castro. *Valores mobiliários: conceito e espécies,* Porto: UCP, 1996. p. 7-12 e *passim*; Carlos Ferreira de Almeida. "Desmaterialização dos títulos de crédito: valores mobiliários escriturais", *Separata da Revista da Banca* 26/27 *et seq*, 1993; para os direitos inerentes aos valores mobiliários, consulte-se Jorge Costa Santos, "Direitos inerentes aos valores mobiliários: em especial, os direitos equiparados a valores mobiliários e o direito ao dividendo", *Direito dos valores mobiliários,* Lisboa: Lex, 1997 (p. 55-98), p. 56 *et seq.*; sobre os valores mobiliários como objecto de outros direitos, veja-se José Pedro Fazenda Martins, "Direitos reais de gozo e garantia sobre valores mobiliários", *Direito dos valores mobiliários,* Lisboa: Lex, 1997 (p. 99-119), p. 99 *et seq.*

(8) Alexandre Veiga. *Operações de bolsa* (em curso de publicação), p. 11 e *passim.*

(9) Amadeu Ferreira. *Direito dos valores mobiliários,* p. 13-14.

(10) Para uma análise do enquadramento do mercado de valores mobiliários no sistema financeiro, no plano constitucional, veja-se Amadeu Ferreira. *Direito dos valores mobiliários,* p. 15 *et seq.*

(11) Assim, Massimo Donini. "Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti fra errore di diritto e analogia nei reati in contexto lecito di base", *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia,* n. 1-2, anno

"bens jurídicos intermédios" (por exemplo, as condições de investimento e de aplicação das poupanças) relativamente a outros bens directamente integrados em esferas jurídicas pessoais (como seja o património).[12]

b) Em segundo lugar, deve frisar-se que a intervenção sancionatória não se pode legitimar exclusivamente por critérios de dignidade ou merecimento de tutela de certos bens e valores, antes deve ser sujeita a um segundo crivo racionalizador que pondere especificamente a *necessidade* dessa intervenção.[13] E esse crivo é, no quadro da nossa axiologia constitucional, o da *necessidade* da intervenção que, no art. 18.°, n. 2 da Constituição, se projecta nas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade de todas as restrições de direitos, liberdades e garantias.[14]

XII, 1999 (p. 1 a 63), p. 14 *et seq.* Mais longe ainda vai Wilfried Bottke. "Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifichen Deliktsbeschreibungen", *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann,* Carl Heymanns, Köln, 1994 (p. 109-123), p. 114 quando afirma, em tese geral, que "as condições de funcionamento de qualquer um destes princípios e afirmações de valor que satisfaçam a economia de mercado são bens jurídicos merecedores de tutela"; noutras passagens (p. 116 *et seq.*) aprofunda esta via de fundamentação à luz do conceito de "economia social de mercado": o Direito Penal económico "encontra-se também justificado quando e na medida em que protege as condições essenciais de funcionamento e as instituições da economia social de mercado como bens jurídicos autónomos" (p. 122).

(12) Sobre o significado deste conceito, que remonta ao pensamento de Tiedmann, de "bens jurídicos intermédios" no âmbito do Direito Penal económico, Wilfried Bottke. *Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts*, p. 112 *et seq.* A teorização do conceito de bem jurídico no âmbito do Direito Penal económico encontra-se, entre nós, em Manuel da Costa Andrade. "A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei 28/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico", em IDPEE (Org.), *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários,* Coimbra: Coimbra Ed., 1998. vol. I, (p. 393-411), p. 398 *et seq.*

(13) Para uma análise dos conceitos implicados neste enquadramento (merecimento penal e necessidade penal) veja-se, numa perspectiva geral, Frank Altpeter. *Strafwürdigkeit und Straftatsystem*, Frankfurt: Peter Lang, 1990. Entre nós, siga-se Manuel da Costa Andrade. "A 'dignidade penal' e a carência de tutela penal" como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* ano 2, 1992, fasc. 2 (p. 173-205), *maxime*, p. 188 *et seq.* e p. 199 *et seq.* Recentemente, Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. *Direito penal. Questões fundamentais, a doutrina geral do crime,* fascículos em curso de publicação, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1996, p. 66 *et seq* e, depois, Figueiredo Dias. *Temas básicos da doutrina penal,* Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 33 *et seq.*

(14) Sobre o fundamento constitucional da intervenção mínima e o princípio da necessidade da pena, pode ver-se José de Sousa e Brito, "A lei penal na Constituição" *in* Jorge Miranda (Coord.), *Estudos sobre a Constituição,* Lisboa: Petrony, 1978. vol. 2, (p. 197-254), p. 222 *et seq.*; Teresa Pizarro Beleza. *Direito penal.* 2. ed., Lisboa: AAFDL, 1984. vol. I, p. 50 *et seq.*; Maria Fernanda Palma. *Direito penal. Parte Geral,* fascícu-

A parte sancionatória do CdVM de 1999 (o citado Título VIII, reproduzido em anexo) procura cumprir seriamente o princípio da intervenção mínima atrás invocado. Este propósito reflecte-se em diversos aspectos, como, por exemplo, no âmbito da matéria penal (onde quer os tipos incriminadores, quer as penas aplicáveis, demonstram um espírito de contenção que contrasta com algumas manifestações menos sensatas sobre a matéria que ciclicamente invadem as páginas dos jornais e o próprio combate político institucional), no reduzido número de crime (ao contrário do que acontece, por exemplo, no sistema italiano) ou, ainda, na articulação dos aspectos sancionatórios com todos os mecanismos de carácter preventivo que os antecedem e que são normalmente agrupados sob a rubrica da supervisão.[15] Intervenção mínima, mas com uma procura redobrada de eficiência que se manifesta quer na redacção dos tipos de ilícito (penais e contra-ordenacionais), quer em algumas soluções processuais, de forma conseguir respostas adequadas à prática de infracções cometidas (ainda no espírito, portanto, do art. 18.°, n. 2 da Constituição).

2. Os ilícitos criminais: aspectos gerais

2.1 O CdMVM de 1991 previa três crimes: o abuso de informação, a manipulação do mercado e a desobediência (cfr. arts. 666.°, 667.° e 668.° desse diploma). Estas incriminações mantêm-se no CdVM de 1999, com uma reformulação dos tipos de ilícito, uma redefinição das penas aplicáveis e uma diferente organização sistemática.

O crime de *abuso de informação* surge agora no art. 378.°, sendo as condutas proibidas sancionadas com penas até 3 anos de prisão ou pena de multa em alternativa (no caso dos n. 1 e 2 do art. 378.°) e até 2 anos de prisão ou multa em alternativa até 240 dias (no caso do n. 3 do art. 378.°). A diferença de penas entre as várias incriminações decorre da maior ilicitude e culpa que o facto revela no caso dos n. 1 e 2, já que é cometido por agentes vinculados a especiais deveres de reserva. Diversamente, no caso do n. 3 do art. 378.° o crime pode ser cometido por qualquer pessoa que, não estando sujeita a esses deveres especiais, pratica um facto comparativamente menos ilícito e menos culposo.

O crime de *manipulação do mercado* encontra-se tipificado no n. 1 do art. 379.° do CdVM de 1999, sendo agora punido com uma pena até 3 anos de prisão

los em curso de publicação, Lisboa: AAFDL, 1994. p. 65 *et seq.*; Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. *Direito penal,* p. 66 *et seq.*; Figueiredo Dias. *Temas básicos,* p. 57 *et seq.*

(15) Sobre o tema, veja-se José Nunes Pereira. "Regulação e supervisão dos mercados de valores mobiliários e das empresas de investimento: alguns problemas actuais" (*separata do Boletim de Ciências Económicas*), Coimbra, 1997; Frederico da Costa Pinto. "A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* 7/89 *et seq.*, 2000.

ou pena de multa em alternativa. O art. 379.° contempla ainda uma nova incriminação, sem paralelo no diploma anterior, que se pode descrever como um crime de *violação do dever de impedir práticas manipuladoras* dentro dos intermediários financeiros (art. 379.°, n. 3). A pena cominada para a violação deste dever é a de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

A *desobediência* está prevista no art. 381.° do CdVM de 1999 e é punida na forma qualificada, isto é, com pena até dois anos ou multa até 240 dias, nos termos do art. 348.°, n. 2 do CP. O seu âmbito material foi alargado relativamente ao diploma anterior, já que contempla agora os comportamentos destinados a defraudar ou a dificultar a execução das sanções acessórias (art. 404.°) ou medidas cautelares (art. 412.°) em processo de contra-ordenação (cfr. art. 381.°, n. 2). A distinta arrumação sistemática do crime de desobediência (secção II do Capítulo I) em relação ao abuso de informação e à manipulação de mercado (secção I do Capítulo I) visa, fundamentalmente, esclarecer que o regime das *averiguações preliminares* (art. 382.° a 387.°) apenas se aplica a estes crimes e não à própria desobediência.

2.2 Todas as incriminações descritas são imputáveis apenas a título doloso, (com o conteúdo do art. 14.° do CP, por força do disposto no art. 13.° do mesmo diploma. Repare-se, por outro lado, que nenhuma das penas cominadas ultrapassa os 3 anos de prisão e admitem sempre multa em alternativa, soluções que procuram estar em harmonia com o Código de Processo Penal, excluem a possibilidade de aplicação das medidas de coacção mais graves (como a prisão preventiva) e constituem um meio de viabilizar o recurso a qualquer forma de processo (comum ou especial, como o processo abreviado e sumaríssimo) que as autoridades judiciárias e os demais sujeitos processuais entendam adequada ao caso concreto.

Uma última palavra, ainda em sede de aspectos gerais desta reforma, para sublinhar o facto de as soluções penais contidas no CdVM de 1999 manterem a opção pela punição exclusiva de pessoas físicas, sem alargar esta modalidade de responsabilidade às pessoas colectivas. Não significa isto que tal solução não possa ser juridicamente acolhida neste sector de actividade. Trata-se, antes, de uma opção político-criminal, em sintonia com a Directiva comunitária sobre o *insider trading*,[16] orientada pelo objectivo de não criar zonas francas de responsabilidade para as pessoas singulares através da possibilidade de se responsabilizar criminalmente os entes colectivos. Esta preocupação é especialmente justificada numa altura em que a valoração judicial destas práticas ilícitas não atingiu ainda a sedimentação desejável em Portugal.[17]

(16) O art. 2.°, n. 2 da Directiva 89/592/CEE, de 13 de novembro, exige que quando o acesso a informação privilegiada ocorra através de uma pessoa colectiva ou equiparada, a proibição negociar com base nessa informação ou de a transmitir a outrem deve dirigir-se às pessoas físicas envolvidas no processo em causa.

(17) Um balanço sobre alguns destes aspectos, particularmente relacionados com a investigação e a tramitação judicial dos crimes contra o mercado de valores mobiliários,

2.3 Não raras vezes se afirma que os crimes contra o mercado de valores mobiliários, concretamente o abuso de informação e a manipulação de mercado, são crimes novos ou recentes. A ideia é, em minha opinião, falsa e expressa, por vezes, alguma dificuldade de compreensão da real danosidade da criminalidade económica e financeira para as economias sociais de mercado.

O crime de abuso de informação foi introduzido entre nós pelo Código das Sociedades Comerciais (CSC) de 1987, num regime bastante interessante que conjugava a criminalização de alguns comportamentos com soluções de natureza cível e de Direito societário (cfr. art. 524.°, hoje revogado, e arts. 449.° e 450.° do CSC). Os tipos incriminadores contidos no CSC foram revogados pelo Código do Mercado de Valores Mobiliários de 1991, mas foram mantidos em vigor (até hoje) os regime de destituição de titulares de órgãos societários que tenham praticado os ilícitos em causa (art. 450.° do CSC) e a possibilidade de realizar o extorno compulsivo dos benefícios económicos obtidos ilegitimamente com o uso da informação privilegiada (art. 449.° do CSC). Portanto, esta incriminação está em vigor entre nós no âmbito dos mercados de valores mobiliários há mais de uma década. Não se justifica, por isso, que a jurisprudência nacional a continue a tratar como uma especialidade ou uma inovação.

O crime de manipulação do mercado, por seu turno, constitui apenas uma modalidade dos crimes de manipulação de preços que, nomeadamente por influência do *Code Pénal* francês de 1810 (cfr. art. 419),[18] foram acolhidos em diversas ordens jurídicas europeias durante o século XIX. A incriminação constava, aliás, do art. 276.° do CP português de 1852/1886, com um objecto alargado que não se limitava ao preço de mercadorias, e abrangia expressamente o uso de algum meio fraudulento para "conseguir alterar os preços, que resultariam da natural e livre concorrência nas mercadorias, géneros, fundos ou quaesquer outras cousas que forem objecto de commercio", sendo punido com multa "conforme a sua renda" (do agente do crime), "de um a tres annos".[19] Ou seja, sem recuar

encontra-se no estudo, a vários títulos de grande interesse, de Pedro Verdelho e Paula Pedroso. "Crimes no mercado de valores mobiliários. As primeiras experiências", *Revista do Ministério Público* 75/115-137, 1998.

(18) Sobre esta tradição veja-se, por exemplo, Mireille Delmas-Marty. *Droit pénal des affaires. Partie spéciale: infractions*. 3. ed. Paris: PUF, 1990. tome 2, p. 188 *et seq.*

(19) Sobre este crime pronunciava-se criticamente F. da Silva Ferrão. *Theoria do direito penal applicada ao Codigo Penal portuguez,* Lisboa: Imprensa Nacional, 1857, vol. VII, anotação ao art. 276.°, p. 9 *et seq.*, em função, nomeadamente, das dificuldades probatórias do mesmo e das restrições ilegítimas que poderia implicar para o livre comércio e para as "estrategias commerciaes" a antecipação da punibilidade realizada pelo par. único do preceito. Em sentido diferente, afirmava Levy Maria Jordão. *Commentario ao Codigo Penal portuguez,* Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1854, tomo III, anotação ao art. 276.°, p. 92-93, que a incriminação (cuja origem remonta ao Direito romano, de acordo com os elementos que descreve) se justificava porque previa factos que consistiam "em alterar por estes modos os preços

mais longe,[20] o crime de manipulação do mercado remonta, entre nós, ao primeiro Código Penal (de 1852) que esteve em vigor até 1982.

Acontece, simplesmente, que a perigosidade das condutas manipuladoras quando incide sobre o mercado de valores mobiliários adquire um potencial de danosidade muito mais elevado do que a manipulação do preço de mercadorias, dadas as características de massificação negocial destes mercados e o facto de as cotações funcionarem como preços públicos de referência para outros actos de investimento (*v.g.* para os fundos de investimento) e diversos actos jurídico-negociais (avaliações, partilhas, contratos, penhores *etc.*).

Nova seria entre nós a criminalização da intermediação financeira não autorizada e a constituição ou gestão não autorizadas de mercado de valores mobiliários, ilícitos penais que a Lei de autorização legislativa permitia que o Governo criasse.[21] Essa não foi, no entanto, a opção do Executivo que tipificou tais factos como contra-ordenação muito grave (cfr. art. 397.°, n. 1 e art. 394.°, n. 1, *alíneas a)* e *b)*, respectivamente). Tanto quanto é do meu conhecimento, esta opção deveu-se, entre outras razões, à necessidade de permitir quanto a estes factos uma intervenção mais célere da autoridade de supervisão. O que, por seu turno, permitirá uma avaliação importante sobre a danosidade real destas práticas sem excluir através de um intervenção legislativa futura se volte a equacionar a modalidade de ilícito mais adequado para pôr termo a este tipo de factos.

3. O crime de abuso de informação

3.1 O crime de abuso *de informação* (art. 378.° do CdVM de 1999) prevê um conjunto de comportamentos que são em regra proibidos na generalidade dos mercados de valores mobiliários. O seu desvalor intrínseco não é, no entanto, imediatamente apreensível, pois as condutas em causa apelam a valorações específicas e regras de funcionamento do mercado que são normalmente estranhas à experiência comum e ao quotidiano judicial. Por outro lado, a sua danosidade real não é imediatamente visível, como acontece em geral com a criminalidade económica mais sofisticada. Aspecto que é acentuado pelo facto de se tratar de

que resultariam da natural e livre concurrencia, isto é da concurrencia que se exerce pelo trabalho e sem fraude, pois sendo resultado desta, a mesma liberdade de industria exige a sua repressão".

(20) Seguido a informação (coincidente com a de Levy Maria Jordão) de Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. "Problemática geral das infracções contra a economia nacional", em IDPEE (Org.), *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Coimbra: Coimbra Ed., 1998, vol. I, (p. 319-346) p. 324, já "no direito romano, a *Lex Julia de annona*, editada no tempo de César e cuja vigência se prolongou até Justiniano, punia severamente a alta dos preços e o ilícito em matéria de importação e comércio de cereais".

(21) Cfr. art. 3.°, n. 1, alíneas *d)* e *e)* da Lei 106/99, de 26 de julho.

práticas que surgem num "contexto lícito" (a negociação no mercado de valores mobiliários), ao contrário da generalidade dos crimes comuns que originam proveitos económicos e que se revelam *ab initio* num contexto "originariamente ilícito" (caso dos furtos, roubos, lenocínio, tráfico de estupefacientes etc.).[22]

A relevância penal do abuso de informação no mercado de valores mobiliários foi introduzida entre nós pelo Código das Sociedades Comerciais (CSC) de 1987 num regime bastante interessante que conjugava a criminalização de alguns comportamentos com soluções de natureza cível e de Direito societário (cfr. art. 524.°, hoje revogado, e arts. 449.° e 450.° do CSC). Os tipos incriminadores contidos no CSC foram revogados pelo Código do Mercado de Valores Mobiliários de 1991 (CdMVM), mas foram mantidos em vigor (até hoje) os regime de destituição de titulares de órgãos societários que tenham praticado os ilícitos em causa (art. 450.° do CSC) e a possibilidade de realizar o extorno compulsivo dos benefícios económicos obtidos ilegitimamente com o uso da informação privilegiada (art. 449.° do CSC).

O CdMVM de 1991 acolheu a generalidade das sugestões contidas na Directiva 89/592/CEE, de 13 de novembro,[23] e o crime passou a estar previsto no art. 666.° do diploma citado. A técnica usada pelo legislador de 1991 não foi particularmente feliz, pois limitou-se a transformar em normas jurídicas as regras da Directiva, que apenas continham indicações sobre a matéria, criando desse modo um conjunto de tipos penais estranhos à técnica jurídica nacional, com uma estrutura complexa e densa, mas ainda assim lacunar em alguns aspectos. A estas deficiências somou-se o facto de o legislador de 1991 ter recorrido de forma exagerada a elementos subjectivos especiais para delimitar os tipos incriminadores, transpondo para crimes que, na sua essência, são de natureza económica a técnica dos crimes contra o património (*v.g.* furtos, burlas e outras incriminações equivalentes). Esta assimilação é, em minha opinião, incorrecta, pois nos crimes de apropriação patrimonial são aceitáveis os elementos subjectivos especiais dirigidos à obtenção de proveitos económicos porque isso está em harmonia com o bem jurídico protegido por esses tipos incriminadores (a propriedade ou o património). Diversamente, nos crimes económicos os bens jurídicos tutelados não possuem esta natureza, surgindo antes como bens *supra* individuais que só reflexa e indirectamente protegem bens pessoais.

Se quisermos apresentar o núcleo essencial da incriminação de uma forma simples, podemos dizer que contempla situações em que alguém usa no mercado

(22) Sobre esta distinção, Massimo Donini. *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, p. 16-17.

(23) Sobre a Directiva 89/592/CEE, de 13 de novembro (*Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n. L 334/30, de 18.11.1989), como antecedente das reformas legislativas na matéria no âmbito da Comunidade Europeia, veja-se, entre outros, Fátima Gomes, *Insider trading*, APDMC, Valadares, p. 13 *et seq.*, e Luis Ruiz Rodriguez. *Proteccion penal del mercado de valores*, Valencia: Tirant, 1997. p. 258 *et seq.*

de valores mobiliários uma informação economicamente relevante a que teve acesso de uma forma especial, antes de a generalidade dos investidores a poder conhecer. Deste modo, quem utiliza informação privilegiada encontra-se numa situação de vantagem ilegítima perante os demais investidores com quem negoceia, podendo com mais segurança evitar prejuízos ou obter lucros. Numa das perspectivas possíveis, o que o detentor de informação privilegiada faz, na realidade, é antecipar-se ilegitimamente à generalidade do mercado que só mais tarde terá acesso à informação que aquele possui e usa.

O crime de abuso de informação traduz-se, genericamente, no acto de disposição de uma informação privilegiada por certas pessoas. Esse acto encontra-se tipicamente descrito por referência aos comportamentos proibidos pela incriminação: *transmitir* a informação, *negociar*, *aconselhar* alguém a negociar ou *ordenar a subscrição*, *venda* ou *troca* de activos com base numa informação privilegiada. O que significa que a simples posse da informação não constitui uma conduta criminosa, podendo apenas ter relevância por referência aos crimes comuns, nomeadamente de acesso ilegítimo a segredos (arts. 194.º a 197.º do CP).

3.2 O fundamento material da incriminação do abuso de informação é razoavelmente controvertido. Algumas correntes ultra-liberais manifestam-se inclusivamente contra a proibição de *insider trading* invocando alguns supostos benefícios económicos decorrentes da prática em causa, embora esqueçam normalmente os nefastos efeitos da mesma: o prejuízo causado à contraparte do *insider* que, com base em informação privilegiada, compra ou vende activos, os riscos para a eficiência dos mercados, para a confiança dos investidores e para a própria credibilidade dos mercados onde se generaliza o uso de informação privilegiada.[24]

Na sua origem histórica, no mercado norte-americano de valores mobiliários,[25] a prática começou por ser proibida por violar as regras de formação do negócio. Uma das partes (a detentora da vantagem informativa) deveria informar a outra à luz da doutrina dos *special facts* de que lhe estava a comprar ou vender activos com base numa informação privilegiada que possuía. Foi com base neste enquadramento que no caso *Strong vs Repide* (1909) uma transacção de acções foi anulada pelo *Supreme Court* a pedido do vendedor dos activos, a que não foi revelada pelo comprador a informação privilegiada sobre a decisão governamental que o levava a realizar a transação.

(24) Sobre este debate veja-se, entre outros, Donald Langevoort. *Insider Trading: Regulation, Enforcement, and Prevention,* Securities Law Series, n. 18, New York, CBC, 1986, § 1.02; Kenneth Lehn. "Gli aspetti economici *dell'insider trading*", in Carla Rabitti Bedogni (Org.), *Il Dovere di Riservatezza nel Mercato Finanziario, L' Insider Trading,* Milano: Giuffrè, 1992, (p. 3-26), p. 15 *et seq.*; Seminara. *Insider Trading e Diritto Penale,* Milano: Giuffrè, 1989. p. 29 *et seq.*

(25) Para uma leitura de pormenor da evolução histórica dos fundamentos da proibição de *insider trading* no Direito norte-americano, siga-se Langevoort. *Insider trading*, § 1.03, § 2.01 a 2.04, 3.01 e 3.02, e 6.01 a 6.06.

O alcance deste enquadramento era, no entanto, muito limitado e por isso a partir de 1942 a SEC afirmou a *discolse or abstain theory* de acordo com a qual as relações de confiança entre as partes fazem com que quem possua informação privilegiada só possa fazer uma de duas coisas: ou a divulga ao mercado ou se abstém de a utilizar. A aceitação desta perspectiva fez com que o núcleo essencial da proibição se deslocasse para a identificação das situações em que se podia afirmar a existência dessas relações de confiança, o que foi concretizado a partir da autonomização de sucessivos grupos de agentes que se encontravam sujeitos a este tipo de regra de conduta. É assim que nasce a tipologia de casos que foi acolhida na Directiva 89/592/CEE, de 13 de novembro, no art. 666.º do CdMVM de 1991 e no art. 378.º do CdVM de 1999: titulares dos órgãos de administração ou fiscalização de uma entidade, seus colaboradores permanente ou ocasionais, certos núcleos profissionais com especial acesso a informação privilegiada (colaboradores de autoridades de supervisão, jornalistas, auditores etc.) ou, residualmente, as pessoas que obtivessem a informação de um dos agentes antes mencionados.[26]

Cedo se reconheceu, no entanto, que este enquadramento teórico do abuso de informação apresentava lacunas consideráveis. A regra *disclose or abstain* continha na verdade uma falsa alternativa, pois na generalidade dos casos a informação relevante dizia respeito a entidades emitentes e, por isso, o possuidor dessa informação não a podia legitimamente divulgar. Por outro lado, a ideia não era facilmente aplicável às operações a prazo, pois nestas os negócios podem ser celebrados sem a titularidade de activos nesse momento o que impede que se afirme a existência de relações de confiança entre o possuidor da informação e um accionista. Acrescia, ainda, o facto de a jurisprudência norte-americana ter sido confrontada com inúmeros casos em que o possuidor da informação não estava ligado à entidade emitente (por exemplo, o funcionário de uma gráfica onde era impresso material confidencial), o que fazia com que não tivesse qualquer relação normal de confiança para com os accionistas da entidade emitente a quem a informação respeitava.

Reconhecidos estes limites a evolução recente da doutrina norte-americana apontou em dois sentidos distintos: um deles consistiu em manter a base da teoria dos deveres fiduciários alargando-a sucessivamente a relações de "quase confiança" (como as que existiriam por exemplo entre repórteres económicos e os seus leitores); o outro traduziu-se em abandonar a *disclose or abstain theory* e aceitar a chamada *misappropriation theory,* de acordo com a qual aquele que usa uma informação privilegiada cometeria um acto de ilegítima apropriação dessa informação em relação ao seu proprietário originário. Esta concepção, que foi acolhida há pouco tempo pelo *Supreme Court*, deslocou a perspectiva sobre o

(26) Sobre a influência destes aspectos na configuração do círculo de autores do crime em causa, veja-se Frederico da Costa Pinto. "O direito de informar e os crimes de mercado", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* 2/102 *et seq.*, 1998 (p. 95-108), p. 102 *et seq.*

lesado do crime de abuso de informação da contra-parte do negócio para o proprietário da informação relevante.[27]

3.3 Estas perspectivas são, em minha opinião, insuficientes para fundamentar materialmente a incriminação do abuso de informação num sistema como o nosso.

As doutrinas dos *special facts* e das relações fiduciárias apenas podem, entre nós, fornecer um enquadramento para o problema da análise jurídica do negócio e do seu processo de formação,[28] mas não um bom fundamento para legitimar a incriminação destas práticas. Além disso, trata-se de enquadramentos desenvolvidos para o mercado à vista não tendo qualquer campo relevante de aplicação num mercado de anónimos que funciona em circuito informático fechado. A própria ideia de identificar vítimas concretas do negócio não consente que daí se retire um fundamento para a intervenção criminal. Em muitos casos, estas perspectivas já têm tutela entre nós por outras vias que não a incriminação do abuso de informação, nomeadamente no campo da responsabilidade civil (veja-se, em especial, o art. 449.° do CSC), do Direito laboral, do Direito disciplinar ou mesmo através de outras incriminações, como seja o crime de burla (art. 217.° do CP), o crime de violação de segredo ou o crime de aproveitamento indevido de segredo (arts. 195.° e 196.° do CP).

Os casos que a *misappropriation theory* pretende resolver seriam, por seu turno, abarcados entre nós por estas normas incriminadoras – discutindo-se depois a modalidade de concurso com o crime de abuso de informação – ou por soluções alternativas de natureza não penal.[29] Por isso, a fundamentação da punição do abuso de informação na Europa continental tem de ser outra que se concentre nas condições materiais de merecimento e de necessidade penal relativamente a estas práticas.

(27) Cfr. *United States v. O'Hagan,* decisão do *Supreme Court* de 25.06.1997. O texto desta decisão encontra-se sumariado na Internet, em *www.nhdd.com*, e publicado na integra em *Giuriprudenza Commerziale,* 25.6, 1998. p. 703/II a 712/II, com uma anotação importante de Stefano Galli. "*Insider trading*: l'accoglimento da parte della Supreme Court federale statunitense della *misappropriation theory.* Alcune consequenti riflessioni sulla condota di 'trading' vietata, como definita del cosidetto 'Testo Unico Draghi'", *Giuriprudenza Commerziale,* 25.6, 1998. p. 712/II a 735/II.

(28) Sobre o tema veja-se, com grande interesse teórico e prático, Jorge Ferreira Sinde Monteiro. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações,* Coimbra: Almedina, 1989. p. 115-116, nota 276, p. 155, nota 417, p. 251, nota 242, e, em especial, p. 391, nota 164.

(29) Deve, na verdade, frisar-se que o facto de existirem normas penais específicas deste circuito económico não afasta a aplicabilidade dos crimes comuns (*v.g.* abuso de confiança, burla, infidelidade, falsificação etc). Sublinhando este aspecto, nomeadamente em relação ao crime de infidelidade, José António Veloso. "Churning: alguns apontamentos, com uma proposta legislativa", *Direito dos valores mobiliários,* Lisboa: Lex, 1996 (p. 349-453), p. 417 *et seq.*

3.4 A doutrina europeia que se tem pronunciado sobre o crime em causa, considera, em síntese, que a sua proibição visa tutelar aspectos muito diversos como seja *a igualdade entre os investidores*,[30] a *confiança* destes no mercado de valores mobiliários,[31] o seu próprio *património*,[32] como *pressupostos essenciais de um mercado eficiente*,[33] ou a *função negocial da informação e a justa distribuição do risco dos negócios*.[34] Existe mesmo quem sugira que estamos perante infracções pluri-ofensivas, isto é, que lesam uma diversidade de bens jurídicos

(30) O preâmbulo da Directiva 89/592/CEE invoca em diversas passagens o princípio da igualdade entre os investidores como uma condição da confiança e bom funcionamento do mercado, o que tem constituído um ponto de apoio para alguma doutrina. Na Alemanha, Lücker. *Der Straftatbestand des Missbrauchs von Insiderinformationen nach dem Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 1998. p. 13-29, considera que as proibições de uso abusivo de informação visam garantir protecção jurídica à igualdade de oportunidades, como pressuposto necessário do funcionamento do mercado de valores mobiliários.

(31) Entre nós, J. J. Vieira Peres. "O delito de *insider trading* e a obrigação de informação", in J. G. Xavier Basto; J. J. Vieira Peres; Carlos Osório de Castro e António Lobo Xavier. *Problemas societários e fiscais do mercado de valores mobiliários,* Lisboa: Fisco, 1992 (p. 79-99), p. 98. Também Fátima Gomes. *Insider trading*, p. 3-13, assenta a sua análise da incriminação no princípio da igualdade entre investidores em relação com o princípio da confiança no funcionamento dos mercados.

(32) Neste sentido, Stratenwerth. "Zum Straftatbestand des Mißbrauchs von Insiderinformationen", *Festschrift für Frank Vischer,* Zürich, 1983, (p. 667-676), p. 668-671, considera que o crime não lesa bens jurídicos públicos, nem os interesses das empresas, mas sim e apenas o património do investidor que negoceia com um *insider*. Crítico deste tese, com inteira razão, Otto. "Der Mißbrauch von Insider-Informationen als abstraktes Gefährdungsdelikt", *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann,* Köln: Carl Heymanns, 1994 (p. 447-462), p. 451-452.

(33) Em Itália, Seminara. *Insider Trading e Diritto Penale,* Milano: Giuffrè, 1989. p. 26-28, reconduz os diversos aspectos parcelares relativos ao fundamento das proibições de negociar com informação privilegiada ao reforço da eficiência dos mercados de valores mobiliários. Em França, Hubert de Vauplane e Jean-Pierre Bornet. *Droit des Marchés Financiere,* Paris: Litec, 1998. p. 854-860, relacionam o acesso igualitário à informação com a regularidade e eficiência do mercado, afirmando a dado passo que "la réalisation de délits d'initié conduit à une distortion de efficience dans la distribuition des richesse".

(34) Neste sentido, entre nós, o meu texto anterior: Frederico da Costa Pinto. "O direito de informar e os crimes de mercado", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* 2, (1998), (p. 96-109), p. 101-104 e 105-106. Em termos um pouco diferentes, mas nesta linha, também Harro Otto. *Der Mißbrauch von Insider-Informationen,* p. 450-452, relaciona as regras de assunção do risco com o princípio da igualdades entre os investidores. Por seu turno, Francesco Mucciarelli. *Speculazione Mobiliare e Diritto Penale,* Milano: Giuffrè, 1995. p. 8-9, associa a regularidade de funcionamento do mercado de valores mobiliários e a fixação de regras de risco do investimento.

tutelados pelo legislador.[35] Seja qual for a perspectiva de análise, certo é que as práticas de utilização abusiva de informação privilegiada se revelam nocivas para quem negoceia com um *insider* e minam a confiança dos investidores no funcionamento do mercado de valores mobiliários. A identificação do merecimento penal da conduta tem, no entanto, de se reportar a outras realidades que não estas, pois é sabido que nos crimes económicos quando um património é o objecto agredido isso não significa necessariamente que seja o objecto jurídico tutelado.[36]

Na verdade, perante os elementos descritos, é difícil identificar o bem jurídico tutelado pelo crime de abuso de informação com meros interesses individuais. Entender que a incriminação visa tutelar o património da contra-parte que negoceia com o *insider* constitui uma limitação considerável ao sentido axiológico da incriminação, pois ignora os efeitos lesivos dessa prática no próprio funcionamento do mercado de valores mobiliários. Por outro lado, seria uma explicação parcial, isto é, não abrangeria todas as condutas proibidas, já que funcionaria para a negociação com base em informação privilegiada, mas não para os actos de transmissão, aconselhamento ou emissão de ordens. Além do mais, o procedimento criminal não depende de queixa do ofendido, o que sugere a tutela de um bem jurídico *supra* individual.

O mesmo se diga da perspectiva que considera estarem em causa interesses da empresa que produz ou detém a informação privilegiada. Em rigor, os interesses da empresa enquanto eventual ofendido com o acto do *insider* já são protegidos por via das incriminações que visam tutelar os segredos patrimoniais ou industriais (arts. 195.º e 196.º do CP) sendo uma repetição inútil integrar esse objecto de tutela na incriminação do abuso de informação.

Em minha opinião, a incriminação visa tutelar alguns pressupostos de funcionamento de um sector da economia nacional, o mercado de valores mobiliários, que tem relevância constitucional à luz do art. 101.º da CRP e que é, por isso, merecedor de tutela penal. Concretamente, visa-se proteger a função pública da informação enquanto *justo critério de distribuição do risco do negócio* no mercado de valores mobiliários. Trata-se de um bem jurídico económico que é pressuposto essencial da organização e funcionamentos dos mercados de valores mobiliários. Está em causa, na verdade, a igualdade (meramente funcional) perante um bem económico (a informação) necessário para a tomada de decisões económicas racionais.[37] Quem usa negocialmente informação privilegiada *sub-*

(35) Assim, por exemplo, José Hurtado Pozo. "Der Mißbrauch von Insider-Informationen im schweizerischen Strafgesetzbuch", *Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann* (cit.), (p. 407-427), p. 413.

(36) Massimo Donini. *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, p.12.

(37) Sobre a relação entre a informação e o funcionamento dos mercado de valores mobiliários, veja-se Eugene Fama. "Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work", *Journal of Finance* 25/383 *et seq.* (1970) e, do mesmo Autor, "Efficient Capital Markets", *Journal of Finance* 46/1575 *et seq.* (1991). Em Portugal,

verte as condições de regular funcionamento do mercado e coloca-se em perigo os seus *níveis de eficiência*. A norma sanciona uma situação de *distorção da livre concorrência* por assimetria quanto à posse e uso de informações relevantes. O agente que comete o ilícito em causa antecipa-se aos demais intervenientes do mercado com base na informação que dispõe e, dessa forma, *não corre os mesmos riscos inerentes ao funcionamento do mercado* a que os demais investidores se sujeitam.[38] Deste modo as assimetrias informativas criadas com o uso de informação privilegiada *subvertem as condições de distribuição do risco negocial* da intervenção neste mercado.

3.5 Os tipos incriminadores do abuso de informação revelam agora, no texto de 1999, uma estrutura mais linear, descrevendo o círculos de agentes e as condutas proibidas. De uma forma sintética, os tipos previstos no art. 378.º do CdVM de 1999 exigem como elementos essenciais *as qualidades típicas dos agentes* (no n. 1 e 2 do art. 378.º), a prática de um dos *factos* descritos, *a relação entre a posse da informação e conduta proibida* (transmitir a informação, negociar, aconselhar ou dar ordens de subscrição, venda ou troca, com base nessa informação) e o *elemento subjectivo geral, o dolo,* nos termos dos arts. 13.º e 14.º do CP.

3.6 O acto de disposição da informação que é criminalmente relevante pode consistir na simples *transmissão* da informação a alguém fora do âmbito normal das funções do agente ou na prática de um *acto de carácter negocial* tipicamente descrito no art. 378.º do CdVM de 1999, como *negociar, aconselhar alguém a negociar*, ou *ordenar a subscrição, venda ou troca e activos* com base na informação privilegiada. Esta utilização negocial da informação (quer a negociação efectiva, quer o aconselhamento, quer a emissão das ordens) podem traduzir-se, por seu turno, na *compra,* na *venda* ou na *troca* de activos nos termos descritos no preceito. A inclusão da referência à troca de valores mobiliários constitui uma novidade do texto de 1999 que não tinha consagração no art. 666.º do CdMVM de 1991.

Qualquer um dos comportamentos descritos é proibido e criminalmente relevante por si só. Isto é, cada um dos factos realiza o tipo independentemente dos outros. Necessário é ainda, como critério geral de punição do abuso de informação, a relação entre a conduta proibida e a informação privilegiada ("com base

veja-se, entre outros, Maria João Vilar; Lino Matos; Vasco Soares. *A importância da informação no mercado e valores mobiliários,* Valadares: APDMC, 1996, e Carlos Osório de Castro. "A informação no direito do mercado de valores mobiliários", *Direito dos valores mobiliários,* Lisboa: Lex, 1997. p. 333 *et seq.* Depois, Eduardo Paz Ferreira. "Informação e mercado de valores mobiliários", *Revista da Banca* 50/5 *et seq.* (2000).

(38) Uma perspectiva de conjunto sobre os valores que podem fundamentar a criminalização do *insider trading* encontra-se em Amatucci / Di Amato. *Insider Trading,* Milano: Giuffrè, 1993. p. 20 *et seq.* Veja-se ainda Stratenwerth. *Zum Straftatbestand des Mißbrauchs von Insiderinformationen,* p. 668 *et seq.* e Otto. *Der Mißbrauch von Insider-Informationen*, p. 450 *et seq.*

nessa informação"), exigência que não se aplica no entanto ao acto de transmissão da informação, mas apenas aos demais comportamentos. A realização plúrima dos tipo através de várias acções nele descritas pode gerar casos de concurso efectivo ou de crimes e situações de concurso aparente ou de normas *intra-típicos* (isto é, dentro do próprio tipo legal do art. 378.º). Por exemplo, haverá concurso efectivo entre dois crimes se o detentor de uma informação privilegiada a transmitir ilicitamente a um terceiro e a usar também para negociar para si próprio. Haverá um concurso aparente se as ordens de venda dadas por um *insider* com base em informação privilegiada gerarem efectivamente negócio. Nestes casos prevalece o comportamento com maior amplitude e desvalor, de acordo com a regra da consumpção.

A diferença entre o n. 3 do art. 378.º (CdVM de 1999) e os n. 1 e 2 do mesmo preceito reside na delimitação do círculo de agentes: o número 3 é um crime comum, ou seja, qualquer pessoa o pode realizar, enquanto os n. 1 e 2 são crimes específicos próprios, delimitados em função de círculos de agentes que têm uma especial relação com as fontes de informação privilegiada.

3.7 Elemento essencial de todos os tipos incriminadores é o conceito de *informação privilegiada*, definido (nos termos da Directiva sobre a matéria) no n. 4 do art. 378.º do CdVM de 1999. Para efeitos do preenchimento do tipo a *informação* é o conhecimento de certos factos. A *informação* para ser *privilegiada* tem de observar certos requisitos para integrar o tipo de ilícito em causa. Em termos sintéticos, a informação só é idónea a integrar o tipo de crime quando possui cumulativamente *quatro características* enunciadas no n. 4 do art. 378.º: (a) não ter sido tornada pública (informação reservada); (b) ter "um carácter preciso"; (c) respeitar "a uma ou várias entidades emitentes de valores mobiliários ou a um ou mais valores mobiliários"; (d) ser *price-sensitive*, isto é, que "seria idónea, se lhe fosse dada publicidade, para influenciar de maneira sensível o seu preço no mercado". Em síntese, a informação privilegiada é aquela que tendo sido obtida por uma das formas descritas na norma é, além disso, "não pública" (ou reservada), "precisa", "específica" e "sensível".

a) A informação idónea ao preenchimento do tipo de ilícito *não pode ser sido tornada pública*. Tal significa que se trata de informação que quando é obtida e usada na negociação de valores mobiliários não é acessível à generalidade dos intervenientes no mercado.[39] Ou, por outras palavras, é informação reservada a um círculo restrito, naquele momento. O *insider trading* diz assim respeito, em parte, a informação que se destina a ser divulgada e a infracção traduz-se no seu *uso antecipado em relação à data da divulgação*.[40]

(39) Neste sentido, embora com notas críticas quanto à formulação desta exigência, Seminara. "Riflessioni in margine al disegno di legge en tema di "insider trading", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 2, 1990 (p. 545-572) p. 555.

(40) Nestes termos, Bartalena. "Insider trading", *Digesto delle Discipline Privatistische, Sezione Commerciale,* VIII, Torino: Utet, 1992. p. 410.

b) e *c)* A informação tem, por exigência legal, que ser *precisa* e *específica*. A primeira exigência repercute-se no conteúdo da informação e a segunda na sua relação com certas realidades (tem que ser informação que diga respeito a certas entidades e valores mobiliários, nos termos legalmente descritos). A lei não refere em que consiste este exigência de a informação ser precisa, embora pelo sentido da palavra e as referências de Direito Comparado seja possível afirmar que o mesmo se reporta *à descrição de uma realidade minimamente identificada*, sendo em termos de significado um conceito localizado entre o "rumor" (algo que por definição não é "preciso") e o juízo categórico de "certeza".

Este requisito, que na lei italiana corresponde à exigência de *contenuto determinato* é, pela doutrina italiana, entendido como uma forma de não fazer relevar no tipo de ilícito o uso de "simples rumores" ou "notícias de contornos vagos e genéricos".[41] Não se exige que a notícia ou informação seja *certa*. O que se exige é, por exemplo num caso sobre uma informação relevante quanto a uma decisão societária, se não uma decisão dos órgãos da sociedade, pelo menos algo de objectivo ou concreto.[42] Existe, pois uma primeira *delimitação negativa* a fazer em relação ao conceito de "informação precisa": deve excluir-se do conceito as referências vagas, rumores, notícias difusas e, por outro lado, não se deve chegar exigir que a informação corresponda a uma certeza. Não tem, pois, de ser informação completa e exaustiva, nem pode ser uma mera suspeita sobre um certo facto. O uso negocial de meras suspeitas faz parte da álea intrínseca de qualquer mercado especulativo e a sua utilização é perfeitamente legítima. Corresponde no fundo ao risco próprio do negócio assumido pelo investidor.

A exigência legal de a informação ser *precisa* significa, na minha opinião, que a informação deve ter em relação à realidade que descreve um mínimo de materialidade ou objectividade ou, noutros termos, *a consistência mínima para permitir a sua utilização por um investidor médio*.[43] Só neste caso se gera a assimetria informativa pressuposta pela norma.

d) Outra exigência formulada pelo n. 4 do art. 378.º diz respeito à idoneidade de uma certa informação reservada para influenciar de maneira sensível a cotação ou o preço desses valores no mercado, se fosse tornada pública. Em termos mais sintéticos, a informação reservada tem de possuir idoneidade para influenciar de maneira sensível a cotação. Na designação anglo-americana a informação tem de ser *price-sensitive*. Repare-se que não se trata de um resultado que integre o tipo de ilícito, mas apenas e só uma característica daquele comportamento proibido por referência à informação usada ou transmitida. Não é assim necessário provar em juízo que o uso daquela informação influenciou efectivamente o curso da

(41) Expressamente nestes termos, Amatucci / Di Amato. *Insider trading*, p. 117.

(42) Amatucci / Di Amato. *Insider trading*, p. 117.

(43) Em termos que julgo substancialmente idênticos, entende Vieira Peres. *O delito de* "insider trading", p. 87-88 que a informação "precisa" é aquela "referente a factos concretos".

negociação, mas sim e apenas que tinha idoneidade para o fazer caso tivesse sido revelada ao mercado.

Como se pode determinar se uma informação tem estas características? Julgo que se deve utilizar para este efeito o raciocínio específico do sistema penal para determinar se uma conduta é perigosa para um bem jurídico, concretamente através da realização de um juízo de prognose relativamente à idoneidade da informação reservada para alterar o curso da negociação dos activos a que diz respeito. Deve pois fazer-se um juízo de comparação entre o uso da informação reservada e os efeitos previsíveis da reacção do mercado à publicidade dada a tal informação. Se tal informação quando publicitada fosse, num juízo de previsibilidade reportado ao momento *ex ante* da operação,[44] susceptível de gerar apetência pela compra ou venda dos activos, tal informação revela idoneidade para influenciar a evolução da cotação. Se as alterações que poderia induzir forem sensíveis será informação privilegiada. Alguma doutrina reporta tal juízo especificamente às partes do negócio, perguntando se num juízo objectivo a informação seria susceptível de influenciar a contra-parte do *insider*, caso fosse conhecida.[45]

Deve frisar-se, ainda, que *qualquer quantificação* sobre o impacte do conhecimento da informação na evolução das cotações é, nesta matéria, incompatível com a letra e o sentido teleológico da infracção se, através dessa quantificação, se pretender condicionar a aplicação do tipo de crime. Incompatível com o sentido literal porque a alteração sugerida é qualitativa e não quantitativa: trata-se de prever uma modificação do fluxo negocial, com impacto sensível na formação das cotações, não condicionada a percentagens fixas.[46] Incompatível ainda com o fim da norma, pois esta pretende sancionar uma assimetria qualitativa quanto à posse e uso ilegítimo de informações reservadas, violadora do princípio da igualdade entre investidores. Violação essa, frise-se, que se traduz na lesão de um valor do sistema e não na medida dessa lesão. Finalmente, qualquer ensaio de quantificação seria sempre variável em função de condições específicas relacionadas com a natureza dos activos (se acções ou obrigações, por exemplo) e as quantidades em causa. Ora, num mercado especialmente sensível e reactivo à informação pode afirmar-se que o uso ilegítimo de informação privilegiada é por regra idóneo para produzir alterações sensíveis à evolução das cotações. O conceito deverá antes funcionar em termos negativos, de forma a excluir toda a in-

(44) E não um juízo *ex post*. Na doutrina italiana Bartalena. *Insider trading*, p. 408 recorre também a um juízo *ex ante*. No Direito suíço, em sentido coincidente, José Hurtado Pozo. *Der Mißbrauch von Insider-Informationen*, p. 418: "A apreciação do alcance que o facto provavelmente terá (...) deve efectuar-se em relação ao momento em que se explorou o conhecimento do facto confidencial (*ex tunc*)".

(45) Bartalena. *Insider trading*, p. 410.

(46) Em termos semelhantes, quanto ao Direito Suíço, Hurtado Pozo. *Der Mißbrauch von Insider-Informationen*, p. 418 que, reportando-se à lei vigente, afirma que "em vez de um critério quantitativo, estabeleceu-se um critério de valor".

formação que não possua significado e impacto económico apesar de ser confidencial (por exemplo, algumas informações sobre a vida privada de administradores de entidades cotadas).

Na concretização deste conceito de idoneidade da informação assume particular revelo a actividade da autoridade de supervisão que, pelos seus conhecimentos técnicos sobre o funcionamento dos mercados e sobre as circunstâncias de negociação dos activos, pode fornecer elementos decisivos para a subsunção típica dos comportamentos e posterior avaliação das autoridades judiciárias competentes.

3.8 Uma última palavra para caracterizar dogmaticamente a estrutura dos tipos incriminadores quanto à relação entre a conduta e o bem jurídico tutelado.

Os n. 1, 2 e 3 do art. 378. do CdVM de 1999 contêm, em minha opinião, três tipos de infracções diferentes: são *crimes de perigo abstracto* os tipos que prevêem como conduta típica a transmissão ilegítima da informação privilegiada; são *crimes de perigo abstracto-concreto* o aconselhamento e a emissão de ordens de compra, venda ou troca; diversamente, é um *crime material (de lesão)* o tipo de crime em que ocorre um acto de negociação que se traduza numa efectiva compra, venda ou troca. Neste último caso a formação do negócio constitui o resultado lesivo do bem jurídico tutelado.[47]

4. O crime de manipulação do mercado

4.1 Importa agora dedicar alguma atenção ao crime de *manipulação do mercado*, previsto no art. 379.º do CdVM de 1999. O preceito contém, na realidade, duas incriminações distintas: o crime de manipulação do mercado, previsto no n. 1, e um crime específico de omissão pura (violação do dever de impedir a manipulação), previsto no n. 3.

A estrutura típica da incriminação sofreu bastantes alterações formais em relação do texto anterior (art. 667.º do CdMVM de 1991), embora se mantenha como um crime de perigo abstracto-concreto. As normas que incriminavam a manipulação do mercado no CdMVM de 1991 apresentavam diversos defeitos de técnica legislativa, desde a utilização de expressões incorrectas para caracterizar certos elementos (como a expressão "tendo em vista alterar artificialmente....", que era uma forma equívoca de descrever a idoneidade objectiva da prática negocial para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado e que se confundia com um bizarro elemento subjectivo do tipo) até às dúvidas sobre a utilidade do n. 2 do preceito.

(47) Nos crimes de perigo abstracto o perigo é o motivo da incriminação, enquanto nos crimes de perigo abstracto-concreto o perigo é uma característica intrínseca da acção típica. Sobre a classificação das infracções de perigo, veja-se Rui Carlos Pereira. *O dolo de perigo*, Lisboa: Lex, 1995. p. 22 *et seq.*

O legislador de 1991 ao tipificar a manipulação do mercado seguiu a técnica dos crimes contra o património, mas não o deveria ter feito porque o bem jurídico que se visa proteger não tem essa natureza. As lesões no património de outrem decorrentes de práticas manipuladoras apenas são relevantes para efeitos de indemnização civil, cujo pedido pode ser deduzido junto do processo criminal (arts. 71.º e seguintes do CPP), e as vantagens patrimoniais efectivamente obtidas com as práticas ilícitas (nomeadamente, as mais valias obtidas a partir de condutas manipuladoras do mercado) podem ser declaradas perdidas a favor do Estado (arts. 109.º a 111.º do CP). Ou seja, o elemento subjectivo especial reportado à intenção de obter um benefício ou causar um prejuízo era, na verdade desnecessário, probatoriamente complexo e inadequado à natureza económica da incriminação. Por estas razões foi suprimido, não surgindo agora no texto de 1999.

4.2 O crime de manipulação do mercado (art. 379.º, n. 1) estrutura-se agora, no novo texto do CdVM de 1999, com base em três elementos essenciais: (a) as condutas proibidas; (b) a idoneidade dessas condutas para alterar o regular funcionamento do mercado; (c) os elementos subjectivos do tipo.

a) As condutas proibidas. O crime de manipulação do mercado propriamente dito (art. 379.º, n. 1) estrutura-se com base em dois grupos de condutas proibidas: aquilo que alguma doutrina italiana designa como "manipulação ruidosa" (divulgar informações falsas, incompletas, exageradas ou tendenciosas) e "manipulação silenciosa" (realizar operações de natureza fictícia ou executar outras práticas fraudulentas). A primeira modalidade de manipulação é realizada através da divulgação de informações falsas, incompletas, exageradas ou tendenciosas, um conjunto amplo de expressões (alargado, por influência parcial da lei italiana, relativamente ao art. 667.º, n. 1, do CdMVm de 1991) que abrange qualquer descrição de factos sem correspondência exacta com a realidade ou a sua apresentação de uma forma que seja susceptível de induzir os destinatários em erro. A lei não traça qualquer restrição quanto ao suporte informativo, nem quanto à proveniência das informações, o que significa que os conceitos legais podem ser preenchidos com informações prestadas por qualquer pessoa (emitentes, investidores etc.) e com notícias contidas em múltiplos suportes (em brochuras de emitentes, em relatórios, notícias de jornais etc.). A divulgação dessas informações pode ser feita por qualquer meio (artigos escritos, conferências de imprensa, suporte informático etc.). Neste sentido, o crime é de forma livre.

A doutrina exclui, no entanto, do âmbito do preceito a divulgação de elementos que não têm um conteúdo informativo, isto é, que não visam descrever uma realidade, como seja as previsões ou as críticas.[48] Esta limitação deve ser entendida nos seus exactos termos, isto é, quando se trate de verdadeiras previsões, credíveis e fundamentadas, e críticas com fundamento real. Caso contrário estaremos provavelmente no âmbito das notícias falsas ou enganosas.

(48) Assim, Mucciarelli. *Speculazione mobiliare*, p. 202.

A segunda modalidade de manipulação consiste na realização de "operações de natureza fictícia" ou "outras práticas fraudulentas". O alcance dos conceitos entende-se de forma mais precisa à luz da noção genérica de manipulação dada pela *SEC*: *In essense, manipulation is the intentional interference with the free forces of suply and demand.*[49] Assim, o crime de manipulação abrange as condutas que se traduzem em operações aparentemente regulares mas que, na realidade, são controladas pelos agentes de forma a violar o livre jogo da oferta e da procura. O que significa, por outro lado, que tais operações criam uma aparência de liquidez ou geram cotações que, por estarem artificialmente sustentadas, não correspondem à realidade. O tipo da manipulação é mais amplo que a norma italiana equivalente, pois está construído não sobre o conceito de "operações simuladas", como a lei italiana, mas sobre um conceito mais genérico, o de "operações de natureza fictícia" que abrange mais realidades para além das operações simuladas. O que significa que algumas práticas manipuladoras (*action based manipulation*) que a doutrina italiana considera de difícil ou impossível subsunção ao tipo da manipulação entre nós não deparam com esse obstáculo.[50]

Sob estes conceitos oculta-se uma grande diversidade de práticas negociais que, de forma mais ou menos intensa, criam esta aparência de liquidez ou geram cotações que não correspondem a um preço determinado de acordo com a livre oferta e a procura (a tipologia anglo americana é muito vasta: *wash sales, circular trading, matched orders, scalping, painting the tape, corners* etc.).[51]

b) A idoneidade das práticas ilícitas para alterar o regular funcionamento do mercado. As condutas descritas só adquirem relevância criminal para efeitos do art. 379.°, n. 1, do CdVM se, de acordo com a letra do preceito, forem "idóneas para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros".

Esta característica da conduta (a sua idoneidade lesiva) surge agora no art. 379.°, n. 1, do CdVM de 1999 como um requisito claro de idoneidade lesiva da conduta proibida. A expressão "sejam idóneas para" pretende reportar-se a um conceito ("idoneidade") com tradição jurídica na dogmática nacional, sendo simultaneamente expressivo para o intérprete e aplicador do Direito. Trata-se de um conceito técnico, juridicamente articulado com concretizações exemplificativas descritas no n. 2 do art. 379.°.

(49) Cfr. *Pagel, Inc.* versus *SEC*, 803 F. 2d 942 (8 th Cir. 1986), citado a partir do "working paper" de Thomas Sjoblom. *Primer: Investigating and proving a market manipulation Case*, set. 1994. p. 2.

(50) Sobre estes limites do art. 181 do *Testo Unico*, de 1998, veja-se Stefano Fabrizio e Gianfranco Trovatore. Anotação ao *articolo 181*, in Carla Rabatitti Bedogni (Org.), *Il testo unico della intermediazione finanziaria, commentario*, Milano: Giuffrè, 1998, (p. 999-1015), p. 1.009 *et seq.* (n. 8 do texto).

(51) Uma boa descrição à luz da teoria económica, encontra-se em Stefano Fabrizio e Gianfranco Trovatore. Anotação ao articolo 181, in Carla Rabatitti Bedogni (Org.), *Il testo unico della intermediazione finanziaria*, p. 1.000-1-003.

Este aspecto é fundamental para se entender o âmbito de aplicação do preceito relativamente aos mercados de valores mobiliários. A cláusula de concretização do conceito tem natureza exemplificativa, destinando-se a orientar o intérprete e o aplicador do Direito. Por outro lado, é agora inequívoco perante o n. 1 e o n. 3 do preceito que *a manipulação pode ter lugar em qualquer mercado* (primário, secundário, a contado ou a prazo) ou inclusivamente com interconexão de mercados (*v.g.* no mercado a contado e a prazo).

Não se exige na incriminação da manipulação do mercado qualquer alteração efectiva do regular funcionamento do mercado como condição de aplicação do tipo incriminador. Esta já era aliás a boa doutrina face ao tipo incriminador do art. 667.°, n. 1 que se estruturava como as incriminações de perigo, isto é, exigia-se a idoneidade da conduta (aferida em relação a um momento *ex ante)* para alterar o regular funcionamento do mercado, mas não se exigia a efectiva alteração do regular funcionamento do mercado como um resultado autónomo em relação à conduta. Um entendimento diferente, como aquele que foi sustentado pela *Relação de Lisboa*, contra aliás a boa interpretação do preceito expressamente proposta pelo Ministério Público, violava frontalmente a letra e a *ratio* da norma.[52]

Entendido nestes termos, o crime do 379.°, n. 1, do CdVM de 1999 deve ser qualificado (tal como o art. 667.°, n. 1, do CdMVM de 1991) como um crime de perigo abstracto-concreto: trata-se de uma incriminação que prevê condutas que, por serem intrinsecamente perigosas, colocam em risco o bem jurídico tutelado.

c) Elementos subjectivos. Suprimido o elemento subjectivo especial do tipo que constava do antigo art. 667.°, n. 1, o tipo subjectivo do crime de manipulação do mercado apenas exige o dolo do agente, nos termos dos arts. 13.° e 14.° do CP. O objecto do dolo afere-se em função da conduta manipuladora descrita no tipo e aplicável ao caso. As motivações do agente podem constituir um elemento adicional de prova, mas não condicionam a realização do tipo de crime.

(52) Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa, de 03.11.1999 (proferido no Proc. 3984, não publicado). O Tribunal considerou que "o elemento alteração das "condições de formação das respectivas cotações ou preços" é como bem se deduz do uso da conjunção a interligá-los cumulativo com o elemento da modificação artificial do regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários. Trata-se, pois, de um crime material ou de resultado...". Esqueceu no entanto o Tribunal que a expressão que estava a interpretar era apenas uma descrição exemplificativa ("designadamente através") do elemento anterior "tendo em vista alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários", razão pela qual não poderia ser considerado um resultado mas apenas uma característica exemplificativa desta expressão "tendo em vista...". É certo que a norma do art. 667.°, n. 1 do CdMVM de 1991 estava construída de uma forma bastante complexa, mas ainda assim não parece permitir, com todo o respeito, a interpretação realizada pela Relação de Lisboa.

4.3 O fundamento material da incriminação da manipulação do mercado torna-se agora mais evidente: as práticas ilícitas previstas no tipo de crime são lesivas dos pressupostos de regular funcionamento de um sector do sistema financeiro, o mercado de valores mobiliários, através do qual se prosseguem finalidades económicas do Estado, nomeadamente, através do encontro entre as poupanças das famílias e a necessidade de financiamento das empresas (cfr. art. 101.° da Constituição). Quem divulga informações falsas, incompletas, exageradas ou tendenciosas ou executa operações de natureza fictícia ou outras práticas fraudulentas, que sejam idóneas para alterar o regular funcionamento do mercado, está a controlar de forma ilegítima aspectos essenciais da sua estrutura e organização, gerando fluxos de liquidez artificial ou criando cotações que não têm correspondência na realidade. Desse modo, o manipulador controla dos riscos económicos dos seus investimentos (ou daqueles para quem actua), criando riscos ilícitos para os demais investidores.

Trata-se, tal como no crime de abuso de informação, de uma incriminação através da qual se procura tutelar um bem jurídico supra individual de natureza económica (o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários), sendo possível, dentro das soluções do sistema penal, articular essa tutela com as pretensões individuais de pessoas concretamente lesadas (através, por exemplo, do referido sistema de adesão: art. 71.° e seguintes do CPP).

4.4 O n. 3 do art. 379.° consagra um novo crime, inexistente como tipo autónomo no texto de 1991, de violação do dever de impedir práticas manipuladoras dentro de um intermediário financeiro. Trata-se de um crime específico, sendo as normas de conduta implícitas no tipo dirigidas aos titulares de órgãos de administração dos intermediários financeiros e responsáveis pela fiscalização ou direcção de áreas de actividade. As condutas que agora se contemplam neste tipo incriminador eram parcialmente abarcadas pelas formas de comparticipação em práticas manipuladoras no texto de 1991. Contudo, no âmbito de um intermediário financeiro as formas de concertação entre os diversos agentes (em especial, responsáveis por áreas funcionais e executores materiais) é por vezes dificilmente abarcável pelas modalidade de comparticipação e de "prova diabólica" quando se trata de conluio por omissão de controlo. Por isso, a incriminação deve ser vista como uma consequência penal da estatuição dos deveres de diligência organizativa interna (arts. 304.° e 305.°) e do dever geral de defesa do mercado (art. 311.°, todos do CdVM de 1999).

O tipo do art. 379.°, n. 3 encontra-se estruturado como uma infracção de perigo abstracto, sob a forma de uma omissão pura: basta a omissão dolosa (art. 13.° e 14.° do CP) do dever de pôr imediatamente termo a práticas manipuladoras que tenham lugar dentro do intermediário financeiro, nos termos do preceito, para a infracção estar consumada. A cláusula de subsidariedade expressa que consta da parte final do n. 3 do art. 379.° implica a não aplicabilidade do preceito se o envolvimento do agente em causa realizar um crime mais grave (por exemplo, uma situação de instigação, autoria mediata ou de co-autoria, nos termos do art. 26.° do CP, nos factos manipuladores descritos no n. 1 do art. 379.°).

4.5 A distinção entre o crime de manipulação do mercado (art. 379.°, n. 1) e a contra-ordenação por violação das regras de defesa do mercado (art. 311.° e 398.°, *alínea d)*) nem sempre é fácil de estabelecer. Pode inclusivamente acontecer que os factos sejam formalmente subsumíveis a ambas as infracções. Independentemente a hipótese de concurso efectivo entre ambas as infracções que também se pode verificar (art. 420.°), a distinção só pode ser encontrada no plano material. Em minha opinião, a *manipulação do mercado* traduz-se em comportamentos através dos quais se cria o risco de o agente controlar ilegítima e artificialmente as estruturas de funcionamento do mercado (por exemplo, o processo de formação de preços ou a liquidez de um valor mobiliário). Diversamente, na contra-ordenação por *violação das regras de defesa do mercado* os comportamento não afectam as estruturas de funcionamento do mercado, limitam-se a uma utilização abusiva ou errada (muitas vezes pontual) do mercado, usando-o abusivamente para um fim estranho à sua função (por exemplo, uma operação pontual de "lavagem de cupão" para efeitos fiscais poderá ter este enquadramento se não chegar a criar uma liquidez artificial demasiado expressiva que possa afectar a estrutura de funcionamento do mercado do activo em causa).

5. Os crimes contra o mercado como crimes económicos

5.1 Como resulta da análise feita, os crime de abuso de informação e de manipulação do mercado prevêem comportamentos que colocam em perigo ou que lesam as estruturas de funcionamento de um sector do sistema financeiro (o mercado de valores mobiliários).

Através do abuso de informação coloca-se em perigo ou lesa-se um pressuposto de funcionamento de um mercado eficiente: a função pública da informação, enquanto critério de distribuição do risco negocial. Quem intervém no mercado com informação privilegiada protege ilegitimamente a sua decisão de investimento (ou cria o risco de que outros o façam) com informação privilegiada. Por outro lado, quem manipula o mercado controla ilicitamente o próprio mecanismo de livre formação das cotações, neutralizando o risco do seu investimento (ou daqueles em benefício de quem actue) e pondo em risco o investimento dos demais investidores, podendo ainda viciar as decisões públicas ou privadas que usem como referência as cotações do mercado manipulado (decisões de investimento individuais ou relativamente a fundos que integrem activos manipulado, avaliações, penhores, partilhas etc.). A própria entidade emitente que vê os seus activos manipulados pode ver a sua imagem no mercado de valores mobiliários prejudicada com a manipulação, tal como pode ter algum interesse nesse facto para invocar um suposto interesse do mercado pelos seus activos.

Na exacta medida em que os crimes descritos lesam aspecto essenciais do funcionamento dum sector do sistema financeiro, estamos perante a agressões a uma vertente da economia nacional e, por essa razão, os crime de abuso de informação e de manipulação do mercado são crimes económicos e não crimes patri-

moniais.[53] Por isso mesmo, é correcta a natureza processual dos crimes: trata-se, em ambos os casos, de crime públicos.

5.2 Não se nega que possam existir outros valores reflexamente lesados, como seja o património daquele que negoceia com o *insider*, o património das pessoas que são induzidas em erro pela manipulação do mercado ou as próprias entidades emitentes. Contudo, estes interesses de natureza privada têm entre nós uma tutela específica, por via de diferentes figuras jurídicas.

Assim, os danos patrimoniais podem ser objecto de uma acção de responsabilidade civil, sendo possível deduzir o pedido na instância penal em causa (arts. 71.º e seguintes do CPP). As vantagens patrimoniais obtidas ilicitamente com o uso de informação privilegiada podem ser objecto de um extorno compulsivo, por via dos mecanismos previstos nos arts. 449.º e 450.º do CSC ou do regime penal de perda dos proveitos do crime (art. 111.º do CP). A relações de confiança entre o *insider* e a fonte de informação ou entre o manipulador e o intermediário financeiro para quem trabalha, podem ser tuteladas por via do Direito Laboral. A divulgação de segredos que merecem tutela legal é igualmente susceptível de justificar a aplicação dos crimes de "violação de segredo" e de "aproveitamento indevido de segredo", previstos nos arts. 195.º e 196.º do CP. Mas estas normas não estão numa relação de concurso aparente com os tipos do abuso de informação, pelo contrário geram situações de concurso efectivo pois o bem jurídico e o objecto da acção é diferente em ambos os casos. As normas que tutelam segredos (arts. 195.º e 196.º do CP) protegem bens jurídicos pessoais e patrimoniais, enquanto o abuso de informação protege um bem jurídico supra individual relacionado com o mercado de valores mobiliários (a função pública da informação como critério de justa distribuição do risco do negócio). De resto, muitas das condutas descritas podem igualmente ser valoradas à luz dos crimes comuns que tutelam o património das pessoas (como o crime de infidelidade (224.º), abuso de confiança (205.º), burla (217.º), todos do Código Penal) ou levar à aplicação autónoma do crime de falsificação de documentos (256.º do CP).

Perante este mapa legal e esta diversidade de soluções, torna-se ainda mais evidente a autonomia dos crimes contra o mercado de valores mobiliários e a sua natureza de crimes económicos.

6. O regime das averiguações preliminares

6.1 Relativamente inovador é o regime de averiguações preliminares previsto nos arts. 382.º a 387.º do CdVM de 1999. Não se trata de uma novidade completa, nem em termos de Direito comparado, nem no plano do Direito interno. Quanto ao primeiro aspecto, alguns ordenamentos jurídicos europeus têm acolhido soluções

(53) Sobre esta contraposição, entre crimes económicos e crimes patrimoniais, veja-se Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*, p. 336 *et seq.*

específicas nesta matéria como seja o regime do *acertamento preliminare* feito pela CONSOB em Itália que funciona, no plano jurídico, como uma intervenção verdadeiramente prejudicial em relação à possível intervenção do Ministério Público. Em Portugal, o art. 16.º, n. 2 alínea *b)*, do CdMVM de 1991 acolhia uma figura, de contornos dúbios e pouco claros, que designava como "inquéritos para averiguação" em diversas matérias de natureza criminal. A necessidade destes regimes deve ser compreendida à luz da evolução da investigação criminal e da necessária articulação entre autoridades administrativas com competências específicas em certas áreas e as autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal.

6.2 A dicotomia tradicional entre actividades de polícia administrativa (nomeadamente de prevenção criminal) e polícia de investigação (criminal) corresponde a um modelo de compreensão dos problemas que, em minha opinião, não se adequa integralmente a algumas situações actuais, em que entidades administrativas ou entidades policiais desenvolvem procedimentos que não correspondem a simples prevenção administrativa nem são verdadeiramente a investigação criminal que, na lógica do Código de Processo Penal, se fará dentro do inquérito.[54]

Os Estados modernos têm desconcentrado muitos poderes de regulação de áreas socio-económicas para entidades e organismos autónomos, aos quais se atribuem poderes públicos de natureza diversa (poderes administrativos, no sentido clássico e nuclear do termo, de supervisão técnica, de intervenção regulamentar ou de perseguição infraccional, no quadro do Direito de Mera Ordenação Social).[55] Ao mesmo tempo, mantém-se o modelo de investigação criminal, dominado nas suas diversas fases por autoridades judiciárias. Contudo, as matérias, os circuitos e os agentes envolvidos não são os mesmos, razão pela qual os problemas não podem ter exactamente as mesmas respostas pensadas para situações mais comuns daquilo que se pode designar como criminalidade tradicional.

Um sinal bastante claro destas novas exigências quanto a infracções de carácter económico foi dado pela Directiva 89/592/CEE, de 13 de novembro (relativa à coordenação das regulamentações respeitantes às operações de iniciados). No seu art. 8.º, a Directiva, reportando-se às autoridades do mercado (art. 8.º, n. 1), afirma que, para cumprir as missões que lhe estão confiadas quanto ao combate ao uso de informação privilegiada, "as autoridades competentes devem ser dota-

(54) Sobre este tema, Frederico da Costa Pinto. *Os crimes contra o mercado de valores mobiliários: averiguações preliminares e investigação criminal,* em curso de publicação.

(55) Para uma caracterização da actividade de supervisão e sua relação com a actividade sancionatória, consulte-se, José Nunes Pereira. *Regulação e supervisão,* passim, e Frederico da Costa Pinto. "A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* 7/89 *et seq.* (2000). Para uma visão de conjunto, Eduardo Paz Ferreira. *Direito da economia,* Lisboa: AAFDL, 2001. p. 432-453.

das da competência e dos poderes de controlo e averiguação necessários, se necessário em colaboração com outras autoridades" (n. 2 do citado art. 8.º). O preceito não se refere necessariamente à investigação criminal, já que a Directiva não obriga a que os diversos Estados criminalizem as práticas utilização abusiva de informação privilegiada (cfr. arts. 2.º a 6.º), apenas exige que os Estados proíbam essas práticas. Contudo, é evidente que quando um Estado opta por uma proibição de natureza criminal o regime de controlo e averiguação das autoridades dos mercados, previsto no art. 8.º, n. 2 da Directiva, tem de ser concretizado à luz da natureza da infracção em causa.

No caso da criminalidade económica e financeira, o desfasamento entre as respostas à criminalidade tradicional e os novos desafios colocados pelas novas formas de criminalidade é ainda mais notório. Entre os factos que podem ter relevância criminal e as autoridades judiciárias que dirigem funcionalmente a investigação encontram-se por vezes autoridades administrativas, com um conjunto de atribuições e competências legais que interferem, entre outros aspectos, com a forma como se conhecem esses factos e se recolhe prova sobre os mesmos, sem que tais entidades sejam, em regra, consideradas órgãos de polícia criminal. Do ponto de vista da investigação criminal este aspecto é fundamental. A autoridade judiciária (o MP) que dirige a fase de investigação por excelência do processo criminal (o inquérito) não tem em muitos casos contacto directo com as fontes da criminalidade económica. Mesmo os órgãos de polícia criminal que investigam os factos no terreno estão, perante algumas autoridades administrativas, colocados numa outra linha de intervenção, apesar de se assistir a alguma especialização das polícias nestas matérias nos últimos anos. Sem que isso implique qualquer juízo de valor sobre a intervenção das diversas entidades, não se pode deixar de reconhecer que vários sectores socio-económicos estão em primeira linha confiados por lei a autoridades administrativas que, por essa razão, possuem uma capacidade de intervenção no terreno, um conjunto de meios e uma experiência que os órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciárias em regra não têm.

A questão central que a partir destes dados se pode formular é a seguinte: de que forma se devem articular as autoridades administrativas, as autoridades judiciárias (em especial, o Ministério Público) e os órgãos de polícia criminal no que diz respeito ao conhecimento e investigação dos factos que, estando integrados nas atribuições e competências das autoridades administrativas, possuem relevância criminal?

Nesta matéria, o melhor caminho parece ser o da compreensão da razão de ser da intervenção de cada uma das entidades em causa à luz do regime legal vigente (incluindo o compromisso comunitário decorrente do art. 8.º, n. 2, da Directiva 89/592/CEE, de 13 de novembro) e procurar a eventual harmonização desses aspectos, na medida em que tal se revele necessário para cumprir as finalidades do sistema jurídico.

6.3 Foi exactamente isto que se procurou conseguir com a regulamentação das averiguações preliminares no novo CdVM. Na generalidade dos casos os processos por abuso de informação e manipulação de mercado têm origem na

própria CMVM, como decorrência do exercício dos seus poderes de supervisão e de acompanhamento dos mercados.[56] O envio destes factos para a autoridade judiciária competente apenas tem sentido na medida em que corresponda a uma notícia do crime que justifique a abertura de inquérito.[57] Para esse efeito os factos têm de ser tratados e compreendidos à luz de análises técnicas que atribuam desde o início consistência jurídico-económica aos factos que se irão subsumir aos tipos de crime. É de toda a conveniência para o bom funcionamento do sistema que essa análise preceda o envio dos factos para a autoridade judiciária competente. O próprio conceito de notícia do crime depende em larga medida deste tipo de valoração técnica, já que por si só os factos nesta área de actividade não sugerem de forma inequívoca uma possível ilicitude intrínseca.

Por isso mesmo, as averiguações preliminares surgem no CdVM como uma fase facultativa dos procedimentos de supervisão, destinada a aprofundar a factualidade e a leitura técnica dos elementos recolhidos sobre crimes contra o mercado de valores mobiliários (art. 383.º). Para esse efeito, a CMVM dispõe de diversas prerrogativas, descritas no art. 385.º que, quando correspondam a actos previstos no Código de Processo Penal, seguem o respectivo regime, nomeadamente quanto à intervenção de uma autoridade judiciária (art. 385.º, n. 2 e 5). O limite legal desta actividade é a obtenção de uma notícia do crime, caso em que os elementos recolhidos serão enviados à autoridade judiciária competente (art. 386º).

Não foi possível, entre nós, ir tão longe quanto o Direito italiano na matéria (cfr. arts. 185.º a 187.º do *Testo Unico* de 1998) criando uma fase verdadeiramente prejudicial em relação à posterior intervenção do Ministério Público, porque a isso se opunha o quadro axiológico Constitucional português, em especial as competências que nesta matéria a Lei Fundamental parece garantir ao MP. Mas procurou-se aprofundar ao máximo os poderes de supervisão da autoridade do mercado, em especial na concretização dos conceitos técnicos que constam dos tipos incriminadores e na possibilidade de actuação conjunta com órgãos de polícia criminal e outras autoridades.

6.4 Na sua versão inicial o campo de aplicação das averiguações preliminares era potencialmente mais vasto, pois previa-se a incriminação da intermediação

(56) Elementos estatísticos de grande interesse sobre as denúncias de crimes contra o mercado de valores mobiliários, a articulação entre a autoridade de supervisão e as autoridades judiciárias e outros aspectos processuais e substantivos, encontram-se no estudo de Pedro Verdelho e Paula Pedrosa. "Crimes no mercado de valores mobiliários. As primeiras experiências", *Revista do Ministério Público* 75/115-138, 1998.

(57) Em sentido coincidente, creio, António João Miranda e Pedro Verdelho, "A *Securities and Exchange Commission* e o processo de formação de quadros num ambiente de globalização", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* 5/191-204, (1999), quando, depois se frisarem a necessidade de cooperação entre diversas entidades, concluem (p. 204) que "a relação entre inquéritos e inspecções de rotina só alcança um nível considerado satisfatório quando possibilita, por troca de informação devidamente tratada, valor acrescentado a ambos os trabalhos".

financeira não autorizada e a gestão de mercados sem autorização (cfr. Lei de Autorização Legislativa 106/99, de 26 de julho, art. 3.°, n. 1, alíneas *d)* e *e)*). O Governo não usou parte desta autorização, tendo qualificado estes factos como meras contra-ordenações no texto do CdVM de 1999 (art. 394.°, n. 1, alíneas *a)* e *b)*).

Ainda assim existe um espaço relevante para o recurso a esta figura de averiguações preliminares, sempre que, nomeadamente, se justifique realizar uma recolha específica de elementos, autonomamente ou em conjunto com autoridades judiciárias ou órgãos de polícia criminal, bem como nos casos em que conceitos técnicos integrados nos tipos incriminadores exijam o recurso a elementos e o cruzamento de informação a recolher no terreno para aprofundar a factualidade relevante.

Importante é frisar que estes poderes são ainda uma forma específica de supervisão: trata-se de uma supervisão que funciona como *um filtro técnico especializado*.[58] As vantagens desta filtragem técnica são consideráveis. Ela permite, desde logo, que a investigação criminal posterior se concentre no essencial e evita que sejam remetidos para investigação criminal elementos sem viabilidade técnica no âmbito dos crimes de mercado. Nesse sentido, trata-se inclusivamente de uma solução conforme ao princípio da subsidiariedade da intervenção penal (art. 18.°, n. 2, da Constituição), que potencia a eficiência da actuação das instâncias de investigação criminal e obsta a que o cidadão seja desnecessariamente constituído arguido num processo criminal à partida votado ao insucesso por razões técnicas.

Anexo

DISPOSIÇÕES PENAIS DO CÓDIGO DOS VALORES MOBILIÁRIOS DE 1999

Artigo 378.°

Abuso de informação

1 – Quem disponha de informação privilegiada devido à sua qualidade de titular de um órgão de administração ou de fiscalização de um emitente ou de titular de uma participação no respectivo capital e a transmita a alguém fora do âmbito normal das suas funções ou, com base nessa informação, negoceie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2 – Na mesma pena incorre quem disponha de informação privilegiada em razão do trabalho ou serviço que preste, com carácter permanente ou ocasional, a

(58) Neste sentido, Mucciarelli. *Speculazione mobiliare*, p. 251-252 e Goméz Iniesta. *La utilización abusiva de información privilegiada*, p. 460-461.

essa ou outra entidade ou em virtude de profissão ou função pública que exerça, e a transmita a alguém fora do âmbito normal das suas funções ou, com base nessa informação, negoceie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem.

3 – Qualquer pessoa não abrangida pelos números anteriores que, tendo conhecimento de uma informação privilegiada cuja fonte seja alguma das pessoas referidas nos n. 1 e 2, a transmita a outrem, ou, com base nessa informação, negoceie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, é punida com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

4 – Entende-se por informação privilegiada toda a informação não tornada pública que, sendo precisa e dizendo respeito a qualquer emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros, seria idónea, se lhe fosse dada publicidade, para influenciar de maneira sensível o seu preço no mercado.

5 – O disposto neste artigo não se aplica quando as operações sejam efectuadas pelo Banco Central Europeu, por um Estado, pelo seu banco central ou por qualquer outro organismo designado pelo Estado, por razões de política monetária, cambial ou de gestão da divida pública.

6 – A tentativa de qualquer um dos ilícitos descritos é punível.

Artigo 379.º

Manipulação do mercado

1 – Quem divulgue informações falsas, incompletas, exageradas ou tendenciosas, realize operações de natureza fictícia ou execute outras práticas fraudulentas que sejam idóneas para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros é punido com prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2 – Consideram-se idóneos para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado, nomeadamente, os actos que sejam susceptíveis de modificar as condições de formação dos preços, as condições normais da oferta ou da procura de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros ou as condições normais de lançamento e de aceitação de uma oferta pública.

3 – Os titulares do órgão de administração e as pessoas responsáveis pela direcção ou pela fiscalização de áreas de actividade de um intermediário financeiro que, tendo conhecimento de factos descritos no n. 1, praticados por pessoas directamente sujeitas à sua direcção ou fiscalização e no exercício das suas funções, não lhes ponham imediatamente termo são punidos com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias, se pena mais grave não lhes couber por força de outra disposição legal.

4 – A tentativa de qualquer um dos ilícitos descritos é punível.

Artigo 380.º

Penas acessórias

Aos crimes previstos nos artigos antecedentes podem ser aplicadas, além das referidas no Código Penal, as seguintes penas acessórias:

a) interdição, por prazo não superior a 5 anos, do exercício pelo agente da profissão ou actividade que com o crime se relaciona, incluindo inibição do exercício de funções de administração, direcção, chefia ou fiscalização e, em geral, de representação de quaisquer intermediários financeiros, no âmbito de alguma ou de todas as actividade de intermediação em valores mobiliários ou em outros instrumentos financeiros;

b) publicação da sentença condenatória a expensas do arguido em locais idóneos para o cumprimento das finalidades de prevenção geral do sistema jurídico e da protecção do mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros;

SECÇÃO II
CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

Artigo 381.º

Desobediência

1 – Quem se recusar a acatar as ordens ou os mandados legítimos da CMVM, emanados no âmbito das suas funções de supervisão, ou criar, por qualquer forma, obstáculos à sua execução, incorre na pena prevista para o crime de desobediência qualificada.

2 – Na mesma pena incorre quem não cumprir, quem dificultar e quem defraudar a execução das sanções acessórias ou das medidas cautelares aplicadas em processo de contra-ordenação .

SECÇÃO III
DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS

Artigo 382.º

Aquisição da notícia do crime

1 – A notícia dos crimes contra o mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros adquire-se por conhecimento próprio da CMVM, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia.

2 – Qualquer autoridade judiciária, entidade policial ou funcionário que, no exercício das suas funções, tenha conhecimento de factos que possam vir a ser qualificados como crime contra o mercado de valores mobiliários ou de outros

instrumentos financeiros deve dar imediato conhecimento deles ao Conselho Directivo da CMVM.

Artigo 383.º

Averiguações preliminares

1 – Obtido o conhecimento de factos que possam vir a ser qualificados como crime contra o mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros, pode o Conselho Directivo da CMVM determinar a abertura de um processo de averiguações preliminares.

2 – As averiguações preliminares compreendem o conjunto de diligências necessárias para apurar a possível existência da notícia de um crime contra o mercado de valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros.

3 – As averiguações preliminares são desenvolvidas sem prejuízo dos poderes de supervisão da CMVM.

Artigo 384.º

Competência

O processo de averiguações é iniciado e dirigido pelo Conselho Directivo da CMVM, sem prejuízo das regras internas de distribuição de competências e das delegações genéricas de competência nos respectivos serviços.

Artigo 385.º

Prerrogativas da CMVM

1 – A CMVM pode, para efeito do disposto nos artigos anteriores, solicitar a quaisquer pessoas e entidades todos os esclarecimentos, informações, documentos, independentemente da natureza do seu suporte, objectos e elementos necessários para confirmar ou negar a suspeita de crime contra o mercado de valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros.

2 – A CMVM pode, para efeito do disposto nos artigos anteriores, proceder à apreensão e inspecção de quaisquer documentos, independentemente da natureza do seu suporte, valores, objectos relacionados com a possível prática de crimes contra o mercado de valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou proceder à selagem de objectos não apreendidos nas instalações das pessoas e entidades sujeitas à sua supervisão, na medida em que se revelem necessários à averiguação da possível existência da notícia de crime contra o mercado de valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros.

3 – A CMVM pode, para efeito do disposto nos números anteriores, requerer a colaboração de outras autoridades, entidades policiais e órgãos de polícia criminal.

4 – Em caso de urgência ou perigo pela demora, a CMVM pode, mesmo antes de iniciadas as averiguações preliminares, proceder aos actos necessários à aquisição e conservação da prova para os efeitos descritos na presente secção.

5 – Aos actos praticados ao abrigo do n. 2 deste artigo aplica se o regime previsto no Código de Processo Penal.

Artigo 386.º

Encerramento do processo de averiguações

Concluído o processo de averiguações preliminares e obtida a notícia de um crime, o Conselho Directivo da CMVM remete os elementos relevantes à autoridade judiciária competente.

Artigo 387.º

Dever de notificar

As decisões tomadas ao longo dos processos por crimes contra o mercado de valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros são notificadas ao Conselho Directivo da CMVM.

1.3

JURISDICCIÓN UNIVERSAL – LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*

JAN-MICHAEL SIMON

SUMARIO: 1. Introducción – 2. "Jurisdicción" en el Derecho Internacional Público: 2.1 Dimensión intraestatal; 2.2 Dimensión interestatal: 2.2.1 Operatividad del término; 2.2.2 Marco analítico; 2.2.3 Competencia estatal; 2.2.4 La carga de la prueba; 2.2.5 Ejercicio de la competencia; 2.2.6 Poder discrecional; 2.2.7 Elementos de juicio; 2.2.8 Intereses estatales; 2.2.9 Ética en las relaciones internacionales – 3. La jurisdicción "universal" en materia penal: 3.1 Nexos no "universales": 3.1.1 Principio de nacionalidad; 3.1.2 Principio de protección; 3.1.3 Principio de personalidad pasiva; 3.2 Principio de "universalidad": 3.2.1 Intereses idénticos de los Estados; 3.2.2 Interés único de los Estados; 3.2.3 *Ius cogens*; 3.3 "Derechos humanos" – 4. La universalidad del hombre como persona.

Resumen: El texto aborda el problema de la concurrencia de la jurisdicción penal entre Estados desde su raíz, es decir, desde el Derecho Internacional Público. Después de un análisis de los fundamentos jurídicos y éticos del problema, el autor concluye que únicamente los intereses estatales cuentan para la determinación de la jurisdicción estatal, y no consideraciones morales, ya sean intereses idénticos o únicos de los Estados, esto sin perjuicio del concepto preestatal de la universalidad del hombre como persona.

Palabras-clave: Jurisdicción internacional penal – Derecho Internacional Público – *Ius cogens* – Relaciones internacionales – Derechos humanos.

1. Introducción

La función del Derecho Internacional Público en lo que se refiere a la competencia penal de un Estado sobre hechos ilícitos internacionales contra

(*) Ponencia presentada en el "Encuentro Interdisciplinario sobre Jurisdicción Universal" celebrado del 1 al 05.10.2001 en las Ciudades de México (Universidad Iberoamericana) y de Guatemala (Universidad Rafael Landívar), organizado por la Fundación Rigoberta Menchú Tum con el patrocinio de la Fundación Konrad Adenauer (manuscrito revisado por el autor el 07.12.2001).

personas se plantea en diferentes sentidos. Desde una perspectiva "humana" importa la construcción del hombre como persona que efectivamente cumpla con las demandas de lo que llamaríamos "la sociedad mundial". Desde el prisma del Derecho se trata de establecer las reglas que rigen en el Derecho Internacional Público vigente en esta materia. En otras palabras, mientras que la primera perspectiva diferencia entre lo bueno y lo malo, la última se constituye en la diferencia entre lo legal y lo ilegal. Si bien vamos a referirnos también a la primera, la base que adoptamos para nuestra exposición es la segunda. Para ello comenzamos esta exposición diferenciando entre los dos términos semánticos que forman el título de esta contribución: a) jurisdicción, b) universal.

2. "Jurisdicción" en el Derecho Internacional Público

2.1 Dimensión intraestatal

El término "jurisdicción" ciertamente que deja espacios de interpretación.[1] En lo que se refiere al concepto de Estado, de acuerdo con lo expresado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1933, "(...) la jurisdicción es una de las formas más obvias del ejercicio del poder soberano".[2] A efecto de concretar esta explicación podemos citar el caso Cristina, del año 1938, en la House of Lords. En este caso, referente a un barco español que se encontraba en Cardiff/ Gran Bretaña requisado por el gobierno de España, el Lord McMillan señaló: "Es un atributo esencial de la soberanía de todos los Estados independientes y soberanos, el tener jurisdicción sobre todas las personas y cosas que se encuentren dentro de sus límites territoriales y sobre todos los casos, civiles y penales, que surjan dentro de estos límites".[3] Por tanto, en este sentido, la expresión "jurisdicción del Estado" no describe nada más que el ejercicio exclusivo del poder soberano de un Estado sobre su territorio.[4]

(1) Cfr. Keneth Randall (1988). "Universal jurisdiction under international law", *Texas Law Review*, vol. 66 [= 66 *Texas Law Review*], 785 (786).

(2) Caso Status Legal del Este de Groenlandia – *Permanent Court of International Justice* [= *P.C.I.J.*], Series A/B, n. 53 (1933), "Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)", Judgement, 05.04.1933, p. 48. Cfr. de forma general Daniel Oxman (1997). "Jurisdiction of States", en Rudolf Bernhardt. *Encyclopedia of Public International Law* [= *E.P.I.L.*]. Amsterdam et alii: Elsevier, vol. III, p. 55 *et seq.*

(3) House of Lords [= H.L.] (1938), "Compania Naviera Vascongado v. S.S. Cristina and all persons claiming an interest therein", Judgement, 12.03.1938, *I All England Law Reports 1938* [= (1938) *I All E.R.*], 719 (725).

(4) Sobre las confusiones terminológicas de los términos "soberanía" y "jurisdicción" en el Derecho Internacional Público cfr. Ian Brownlie (1998). *Principles of public international law*. 5. ed. Oxford: Clarendon, 105 *et seq.*

2.2 Dimensión interestatal

En lo referente a las relaciones entre Estados, las consecuencias de estos razonamientos son obvias: el Estado que extiende su poder hacia un territorio bajo el poder soberano de otro, potencialmente entra en conflicto con este último. De este modo, como lo ha expresado el Prof. Frederick Mann (1907-1991)[5] en una de las mejores exposiciones sobre el tema, el principio de territorialidad que fue citado en el caso "Cristina" expresa la idea de la universalidad y mutualidad-reciprocidad:[6] "Lo que un Estado pueda o no pueda hacer, cualquier otro Estado podrá o no podrá hacerlo, y la afirmación de que el Estado A tiene el poder de realizar un acto particular que afecte al Estado B, lleva consigo que el Estado B pueda realizar un acto similar y así afectar al Estado A".[7]

2.2.1 Operatividad del término

Pese a que con estos razonamientos hemos determinado la base de la "jurisdicción del Estado" y hemos señalado su potencial de conflictividad, tenemos que preguntarnos sobre la operatividad de este término en las relaciones entre los Estados. En primer lugar, hay que señalar que la "jurisdicción del Estado" se encuentra exclusivamente determinada por el Derecho Internacional Público. Esto fue señalado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1924[8] y principalmente en 1927 en el caso Lotus,[9] y es una consecuencia lógica del principio de

(5) Sobre el trabajo de Frederick Mann cfr. Christian Tomuschat (1992). "Frederick Alexander Mann als völkerrechtler", en Jost Pietzker et alii, *In memoriam Frederick Alexander Mann – Reden, gehalten am 08.02.1992 bei der Gedenkfeier der Rechts – und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*. Bonn: Bouvier, 30 *et seq.*

(6) Frederick Mann (1964). "The doctrine of jurisdiction in international law", *Recueil de Cours* [= *R.d.C.*] 111 (1964-I). Leyde: Sijthoff, 1 (30); idem (1973). *Studies in international law*. Oxford: Clarendon, 1973. p. 22. Para una revisión de sus razonamientos cfr. idem (1985). "The doctrine of jurisdiction revisited after twenty years", *R.d.C.* 186 (1984-III). The Hague et alii: Martinus Nijhoff, 1 *et seq.*; idem (1990). *Further studies in international law*. Oxford: Clarendon, 1 *et seq.* Últimamente sobre el tema de la jurisdicción de Estados cfr. François Rigaux (1999). "La competénce extraterritoriale des Etats (dix-neuvième commision)", *Annuaire de l'Institut de Droit International* (session de Berlin 1999: travaux préparatoires) 68-I, 371 *et seq.*

(7) Mann (1964), op. cit., nota 6, 30.

(8) Caso Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos, *P.C.I.J.* Series B, n. 4 (1924), "Nationality decrees issued in Tunis and Morocco on 8 November 1921", Advisory opinion, 07.02.1923, 6 (24).

(9) *P.C.I.J.* Series A, n. 10 (1927), "S.S. Lotus (France v. Turkey)", Judgement, 07.09.1927, 2 (19 *et seq.*).

la igualdad soberana de los Estados.[10] En este sentido la Corte en el caso Lotus opinó que "el Derecho Internacional Público regula las relaciones entre Estados independientes. (...) Por consiguiente, las normas jurídicas que obligan a los Estados se basan en la propia voluntad de éstos. No puede presumirse entonces restricciones en la independencia de los Estados. A falta de una regla permisiva en contra, la restricción que el Derecho Internacional [Público] impone a los Estados, en el sentido de que no pueden ejercer su poder de cualquier forma en el territorio de otro Estado, está por encima de todo".[11] Sin embargo, cabe aclarar que si bien el Derecho Internacional Público regula el ejercicio del poder estatal entre Estados, dicho complejo normativo está "lejos de crear una prohibición general [en el sentido] de que los Estados no puedan extender la aplicación de sus leyes y la [competencia] de sus tribunales a personas, propiedades y actos fuera de su territorio. [El Derecho Internacional Público,] a este respecto deja [más bien] un margen ancho de discrecionalidad, que sólo se ve limitado en ciertos casos por reglas prohibitivas", según lo ha manifestado la Corte en el caso Lotus.[12]

No obstante, estos razonamientos pueden llevar a confusión, razón por la cual conviene puntualizar que lo anteriormente dicho no trata el problema del ejercicio del poder soberano *ratione territorium*,[13] sino del poder estatal *ratione materiae*, que incluye el actuar fuera de los límites territoriales.[14] Es decir, como principio general, cada Estado es libre de regular las materias en el ejercicio de su

(10) Este principio fundamental fue consagrado después de la Segunda Guerra Mundial en el art. 2, párr. 1, Carta de las Naciones Unidas, y concretizado en 1970 por la Asamblea General (General Assembly) [= G.A.] de las Naciones Unidas (United Nations) [= U.N.] en su Resolución [= Res.] 2.625 (XXV) del 24 de octubre, "Declaración relativa a los principios de derecho internacional sobre las relaciones amistosas y de cooperación entre los Estados de conformidad a la Carta de las Naciones Unidas", reproducida en *Yearbook of the United Nations* 24 (1970). New York: United Nations, 789 *et seq*. Sobre este principio ampliamente cfr. Christian Tomuschat (2001). "International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century – General course on public international law", *R.d.C* 281 (1999). The Hague et alii: Martinus Nijhoff, 161 *et seq*., como también idem (1994). "Obligations arising for States without or against their will", *R.d.C.* 241 (1993-IV). Dordrecht et alii: Martinus Nijhoff, 194 (292 *et seq*.). En el área latinoamericana cfr. Heber Arbuet Vignali (1995). "Principio de la igualdad soberana de los Estados", en Eduardo Jiménez de Aréchaga. *Derecho internacional público*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, vol. II, 104 *et seq*.

(11) *P.C.I.J.* (1927), op. cit., nota 9, 18.

(12) Ibidem, 19 *et seq*.

(13) Cfr. en nuestro contexto ampliamente Marc Henzelin (2000). *Le principe de l'universalité en droit pénal international – Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*. Bâle et alii: Helbing & Lichtenhahn, 126 *et seq*.

(14) Alfred Verdross y Bruno Simma (1984). *Universelles völkerrecht – Theorie und praxis*. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 761 *et seq*.

poder legislativo y judicial del modo que considere más conveniente, inclusive aquéllas fuera de su territorio, mientras no sobrepase los límites del Derecho Internacional Público. Así, no solamente se repitió el principio que ya se había formulado en 1924, sino también se estableció una presunción a favor del libre ejercicio del poder legislativo y judicial de cada Estado en relación con los demás.

En consecuencia, se puede afirmar lo siguiente: el término "jurisdicción del Estado" opera para legitimar el ejercicio del poder estatal de un Estado frente a los demás en el marco del Derecho Internacional Público;[15] fundamentalmente, porque es este complejo normativo que bajo el principio de la igualdad soberana de los Estados regula el ejercicio del poder estatal entre ellos y, en consecuencia, también el que la delimita.[16] Y es en este marco operativo que el concepto de jurisdicción del Estado se refiere a actos de un Estado que no caen exclusivamente dentro de su poder.[17] Sobre esta base utilizaremos la "jurisdicción del Estado" como concepto normativo del Derecho Internacional Público que regula el derecho de un Estado para llevar a cabo cierto tipo de actos que puedan interferir en la soberanía de terceros.[18] Para fijar esta situación de conflictividad, aunque los términos generalmente son aplicados casi indistintamente,[19] utilizaremos el término "competencia" para referirnos a la potestad del Estado legitimada por el concepto de jurisdicción de actuar, en el marco de la definición dada anteriormente.[20]

2.2.2 Marco analítico

Para la determinación de la competencia tomamos como marco analítico el *restatement of the law third on foreign relations* del American Law Institute. Hemos querido recoger el *restatement* porque sus clasificaciones metodológicas, si bien provienen del ámbito angloamericano, y aunque preferimos usar el término "competencia" en lugar de "jurisdicción", tienen mejor capacidad explicativa para nuestros fines.[21] Según la clasificación del *restatement* se distingue entre tres

(15) Por cuestiones a las cuales nos vamos a referir más tarde, no usaremos el término "legitimar" como *e.g.* Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 195.

(16) Mann (1964), op. cit., nota 6, 30.

(17) Idem, ibidem, 9 y 14.

(18) Idem, ibidem, 9 *et seq.*

(19) *E.g.* Mann (1964), op. cit., nota 6, 15.

(20) En este sentido también el art. 1, let. a), del borrador de la Convención sobre la jurisdicción respecto a crímenes del Harvard Research in International Law (1935), "Jurisdiction with respect to crime", *American Journal of International Law* [=*A.J.I.L.*] 29, Supplement, 435 (439, 467 *et seq.*).

(21) En contra, pero refiriéndose a la competencia de hacer cumplir una decisión judicial o legislativa, Rigaux (1999), op. cit., nota 6, 531 (pero cfr. también el comentario de Yoram Dinstein, 577 *et seq.*). Escéptico sobre la operatividad de la distinción entre la primera y la segunda clasificación Mann (1985), op. cit., nota 6, 101. Sin embargo hay

tipos de competencia: a) la de prescribir una norma, b) la de dictar una sentencia y c) la de hacer cumplir una decisión judicial o legislativa.[22] La primera comporta la competencia de un Estado para aplicar su ley a personas y circunstancias particulares.[23] La segunda se define como la competencia de un Estado para someter personas a un proceso ante sus tribunales,[24] y la tercera como la competencia de un Estado a hacer obligatoria la sumisión a sus leyes, o a castigar el incumplimiento de sus leyes, ya sea a través de sus tribunales o de actos ejecutivos, administrativos, policiales, u otras acciones no judiciales.[25] No obstante, para nuestros fines, el estudio se debe centrar en el contexto de los dos primeros tipos, quedando fuera del análisis el tercero, que se refiere en lo esencial al ejercicio del poder ejecutivo.[26] De este modo no trataremos casos relacionados con el instituto de extradición que puedan violar el Derecho Internacional Público,[27] como por ejemplo el secuestro

que ser muy cauto en afirmar que las demás "reglas recurren en su conjunto ampliamente a lo que en general se acepta según otras fuentes importantes", como afirma Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 107, y esto especialmente en el área de Derecho Penal, ya que estas reglas fueron elaboradas en los años 80 del siglo pasado. Así, también hay que advertir que los tribunales estadounidenses, en cuanto se refieren a las reglas y las interpretan, solamente fijan la posición de los Estados Unidos en el Derecho Internacional Público, pero jamás se puede usar esta práctica para sentar "de modo circular" una regla de Derecho Internacional Público – cfr. Werner Meng (1989). "Regeln über die jrisdiktion der Staaten im amerikanischen restatement (third) of Foreign Relations Law", *Archiv des Völkerrechts* 27, 156 (159), criticando el decisionismo de las reglas y su no recepción de la práctica de otros Estados. Así, *e.g.*, el análisis sobre el carácter no consuetudinario de un aspecto crucial de las reglas sobre la competencia extraterritorial del Estado bajo el Derecho Internacional Público de David Massey (1997). "How the American Law Institute influences customary law – The reasonableness requirement of the restatement of foreign relations law", *Yale Journal of International Law* 22, 419 (428 *et seq.*).

(22) American Law Institute (1987). *Restatement of the Law Third – Foreign relations of the United States*. St. Paul: American Law Institute, vol. 1, § 401.

(23) Ibidem, §§ 401 (a), 402 *et seq.*

(24) Ibidem, §§ 401 (b), 421 *et seq.* Cfr. ampliamente el trabajo de uno de los dos principales *restaters*, Louis Henkin (1990). "International law: politics, values and functions – General course on public international law", *R.d.C* 216 (1989-IV), 9 (307 *et seq.*).

(25) Ibidem, §§ 401 (c), 431 *et seq.*

(26) Meng (1989), op. cit., nota 21, 163.

(27) Así expresamente en el caso Lotus: "La primera y principal restricción impuesta por el Derecho Internacional [Público] sobre un Estado es, al faltar la existencia de una regla permisiva contraria, que él no puede ejercer su poder de cualquier forma en el territorio de otro Estado" – *P.C.I.J.* (1927), op. cit., nota 9, 18. Cfr. también los razonamientos del Juez suizo Max Huber en el caso "Las Islas de Las Palmas (o Miangas)", reproducido en *A.J.I.L.* 22, 867 (876). Para una observación amplia sobre la práctica en el Derecho Internacional Público y el requisito del consentimiento cfr. Mann (1990), op. cit., nota 6, 339 *et seq.*

del burócrata nazi de la llamada "solución final a la cuestión judía", Adolf Eichmann, por agentes del Estado de Israel en Argentina en 1961.[28]

2.2.3 Competencia estatal

Como hemos anticipado, en el caso "Lotus" se fijó como criterio general de jurisdicción el principio de la libertad soberana, según el cual todo Estado puede regular a su discreción su legislación y la ejecución de ésta a través de sus tribunales. En las primeras décadas posteriores a la sentencia "Lotus" muchos autores la criticaron[29] por haber abandonado la doctrina sentada por Ulricus Huber (1636-1694). El jurista holandés había señalado a principios del siglo XVIII como "(...) regla general que la *lex loci* no prevalecerá, si a su aplicación le siguieran grandes problemas", refiriéndose expresamente a otros Estados soberanos.[30]

2.2.4 La carga de la prueba

Esta doctrina, que tuvo influencia sobre todo en los Estados del *Common Law*,[31] pero también en las principales áreas del *Civil Law*,[32] fue abandonada en el

(28) Para un análisis cfr. Helen Silving (1961), "In re Eichmann – A dilemma of law and morality", en *A.J.I.L.* 55, 307 *et seq.* Como otros ejemplos de esta práctica podemos citar el secuestro del líder terrorista de la OAS (Organisation Armée Secrète) en la guerra de Argelia, Antoine Argoud, por agentes del Estado de Francia en Alemania en 1963 –cfr. André Cocatre-Zilgien (1965). *L'affaire Argoud – Considération sur les arrestations internationalement irrégulières*. Paris: Pedone– y el del médico mexicano Humberto Alvarez-Machaín a iniciativa de la DEA en Guadalajara en 1990 – sobre este caso y la práctica de los Estados Unidos desde la doctrina "Ker-Frisbie" en el siglo XIX cfr. Argiro Kosmetatos (1999). "U.S. – Mexican extradition policy – Were the predictions right about Alvarez?", *Fordham International Law Journal* 22, 1.064 *et seq.* Ampliamente sobre estos casos Rigaux (1999), op. cit., nota 6, 551 *et seq.*, y en particular el comentario de uno de los dos principales *restaters*, Louis Henkin, en Rigaux (1999), 578 *et seq.*

(29) Principalmente por Hersch Lauterpacht (1952), en Lassa Oppenheim. *International law – A treatise*. London et alii: Longmans, Green & Co. (1.ª reimpresión de la 7. ed.), vol. I, 298 *et seq.* Otras referencias en Mann (1964), op. cit., nota 6, 35.

(30) Cfr. Ulricus Huber (1.707), "De conflictu legum diversarum in diversis imperiis", en idem. *Prælectionum juris civilis tomi tres*, Lipsae, 538 – reproducido y traducido al inglés en el anexo de la publicación de Ernest Lorenzen (1947). *Selected articles on the conflict of laws*. New Haven: Yale University Press. Para una breve exposición sobre las raíces de la doctrina de la llamada "jurisdicción internacional" más allá del trabajo de Ulricus Huber, cfr. Mann (1985), op. cit., nota 6, 27 *et seq.*

(31) Cfr. Harold Maier (2000). "The utilitarian role of a restatement of conflicts in a common law system – How much judicial deference is due to the restaters or 'who are these guys, anyway?'", *Indiana Law Journal* 75, 541 (545 *et seq.*).

(32) Cfr. Mann (1964), op. cit., nota 6, 28 *et seq.*

caso Lotus, cambiando, en caso de que el ejercicio del poder legislativo o judicial de un Estado pudiera afectar la soberanía de otro, la carga de la prueba de la supuesta violación de ésta sobre aquél que la alega.[33] De esta forma, la Corte Permanente de Justicia Internacional sentó un principio más procesal que sustantivo.[34] Así, habiendo empezado el fenómeno de la "globalización" con las revoluciones en el área del transporte en el siglo XIX,[35] esta solución ofrecida por la Corte fue mucho más actual que el viejo *test* de la territorialidad.[36]

2.2.5 Ejercicio de la competencia

Pese a estos esfuerzos jurisprudenciales, hasta la fecha no se ha logrado determinar en un tratado internacional los principios que deberían fijar la competencia de un Estado de forma general.[37] En consecuencia, las relaciones entre los Estados padecen de un gran potencial de conflictividad e inseguridad, especialmente

(33) En este sentido, pero no expresamente, Mann (1964), op. cit., nota 6, 35 *et seq.*

(34) Sin embargo, la mayoría de la doctrina angloamericana, bajo la influencia de la recepción de los pensamientos de Ulricus Huber a través de Joseph Story en el siglo XIX, mantiene que se había cambiado el contenido material de la regla estricta de territorialidad. De este modo se desarrolló la doctrina de los "efectos", según la cual un Estado puede ejercer su poder soberano sobre conductas llevadas a cabo fuera de su territorio que tengan efectos dentro de él – cfr. American Law Institute (1987), op. cit., nota 22, §§ 402 (1) (c), 403 (2) (a), 421 (2) (h-j), como también el comentario de uno de los dos *restaters*, Henkin (1990), op. cit., nota 24, 292, y de Massey, op. cit., nota 20, 419 (425 *et seq.*).

(35) Kevin H. O'Rourke y Jeffrey G. Williamson (2000). "When did globalization begin?", *National Bureau of Economic Research* [= *N.B.E.R.*], Working Paper Series, Working Paper n. 7.632, 28.

(36) No fue por pura casualidad que el caso Lotus implicaba una colisión que se produjo en alta mar entre dos barcos, uno francés y otro turco, a raíz de la cual se hundió el buque turco, pereciendo ocho de sus tripulantes. El barco francés prosiguió su ruta y llegó a Constantinopla. Allí las autoridades turcas enjuiciaron al capitán del buque francés por homicidio – cfr. *P.C.I.J.* (1927), op. cit., nota 9, *passim.*

(37) Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 195, con referencia especial al trabajo de la Comisión de Derecho Internacional. Sobre la búsqueda para la formulación de un principio general cfr. Mann (1985), op. cit., nota 6, 26 *et seq.* Cfr. también Brownlie (1998), op. cit., nota 4, 312 *et seq.* Sin embargo, para el ámbito latinoamericano cfr. el Tratado de Derecho Penal Internacional, suscrito en Montevideo el 23.01.1889, reproducido en *Harvard Research in International Law* (1935), op. cit., nota 20, 638 *et seq.*, y la Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), *Organización de los Estados Americanos* [= *O.E.A.*], Serie sobre Derecho y Tratados, n. 23 = 86 *League of Nations Treaty Series* [= *L.N.T.S.*], 111 *et seq.*, que fue aprobada en la Sexta Conferencia Internacional Panamericana, celebrada en La Habana en 1928 y que, aunque su materia principal es el Derecho Internacional Privado, contiene normas importantes sobre el Derecho Internacional Penal.

si pensamos –entre otros– en el área de la protección del derecho a la propiedad privada[38] y de leyes contra fideicomisos,[39] o más aún, en el Derecho de fusiones, donde ni siquiera está implicado un Estado, sino una Organización supranacional como es la Unión Europea;[40] o, todavía más allá del territorio firme de los siglos pasados, en casos que se refieren al espacio[41] y al llamado "cyber-espacio".[42]

2.2.6 Poder discrecional

A pesar de esta situación poco satisfactoria, la práctica demuestra que al extender el poder estatal fuera de sus límites territoriales, los Estados siempre se han esforzado en establecer alguna relación de estos con su territorio.[43] Esta realidad

(38) Como caso paradigmático podemos citar el "Helms-Burton Act" – cfr. Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 198 *et seq.*

(39) Para una buena reflexión sobre los años en que el tema empezó a tener una relevancia significativa cfr. Karl Meessen (1975). *Völkerrechtliche Grundsätze des Internationalen Kartellrechts*. Baden-Baden: Nomos, e idem (1984). "Antitrust jurisdiction under customary international law", *A.J.I.L.* 78, 783 *et seq.*

(40) Para una perspectiva sobre la fusión de las compañías angloamericanas Boeing y McDonnell Douglas bajo el Derecho de la Unión Europea cfr. André Fiebig (1998-1999). "The extraterritorial application of the european merger control regulation", *Columbia Journal of European Law* 5, 79 *et seq.*

(41) Sobre los esfuerzos en materia penal en el caso de la estación espacial internacional cfr. Stacy Ratner (1999). "Establishing the extraterrestrial-criminal jurisdiction and the international space station", *Boston College International and Comparative Law Review* 22, 323 *et seq.*

(42) Como caso ilustrativo podemos mencionar el ensayo de Catherine Heaven (2001). "A proposal for removing road blocks from the information superhighway by using an integrated international approach to Internet jurisdiction", *Minnesota Journal of Global Trade* 10, 373 (401), que invoca el concepto de "patrimonio común de la humanidad" para el acceso a Internet. Sobre los serios problemas de Jurisdicción en el "cyber-espacio" entre los Estados Unidos y Francia en el caso Licra et alii v. YAHOO! Inc. et alii cfr. Denis T. Rice (2001). "2001 – A cyberspace odyssey through U.S. and E.U. Internet jurisdiction over e-commerce", *PLI's Fifth Annual Internet Law Institute* (en fase de publicación). New York: Practising Law Institute. Para el área del *e-commerce* en general cfr. Tapio Puurunen (2000). "The legislative jurisdiction of States over transactions in international electronic commerce", *John Marshall Journal of Computer and Information Law* 18, 689 *et seq.* Sobre la "amenaza" a la "soberanía" del Estado territorial cfr. Henry Perritt (1998). "The Internet as a threat to sovereignty? Thoughts on the Internet's role in strengthening national and global governance", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 5, 423 *et seq.*, y más preciso, idem (1999-2000). "The Internet is changing the public international legal system", *Kentucky Law Journal* 88, 885 *et seq.*

(43) Christian Gloria (1999). "Das Staatsgebiet", *Ipsen, Knut, Völkerrecht – Ein Studienbuch.* München: Beck, 285. Para la práctica en Alemania cfr. Bundesverfassungsgericht (2001), "BVerfG, 2 BvR 1290/99 vom 12.12.2000" (no está prevista para su publicación en la

se ve reflejada en el voto de Sir Fitzmaurice en el caso Barcelona Traction, de 1970, en el cual el Juez de la Corte Internacional de Justicia manifestó: "Es cierto que, bajo las condiciones actuales, el Derecho Internacional [Público] no impone reglas duras (...) a Estados que delimitan el espacio de [su competencia,] (...) sino que deja a los Estados un margen ancho de discrecionalidad en la materia. No obstante, en aquellos casos que contienen un elemento extranjero, [esto] implica para los Estados una obligación de ejercer [su poder] con moderación y contención, proporcional a la extensión de la [competencia] asumida por sus tribunales, [para] evitar una invasión indebida de la [competencia] más apropiada, o más ejecutable de un otro Estado".[44]

2.2.7 Elementos de juicio

De conformidad con esta realidad y sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia,[45] se ha afirmado que el Derecho Internacional Público requiere un "vínculo auténtico",[46] "sustancial y de *bona fide*",[47] "legítimo"[48] o un "contacto significante"[49] entre el Estado y el hecho ocurrido fuera de sus límites territoriales, objeto de la extensión de su poder estatal.[50] Sin embargo, a

serie del Tribunal Constitucional), reproducido en *Europäische Grundrechtezeitschrift* 28, 76 (81) – también accesible vía <www.bverfg.de/entscheidungen/frames/2000/12/12> (último acceso: 07.12.2001), párr. 38, con referencias.

(44) *International Court of Justice* [= *I.C.J.*] *Reports* 1970, "Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)", Judgment, 05.02.1970, 3 (105).

(45) Cfr. *I.C.J. Reports* 1955, "Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), 2nd Phase", Judgment, 06.04.1955, 4 (23), como también los votos en *I.C.J. Reports* 1958, "Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)", Judgment, 28.11.1958, 55 (109, 135 *et seq.*, 145, 155), y el caso Barcelona Traction, donde la Corte, refiriéndose a la protección diplomática de corporaciones, observó: "Se ha sostenido que existe entre la corporación y el Estado en cuestión un vínculo auténtico parecido al conocido por otras ramas del Derecho Internacional Público" – *I.C.J. Reports* 1970, op. cit., nota 44, 42.

(46) Gloria (1999), op. cit., nota 43, 286.

(47) Brownlie (1998), op. cit., nota 4, 313.

(48) Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 196.

(49) Verdross y Simma (1984), op. cit., nota 14, 778, sin embargo con una traducción literal errónea de *genuine link* en la primera edición – idem (1976), 571. Más bien la interpretación correcta con base en los razonamientos de Mann (1964), op. cit., nota 6, 39, que, al parecer, los tomó del profesor alemán Georg Dahm (1904-1963) –cfr. la actual edición en Georg Dahm, Jost Delbrück y Rüdiger Wolfrum (1989). *Völkerrecht.* 2. ed. (die Grundlagen: die Völkerrechtssubjekte), Berlin/New York: de Gruyter, vol. I/1, 321–, se encuentra en Meessen (1975), 101 y Meessen (1984), 800.

(50) Cfr. Mann (1985), op. cit., nota 6, 26 *et seq.*, con referencia al voto de Sir Fitzmaurice, y Mann (1964), op. cit., nota 6, 49, refiriéndose al caso Nottebohm (*supra*, nota 45).

pesar de estos esfuerzos dirigidos a identificar la línea que delimite el ejercicio del poder discrecional en los términos mencionados, sería una sorpresa si ya se hubieran resuelto los problemas de su aplicación en la práctica, es decir, la de dictar una sentencia.[51] Así, el contenido material de las condiciones delimitadoras del margen de discrecionalidad continúa siendo el punto central de las controversias.[52]

Según los análisis del profesor Mann, el problema de la competencia, definido con propiedad, implica la búsqueda del Estado (o de los Estados) cuya relación (*contact*) con los hechos sea tal, que la asignación de la competencia se entienda como justa y razonable.[53] Lo relevante, por lo tanto, no es el carácter y alcance inherente a los actos del Estado a que se refiere la pretensión de extender su poder o lo que se atribuye a ellos por parte de sus autores, que son relevantes. Más bien lo que decide sobre la existencia de la competencia del Estado es la relación (*contact*) legal entre estos actos y el conjunto de los hechos.[54] Sobre la base de esta especificación del problema, se puede fijar el alcance del margen de discrecionalidad de los Estados en la siguiente regla: un Estado tiene competencia en un asunto, cuando su relación (*contact*) con un conjunto dado de hechos es tan estrecha, tan sustancial, tan directa e intensa, que su pretensión, respetando lo anterior, está en armonía con el Derecho Internacional Público, incluyendo la práctica de los Estados, y los principios de no intervención y de proporcionalidad.[55] La principal consecuencia de esta regla es que un interés meramente político, económico, o comercial no hace que éste, en sí mismo, constituya un vínculo auténtico con el Estado.[56]

2.2.8 Intereses estatales

Pese a este enfoque restrictivo, el diseño de la regla puede llevar a confusiones. Como ejemplo podemos tomar los razonamientos del Profesor Christian

(51) En este sentido European Committee on Crime Problems (1990). *Extraterritorial Criminal Jurisdiction*. Strasbourg: Council of Europe, 31.

(52) Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 197.

(53) Mann (1964), op. cit., nota 6, 44.

(54) Ibidem.

(55) Mann (1964), op. cit., nota 6, 49, y Brownlie (1998), op. cit., nota 4, 313. Sobre los últimos dos principios básicos del Derecho Internacional Público cfr. Donald Greig (1994). "Reciprocity, proportionality, and the Law of Treaties", *Virginia Journal of International Law* 34, 295 *et seq.*, como también, en cuanto a la responsabilidad del Estado bajo el Derecho Internacional Público, los comentarios al art. 49 del Código-borrador sobre la responsabilidad del Estado en el tercer informe del relator especial de la International Law Commission [= I.L.C.], reproducido en el documento "Third Report on State responsibility", en *U.N. Documents* [= *Doc.*] A/CN.4/507/Add.3, 18.07.2000, 11 *et seq.* Sobre el principio de no intervención cfr. Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 231 *et seq.*

(56) Cfr. Mann (1964), op. cit., nota 6, 49.

Tomuschat en el Curso General sobre Derecho Internacional Público de la Academia de Derecho Internacional de La Haya sobre el caso del Helms-Burton Act. El profesor cita este caso para demostrar que los Estados Unidos dan una interpretación extremamente extensiva a los factores mencionados en el *restatement* que restringen la competencia extraterritorial.[57] Estos factores señalados por el profesor son aquellos bajo los cuales los Estados Unidos no podrán ejercer su poder sobre una persona o actividad que tenga conexiones con otro Estado cuando el ejercicio de tal competencia no es razonable.[58] Para fundamentar su tesis de que estos factores son demasiado ambiguos[59] para "domesticar" la expansiva práctica angloamericana,[60] el profesor cita dos factores.[61] El primero consiste en que "(...) la existencia de expectativas justificadas debe ser protegida o puede ser violada", y el segundo se refiere a "(...) la importancia [del ejercicio del poder soberano en un caso dado] para el sistema internacional político, el de Derecho o el económico".[62]

Si bien es cierto que la interpretación del *test* sobre la competencia "razonable" y los factores que la conforman llevada a cabo por los tribunales estadounidenses ha sido expansiva, provocando así reacciones diplomáticas por parte de otros Estados,[63] los ejemplos dados por el profesor leídos bajo nuestro enfoque restrictivo pueden dotar de contornos legales más precisos a los factores mencionados que

(57) Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 197 *et seq.* Sobre las reacciones en la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre este tipo de actos extraterritoriales cfr. la Resolución adoptada contra los votos de Israel y de los Estados Unidos con la abstención de todos los Estados miembros de la Unión Europea, "Elimination of coercive economic measures as a means of political and economic compulsion", *U.N. Doc.* A/RES/53/10, 03.11.1998, parcialmente reproducido en Rigaux (1999), op. cit., nota 6, 572 *et seq.*

(58) American Law Institute (1987), op. cit., nota 22, § 403 (1). Se trata de la concreción del *test* sobre la competencia "razonable" (*reasonableness*) de que habla el *restatement*, al cual el European Committee on Crime Problems (1990), op. cit., nota 51, 31, identifica "como una variante del principio de 'oportunidad' o de 'conveniencia'"; sobre esta variante desde la perspectiva de uno de los dos principales *restaters* cfr. Henkin (1990), op. cit., nota 24, 293 *et seq.*, y crítico Massey (1997), op. cit., nota 20, *passim.*

(59) Para ser exacto, es todo el concepto el que es "ambiguo" – cfr. Rigaux (1999), op. cit., nota 6, 517 *et seq.*, 545.

(60) "(...) según la cual los Estados Unidos pueden ejercer su poder estatal sobre conductas realizadas fuera de su territorio siempre que tengan efectos dentro de él" – cfr. *supra*, nota 34.

(61) Tomados del American Law Institute (1987), op. cit., nota 22, § 403 (2) (d) y (e).

(62) Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 197.

(63) Cfr. Massey (1997), op. cit., nota 20, 428 *et seq.* –sin hablar de las reacciones en el caso del Helms-Burton Act, sobre todo de la Unión Europea– referencias en François Rigaux (1999a). "Le concept de territorialité – Un fantasme en quête de réalité", en Emile Yakpo y Tahar Boumedra. *Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui.* The Hague: Kluwer Law International, 211 (214), y Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 200.

los proporcionados en el juicio del profesor. En primer lugar, hay que señalar que la diferencia principal entre un *test* sobre la competencia "razonable" en la práctica estadounidense, y aquel de ponderar los hechos legalmente relevantes que aquí se propone, es que el primero requiere –entre otros– un equilibrio de los intereses políticos, económicos y comerciales del Estado y de los otros intereses involucrados, mientras que el último excluye tales consideraciones.[64] Por lo tanto, mientras que los ejemplos mencionados se refieren a "expectativas" o "importancias", en la regla que aquí se propone los factores lo son en el Derecho, es decir, jurídicos, y no políticos o económicos.[65] Se encuentran en los principios de Derecho Internacional Público anteriormente mencionados, en los Tratados bilaterales y multilaterales y en el Derecho consuetudinario. Y sobre la base de los trabajos del sociólogo y jurista Niklas Luhmann (1927-1998) podemos concluir que es sólo en este sistema, es decir, en el sistema del Derecho, que las expectativas pueden tener relevancia y importancia a fin de restringir legalmente el ejercicio del poder estatal fuera de los límites territoriales.[66]

En este contexto hay que advertir a los no iniciados en la teoría de sistemas de Luhmann que, si bien tomamos los trabajos de un sociólogo, sus razonamientos básicos, inclusive sobre el Derecho, no tienen como fundamento la "realidad" (social), sino parten de la lógica del constructivismo operativo.[67] Por lo tanto, la base de nuestros razonamientos no tiene nada que ver con "Sociología del Derecho"[68] o el mal llamado "Derecho

(64) Mann (1985), op. cit., nota 6, 28 *et seq.*

(65) "(...) que sólo llevan a una *solution miracle*, como lo ha manifestado el relator del Institut de Droit Internationale tras la primera revisión de los comentarios sobre la materia" – Rigaux (1999), op. cit., nota 6, 441.

(66) Niklas Luhmann (1987). *Rechtssoziologie*. 3. ed. Opladen: Westdeutscher Verlag; idem (1985). *A sociological theory of law*. London et alii: Routledge & Kegan Paul; como principalmente idem (1993). *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 124 *et seq.*, 407 *et seq.*, 571 *et seq.*

(67) Idem (1990). *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 510 *et seq.*, *passim*.

(68) A la cual Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 63, recurre en sus razonamientos sobre la llamada comunidad internacional: "En caso contrario, ¿cuál sería la explicación al título dado por el profesor 'Derecho Internacional como cianotipo de la vida social', sino la del Derecho Internacional Público como Derecho de la sociedad? Así, leemos los razonamientos del profesor alemán bajo este título como expresión de la necesidad de que el Derecho Internacional Público entre en diálogo interdisciplinario y así implementar un Proyecto a largo plazo para desarrollar el corolario sociológico del concepto 'comunidad internacional', que por cierto solo puede ser la 'sociedad mundial'" – cfr. Niklas Luhmann (1971). "Die Weltgesellschaft", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* [*A.R.S.P.*] 57, 1 *et seq.*, como la crítica de idem (1987), op. cit., nota 66, 338 *et seq.*; un análisis de los esfuerzos de Max Huber (1874-1960) y Georges Scelle (1878-1961) se encuentra en la tesis doctoral de Oliver Diggelmann (2000),

real",[69] y mucho menos con una lógica *fuzzy*,[70] sino con una lógica constructivista operativa.

Sobre esta base se puede afirmar que ninguno de los factores que influyen en el marco del diseño del Prof. Tomuschat que ilustra la práctica adoptada por los Estados Unidos tiene que ver con la función del concepto de jurisdicción contenido en la definición que se ha propuesto al principio de nuestra exposición. Sin embargo, hay que admitir que nuestra regla no resuelve definitivamente el problema de las competencias concurrentes entre los Estados porque no se fundamenta sobre una premisa de exclusividad. Es posible que los Estados ponderen los hechos legalmente relevantes de un caso concreto y, sin embargo, así y todo, puede resultar una competencia concurrente.[71] Nuestro enfoque, más bien, es un esfuerzo dirigido a poner de relieve el desafortunado estado actual del Derecho Internacional Público, donde la crítica del profesor sobre la "ambigüedad" de los "criterios de ponderación" en el *restatement* –sin que él tuviera otros distintos a los del Derecho Internacional Público[72]– nos sirve como caso ilustrativo para exhortar a la doctrina sobre su deber de encontrar una salida operativa a la imprecisión del término "jurisdicción del Estado".

Una salida para esta situación la hemos esbozado con nuestra definición y con la regla restrictiva sobre el ejercicio del poder discrecional que lleva tanto a un cierre operativo del concepto de jurisdicción en particular, como del sistema de Derecho en general,[73] donde los problemas del ejercicio extraterritorial del poder estatal se resuelven exclusivamente bajo el código binario legal/ilegal.[74] En consecuencia, todos los factores identificados como "políticos", es decir, que no

Anfänge der Völkerrechtssoziologie – Die Völkerrechtskonzeptionen von Max Huber und Georges Scelle im Vergleich. Zürich: Schulthess.

(69) Y en particular, tampoco con un "constructivismo interactivo" – cfr. Jutta Brunnee y Stephen Toope (2000). "International law and constructivism – Elements of an interactional theory of international law", *Columbia Journal of Transnational Law* 39, 19 *et seq*.

(70) Cfr. la teoría de opacidad de Bart Kosko (1993). *Fuzzy thinking – The new science of fuzzy logic*. New York: Hyperion, y su recepción por Lothar Philipps (1993). "Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzy Logic", en Fritjof Haft et alii, *Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70*. Geburtstag, Heidelberg: Müller, 265 *et seq*., como también por Carlo Paliero (2000). "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit", en Albin Eser et alii. *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*. München: Beck, 75 (90 *et seq*.).

(71) Este es el punto central del problema emprendido en los debates del Instituto de Derecho Internacional (principio III) – cfr. Rigaux (1999), op. cit., nota 6, 387, y los comentarios, *passim*.

(72) Cfr. Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 198 *et seq*.

(73) Cfr. Luhmann (1993), op. cit., nota 66, 38 *et seq*.

(74) Ibidem, 66 *et seq*., 165 *et seq*.

deciden un problema dado con el código legal/ilegal, sino a través del código poder/impotencia,[75] no resuelven el problema en el marco de nuestro concepto, y por lo tanto no pueden legitimar cierto tipo de actos de un Estado que bajo el Derecho Internacional Público implican la soberanía de otros. Pero esto no significa que no exista posibilidad de solución para el problema indicado de la competencia concurrente en un caso determinado. Por lo anteriormente dicho, obviamente no compartimos los razonamientos del movimiento académico que aparece a principios de los años 50 en plena guerra fría conocido como "escuela de New Haven".[76] Este movimiento, muy influyente, diseña el marco del Derecho Internacional Público sobre una filosofía –tanto universal como normativamente– deducible de la Justicia humana,[77] para legitimar a través de un "proceso de decisiones caracterizado tanto por *expectativas* [énfasis nuestro] de autoridad como por el control efectivo",[78] de los intereses de los Estados Unidos en el ámbito internacional.[79]

(75) Ibidem, 407 *et seq.*, como, en particular sobre el sistema político, Niklas Luhmann (2000). *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 18 *et seq*, 88 *et seq.*, –o "económicos", con el código pagar/no-pagar– idem (1988). *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 224 *et seq.*

(76) Cfr. fundamentalmente el trabajo de Myres McDougal (1954). "International law, power, and policy – A contemporary conception", *R.d.C.* 82 (1953-I), Leyde: Sijthoff, 137 *et seq*. Sobre este movimiento cfr. Carlos Espósito (1999). "Soberanía, derecho, política en la sociedad internacional – Ensayo sobre la autonomía relativa del derecho internacional", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico* 34, 1 (19 *et seq.*).

(77) Cfr. Harold Laswell, Myres McDougal y Michael Reisman (1981). "Theories about international law – Prologue to a configurative jurisprudence", en Myres McDougal y Michael Reisman. *International law and essays – A supplement to international law in contemporary perspective*. New York: Foundation Press, 43 *et seq.*; idem (1968). *Virginia Journal of International Law* 8, 188 *et seq.*

(78) Harold Laswell, Myres McDougal y Michael Reisman (1981a). *The world constitutive process of authoritative decision*, en Myres McDougal y Michael Reisman (*supra*, nota 77), 191 (192); idem (1969), en Richard Falk y Cyril Black. *The future of the international legal order*. Princeton: Princeton Press, vol. 1 (Trends and Patterns), 74 (75).

(79) Cf. Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 54, en base del trabajo de Sandra Voos (2000). *Die Schule von New Haven – Darstellung und Kritik einer Amerikanischen Völkerrechtslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, opina sobre los razonamientos de los autores citados *supra*, notas 77 y 78: "Siempre que reglas del Derecho Internacional Público fueron destituidas por cualquiera de los tres autores en nombre de un valor superior, era, bastante milagrosamente, la posición de los Estados Unidos la que prevalecía". En este contexto cabe señalar que el planteamiento de la Escuela de New Haven tiene sus raíces en la guerra fría y es compartido –entre otros– por "guerreros fríos" como Henry Kissinger – cfr. Norman Paech y Gerhard Stuby (2001). *Völkerrecht und Machtpolitik in den Internationalen Beziehungen – Ein Studienbuch*. Hamburg: VSA-Verlag, 318 *et seq.*

Diversamente de este enfoque, lo que proponemos es legitimar la pretensión de un Estado de extender su poder estatal fuera de sus límites territoriales en un caso determinado, basándonos en la función básica del Derecho Internacional Público, es decir, estabilizar contra-fácticamente expectativas normativas sobre la base de la mutualidad-reciprocidad[80] a través de los procedimientos establecidos en el Derecho para llegar a una decisión sobre la diferencia legal/ilegal.[81] Esto, al contrario de lo que hace la esotérica legalista del movimiento "New Haven", no tiene nada que ver con "expectativas de autoridad", sino, a falta del sometimiento a un tercero que tiene la competencia de decidir sobre un problema determinado, con el principal factor en la comunicación legal entre los Estados,[82] el principio de la mutualidad-reciprocidad. Al contrario de lo que normalmente se atribuye al término "relaciones internacionales",[83] este enfoque no supone una mera distinción académico-metodológica,[84] sino una diferencia operativa que distingue entre la comunicación legal (y sus criterios de decisión)[85] y el de tomar la diferencia de poder/impotencia como fundamento de su comunicación.[86] Esto tiene como

(80) En este sentido la descripción de Knut Ipsen (1999). *Die Funktion des Völkerrechts*, en idem (*supra*, nota 43), 45, sobre la función de la expectativa de mutualidad-reciprocidad bajo el título "Política y efectividad del derecho internacional público", lo que puede llevar a confusiones.

(81) Sobre la legitimación a través de procedimiento(s) que por cuestiones de espacio no podemos desarrollar aquí cfr. Niklas Luhmann (1997). *Legitimation durch Verfahren*. 4. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 9 *et seq.*, *passim*. En este contexto hay que diferenciar entre legitimación a través de procedimiento(s) y de "valores" como término correlativo al término de "democracia" en el sistema político – Luhmann (2000), op. cit., nota 75, 358 *et seq.*

(82) Sobre la facultad de comunicación colectiva de los Estados cfr. idem (2000), 226 *et seq.*

(83) Cfr. de forma general Daniel Frei (1995). "International Relations", *E.P.I.L.*, vol. II, 1.359 *et seq.*

(84) Cfr. Steven Ratner y Anne-Marie Slaughter (1999). "Appraising the methods of international law – A prospectus for readers", *A.J.I.L.* 93, 291 (298 *et seq.*). Pero hay otras, como en el caso de Michael Byers (1999). *Custom, power and the power of rules*. Cambridge: Cambridge University Press, y especialmente de Friedrich Kratochwil (2000). "How do norms matter?", en Michael Byers. *The role of law in international politics*. Oxford: Oxford University Press, 35 *et seq.*, como también en la antología bajo la dirección de Gerry Simpson (2001). *The nature of international law*. Aldershot: Ashgate.

(85) Cfr. el listado de cuatro criterios en Rigaux (1999), op. cit., nota 6, 440 *et seq.* y los comentarios, *passim*.

(86) Obviamente, no compartimos los razonamientos de Bruno Simma y Andreas Paulus (1999). "The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts – A positivist view", *A.J.I.L.* 93, 302 (305 *et seq.*), que critican "la teoría" de las relaciones internacionales por aunar (confundir) el análisis de normas con el estudio de la política. Por el contrario, tanto el enfoque de los autores citados *supra*, nota 84, como el nuestro examinan expectativas normativas tanto en el proceso político como

consecuencia que un problema concreto de jurisdicción entre dos Estados será siempre relevante para el código legal/ilegal, mientras que la comunicación para su solución se basa en la mutualidad-reciprocidad.[87] En consecuencia, solamente sobre el resultado de este proceso se pueden fundar expectativas relevantes en nuestro concepto de jurisdicción, pero no pueden ser basadas, de modo circular, sobre la comunicación política unilateral de un Estado en un caso particular,[88] aunque éste esté declarándola como comunicación legal.[89]

2.2.9 Ética en las relaciones internacionales

Si bien no podemos avanzar más en este terreno por cuestiones de espacio, tenemos que señalar que solamente desde este enfoque se pueden abarcar problemas más allá de nuestro interés específico –en particular, el problema de la ética en las relaciones internacionales–, dejando de lado los problemas que van más allá de nuestra área de interés sobre los diferentes conceptos de legitimación.[90]

en el de Derecho (de la sociedad), y sólo con este enfoque se puede examinar a ambos como procesos (de comunicación) relativo-relacionales y relacional-relativos en los medios "poder" y "Derecho" en la diferencia poder/impotencia y legal/ilegal.

(87) Cfr. exactamente en este sentido Rigaux (1999), op. cit., nota 6, 441. Por eso el principio de la llamada cortesía internacional no es un principio "infra-jurídico" mientras se base en la mutualidad-reciprocidad – así Hersch Lauterpacht (1947). "Allegiance, diplomatic protection, and criminal jurisdiction over aliens", *Cambridge Law Journal* 9, 330 (331); en contra: Henzelin (2000), op. cit., nota 13, 232 *et seq.*

(88) Ampliamente sobre un "principio de universalidad unilateral", Henzelin (2000), op. cit., nota 13, 63 *et seq.*, 123 *et seq.*

(89) Ibidem, 231 *et seq.*, 235. Así Rigaux (1999a), op. cit., nota 63, 221, afirma para el caso de la aplicación de la regla *male captus bene detentus* en el caso del médico mexicano Humberto Alvarez-Machaín (*supra*, nota 30): "En verdad, el aforismo *male captus* no es nada más que el triunfo del poder sobre el derecho". En este sentido, muy revelador, con un concepto weberiano y elitista de Pareto, Michael Reisman (2000). "Unilateral action and the world constitutive process – The special problem of humanitarian intervention", *European Journal of International Law* [= *E.J.I.L.*] 11, 3 (7), *passim.* Otra consecuencia de nuestro enfoque, que, admitimos, sería "revolucionaria" para el Derecho Internacional Público, es que se acabaría con la inconsistencia de crear a la larga normas de Derecho consuetudinario a través de actos unilaterales – cfr. el ejemplo de la Declaración de Truman en Byers (1999), op. cit., nota 84, 91 *et seq.* Para ilustrar esta inconsistencia citamos a Pierre-Marie Dupuy (2000). "The place and role of unilateralism in contemporary international law", *E.J.I.L.* 11, 19 (20), que subraya: "Su naturaleza formal-legal no se puede poner en duda".

(90) Los trabajos más interesantes sobre la función amplia del término, aunque no compartimos su base argumental (cfr. la referencia *supra*, en la nota 81), se encuentran en Thomas Franck (1988). "Legitimacy in the international system", *A.J.I.L.* 82, 705 *et seq.*, como idem (1990). *The power of legitimacy among nations*, New York et alii: Oxford University Press.

De lo anterior resulta que no compartimos los razonamientos sobre "(...) ciertos principios universales y bien reconocidos, a saber: consideraciones elementales de la humanidad"[91] y "(...) principios reconocidos por las naciones civilizadas que obligan a todos los Estados"[92] como marco de decisión en el Derecho Internacional Público – es decir, la idea derivada de estos razonamientos de la Corte de Justicia Internacional que diferencia entre lo bueno y lo malo para decidir una situación determinada en el Derecho. Y esto es así porque en nuestro concepto, la moral no se presenta como código de decisión dentro del sistema del Derecho moderno, y en particular en el Derecho Internacional Público,[93] aunque hay que admitir que en el Derecho cristalizan expectativas sobre lo bueno y lo malo. Es exactamente en este punto donde compartimos los razonamientos del positivismo "moderno".[94] Y puesto que en el positivismo "positivo" del profesor Tomuschat[95] se afirma que la propia Carta de las Naciones Unidas es, como *ius positum* –en el cual estos "valores" han cristalizado–,[96] el fundamento de cualquier construcción de expectativas normativas en el Derecho Internacional Público, también ratificamos este positivismo.

Por lo tanto, no existe ninguna necesidad de basarse en la diferencia entre lo bueno y lo malo para decidir problemas en el Derecho. De consiguiente, lo que no compartimos son los razonamientos del positivismo "positivo" que bajo la influencia del auto-llamado movimiento académico "nuevo proceso legal interna-

(91) *I.C.J. Reports* 1949, "Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)", Merits, Judgment, 09.04.1949, 4 (22); *I.C.J. Reports* 1986, "Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)", Merits, Judgment 27.06.1986, 14 (114).

(92) *I.C.J. Reports* 1951, "Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", Advisory Opinion, 28.05.1951, 15 (23). Otras referencias a la jurisprudencia de la Corte de tono moral se encuentran en Jan Klabbers (1999). "The scope of international law: erga omnes obligations and the turn to morality", en Matti Tupamäki, *Liber amicorum Bengt Broms, Celebrating his 70th Birthday 16.10.1999*. Helsinki: Finish Branch of the International Law Association, 149 (174).

(93) Pero cfr. Klabbers (1999), op. cit., nota 92, 177 *et seq.*

(94) Simma/Paulus (1999), op. cit., nota 86, 303 *et seq.* Sobre el positivismo y el con él relacionado problema de los fundamentos del Derecho Internacional Público cfr. ampliamente Roberto Ago (1957). "Science juridique et droit international", *R.d.C.* 90 (1956-II), Leyde: Sijthoff, 850 (873 *et seq.*), *passim*, como también la breve introducción de Espósito (1999), op. cit., nota 76, 10 *et seq.* Una breve exposición de las críticas contemporáneas frente al positivismo en el Derecho Internacional Público se encuentra en Joseph Weiler y Andreas Paulus (1997). "The structure of change in international law or is there a hierarchy of norms in international law", *E.J.I.L.* 8, 545 (549 *et seq.*).

(95) Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 28 *et seq.*

(96) Ibidem, 355 *et seq.*

cional" y su objetivo de realizar "valores"[97] se convierte en un positivismo "bueno" al recurrir en situaciones de "extrema gravedad" a principios morales que "(...) puedan convertirse en Derecho positivo si este Derecho no dispone nada sobre los instrumentos necesarios para tratar con la situación dada".[98] Un sistema de Derecho deja de ser un sistema coherente, y por consiguiente aceptable, para basarse en expectativas estables sobre ello, cuando resuelve un problema dado mediante otra modalidad que no sea aquella que él reclama como exclusiva para sus decisiones, es decir, legal/ilegal –y no bueno/malo. Y es exactamente en este momento que el sistema empieza a cavar su propia tumba, donde, por supuesto, los "valores" se entierran también más temprano que tarde.

En este contexto –a saber, el de consideraciones elementales de la humanidad– merece la pena señalar que no compartimos los razonamientos de Niklas Luhmann[99] sobre la función de la *colère public* reflejada primero por el sociólogo Emile Durkheim (1858-1917), que supone que las normas (en el sistema de Derecho) adquieren validez a través de la cólera publica[100] –o, más modernamente, del "efecto CNN". Más bien, las diversas expectativas inestables sobre la diferencia entre lo bueno y lo malo se encuentran inmersas en la comunicación política, es decir, en la diferencia poder/impotencia en la cual –entre otros– las organizaciones no gubernamentales tienen cada vez más relevancia debido a su función de "alarmar" a la atención pública.[101] Dado que se trata de expectativas que en lo esencial han cristalizado en decisiones políticas bajo la presión de la cólera pública crecientemente iniciada por las organizaciones no gubernamentales, estas expectativas solamente podrán estabilizarse cuando posteriormente los Estados las tomen como fundamento de su comunicación en la diferencia legal/ilegal.[102]

(97) Cfr. Mary O'Connell (1999). "New International Legal Process", *A.J.I.L.* 93, 334 (349), y Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 28, nota 4.

(98) Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 356, refiriéndose a la cláusula Martens como ejemplo histórico y a los votos disidentes de los Jueces Shahabuddeen y Weeramantry en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en *I.C.J. Reports* 1996, "Legality of the threat or use of nuclear weapons", Advisory Opinion, 08.07.1996, 226/375 (408) y 226/429 (493).

(99) Luhmann (1993), op. cit., nota 66, 581, como más específicamente idem (1999). "Ethik in internationalen Beziehungen", *Soziale Welt* 50, 247 (251).

(100) Emile Durkheim (1973). *De la division du travail social*. 9. ed. Paris: Presses Université de France, 35 *et seq*.

(101) Luhmann (2000), op. cit., nota 75, 315 *et seq*., como también Espósito (1999), op. cit., nota 76, 55. Para un breve análisis cfr. Kenneth Abbott (1999). "International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in internal conflicts", *A.J.I.L.* 93, 361 (372 *et seq*.).

(102) Compartiendo este resultado, aun sin nuestro enfoque, Georg Schwarzenberger (1951). *International law – As applied by International Courts and Tribunals*. London: Stevens, 52, y Simma/Paulus (1999), op. cit., nota 86, 316, citando la Corte de Justicia Internacional en *I.C.J. Reports* 1966, "South West Africa, second phase (Ethiopia v. South

Sobre este fondo, nuestros razonamientos son completamente compatibles con el concepto de normas imperativas de Derecho internacional público llamado "*ius cogens*", adoptado en el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[103] –y *argumentum a maiore ad minus* con el de obligaciones *erga omnes*–[104] porque este concepto se basa en una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto.[105] Dado que la Corte de Justicia Internacional jamás se ha pronunciado sobre el contenido del concepto *ius cogens*[106] –y tampoco sobre el de obligaciones *erga omnes*–,[107] todo lo demás es pura especulación y puede llevar a confusiones, es decir, puede servir tanto a un interés noble como a intereses que bajo la retórica de la "Justicia humana" se manifiestan como caballo de Troya de intereses que, en el peor de los casos, los adeptos del discurso moral identificarían ciertamente como "malos".

En realidad hay muchos intereses, como hemos demostrado en el caso de la Escuela de New Haven. El único interés que compartimos en este contexto es el del profesor Tomuschat, que es uno de los seguidores de la idea del Derecho Internacional Público como Constitución de la comunidad internacional,[108] a saber, que "el reconocimiento de una categoría distinta de reglas proporciona la prueba más tangible de la existencia de una comunidad internacional fundamentada en premisas axiomáticas distintas de la soberanía del Estado".[109] Estas premisas

Africa; Liberia v. South Africa)", Judgment, 18.07.1966, 6 (34) – "una expresión suficiente en forma legal".

(103) *United Nations Treaty Series* [= *U.N.T.S.*] 1.115, n. I-18.232, 331 (344): "Es nulo todo Tratado que, en el momento de su celebración, [se oponga a] una norma imperativa de Derecho Internacional general. [A] los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es *una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto* [énfasis nuestro] como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter".

(104) Sobre la relación de ambos conceptos cfr. Roberto Ago (1989). "Obligations *erga omnes* and the international community", en Joseph Weiler. *International crimes of State – A critical analysis of the ILC's Draft article 19 on State responsibility*. Berlin et alii: de Gruyter, 237.

(105) (...) mismo que ésta esté obligándolos sin cualquier obligación convencional – *I.C.J. Reports* 1951, op. cit., nota 92, 23 *et seq.*

(106) Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 81 *et seq.*; referencias en André de Hoogh (1996). *Obligations* erga omnes *and international crimes – A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*. The Hague et alii: Kluwer Law International, 47, nota 213.

(107) Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 83.

(108) Ibidem, 72 *et seq.*, *passim*.

(109) Tomuschat (1994), op. cit., nota 10, 307, como también 222 *et seq.* Para completar estos razonamientos cabe subrayar que la función del concepto de *ius cogens* es establecer una jerarquía de normas en el Derecho Internacional Público.

son completamente compatibles con nuestro enfoque, mientras tengan como fundamento el reconocimiento y la aceptación de una norma por los Estados en su conjunto como mandato imperativo que no admite acuerdo en contrario, y como consecuencia, "(...) sólo puede ser modificada por una norma ulterior del Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter",[110] es decir, que sea aceptada y reconocida por todos los Estados en su conjunto.[111]

Esta discusión sobre el *ius cogens* nos sirve para entrar seguidamente en el análisis del segundo término del título de esta exposición, que todavía debe ser aclarado, relativo a la jurisdicción "universal" del Estado en materia penal.

3. La jurisdicción "universal" en materia penal

En el área de nuestro interés, el área "clásica" del Derecho Penal, desde hace mucho tiempo que se ha venido desarrollando un conjunto de reglas de jurisdicción relativamente estables sobre la competencia entre los Estados en materia penal.[112] Como punto de partida citaremos nuevamente el caso "Lotus", del año 1927, en el que se observó: "Si es verdad que el principio de la territorialidad del Derecho Penal sirve de fundamento en todas las legislaciones, no es menos cierto que todas o casi todas estas legislaciones extienden su acción a delitos cometidos fuera de su territorio, y esto conforme a sistemas que cambian de Estado a Estado. La territorialidad del Derecho Penal no es, pues, un principio absoluto de Derecho Internacional [Público] y de ningún modo coincide con la soberanía territorial".[113]

3.1 Nexos no "universales"

De esta manera, de acuerdo con nuestra regla relativa a la jurisdicción del Estado, deben existir otros factores que provean al Estado de una relación (*contact*) suficientemente relevante en términos legales con un hecho ilícito y, por consiguiente, le atribuyan la competencia sobre hechos perpetrados fuera del territorio respectivo. Estas reglas se pueden reducir a tres principios que determinan la competencia del Estado: los de nacionalidad, protección y personalidad pasiva.[114]

(110) Así expresamente el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*supra*, nota 103).

(111) Es por eso que no compartimos los razonamientos de Klabbers (1999), op. cit., nota 92, 177 *et seq.*, que asigna a la moral una función en el Derecho Internacional Público, de forma que no haya una necesidad de consenso para un problema dado, es decir, que la norma sea aceptada y reconocida por los Estados en su conjunto.

(112) Cfr. de forma general Harvard Research in International Law (1935), op. cit., nota 20, 443 *et seq.*

(113) *P.C.I.J.* (1927), op. cit., nota 9, 20.

(114) Ampliamente sobre estos principios Mann (1964), op. cit., nota 6, 82 *et seq.*, Brownlie (1998), op. cit., nota 4, 303 *et seq.*, y, desde la perspectiva de uno de los dos principales *restaters*, Henkin (1990), op. cit., nota 24, 281 *et seq.*

3.1.1 Principio de nacionalidad

Para complementar el principio de territorialidad,[115] ya desde hace siglos se impulsó el establecimiento del denominado principio de nacionalidad, también llamado principio de personalidad activa,[116] el cual permite al Estado ejercer su jurisdicción sobre sus nacionales dondequiera que estos se encuentren, es decir, aun en el caso de que éstos hubieran perpetrado hechos ilícitos fuera de su territorio, incluso en el territorio de otro Estado.[117] Si bien la aplicación de los principios de territorialidad y nacionalidad puede suscitar conflictos,[118] su coexistencia operativa, es decir, a la hora de determinar la competencia para dictar sentencia,[119] responde a la pretensión de evitar la impunidad de quienes, tras delinquir en el extranjero, intentan escapar del lugar de la comisión del delito, refugiándose en el Estado de su nacionalidad al amparo de la norma de excepción que no permite la extradición de los propios ciudadanos nacionales.[120]

3.1.2 Principio de protección

El segundo principio a mencionarse es el principio de protección, principio que cuenta de igual manera con una larga existencia,[121] y que permite al Estado castigar los hechos perpetrados fuera de sus límites territoriales, con independencia de la nacionalidad de su autor, siempre que estos lesionen sus intereses o afecten

(115) Rigaux (1999), op. cit., nota 6, 524 *et seq.*

(116) Hans-Heinrich Jescheck (1993). *Tratado de derecho penal – Parte general.* 4. ed. Granada: Comares, 151 *et seq.*

(117) Las explicaciones sobre la implementación universal de este principio desde hace mucho tiempo han sido varias. Así, desde la perspectiva del Harvard Research en 1935, este principio es el resultado del principio que el tratamiento del Estado hacia sus nacionales normalmente no es una cuestión que incumba a otros Estados o que sea de Derecho Internacional Público – Harvard Research in International Law (1935), op. cit., nota 20, 519. Más allá de la concepción del Estado, el profesor Jescheck opina que este principio se basa en la vieja concepción jurídica de que el estatuto jurídico de la persona se determina por su pertenencia a una tribu y se conserva permanentemente (*leges ossibus inhaerent*) – Jescheck (1993), op. cit., nota 116, 151.

(118) Especialmente con relación al principio *ne bis in idem* – cfr. Mann (1964), op. cit., nota 6, 90 *et seq.*

(119) Cfr. *supra*, nota 51.

(120) Cfr. como exponente de esta excepción a la extradición el art. 6, § 1, inc. a), Convenio Europeo de Extradición de París de 13.12.1957 –*European Treaty Series* [= *E.T.S.*], n. 24– que establece la facultad de toda parte contratante de denegar la extradición de sus nacionales.

(121) Henri Donnedieu de Vabres (1928). *Les principes modernes du droit pénal international.* Paris: Sirey, 86.

a la seguridad del Estado o al ejercicio de las prerrogativas del poder público.[122] Su coexistencia operativa con el principio de territorialidad responde a la necesidad de conceder competencia a un Estado en el caso de que vea amenazados intereses fundamentales, y que otro Estado, en cuyo territorio son perpetradas tales ofensas, no tome las medidas adecuadas.[123] Este tiene una explicación simple: El Estado A en realidad no puede esperar que el Estado B proteja sus intereses fundamentales o bien que los proteja en el grado que A considera necesario o desearía.[124]

3.1.3 Principio de personalidad pasiva

Finalmente, el tercer principio faculta al Estado para perseguir los hechos perpetrados por no nacionales fuera de su territorio cuando las víctimas de tales hechos sean sus ciudadanos nacionales. De la aplicación de este principio nació la controversia entre Francia y Turquía en el caso Lotus,[125] pero permitió resolver lo medular del proceso, toda vez que, según el parecer de la Corte Permanente de Justicia Internacional, el fundamento de la competencia de Turquía sobre el caso estaba en el principio de territorialidad.[126] Así quedó sin resolverse el debate que el estudio del *Harvard Research in International Law* en 1935 describió de la siguiente manera: "La jurisdicción afirmada en el principio de la personalidad pasiva *sin calificaciones* [énfasis nuestro] se ha disputado más fuertemente que cualquier otro tipo de competencia".[127] Esta controversia se encuentra hoy en el *restatement*, que no reconoce este principio de forma general en los crímenes ordinarios, sino más bien en casos específicos, tales como ataques organizados

(122) Cfr. el estudio detallado de Iain Cameron (1994). *The protective principle of international criminal jurisdiction*. Aldershot et alii: Dartmoth.

(123) Harvard Research in International Law (1935), op. cit., nota 20, 552.

(124) Cameron (1994), op. cit., nota 122, 31 – lo que obviamente también contiene un gran potencial de conflictividad (ibidem, 14 *et seq.*).

(125) Cfr. *supra*, nota 36.

(126) *P.C.I.J.* (1927), op. cit., nota 9, 23 *et seq.*, 24 *et seq.* Este resultado es puesto en duda por muchos autores – cfr. Mann (1964), op. cit., nota 6, 93. El meollo de la controversia hoy se encuentra regulado en el art. 11 de la Convención de Ginebra sobre el alta mar de 1958 –cfr. *U.N.T.S.* 450, n. 6.465, 82 (88)–, según el cual la competencia del Estado depende del pabellón del buque o de la nacionalidad de la persona a la cual se pretende perseguir sin que los razonamientos de 1927 por lo menos en 1964 hayan quedado obsoletos –equivocado: Mann (1964), op. cit., nota 6, 93– porque hasta el día de hoy solamente 61 Estados han ratificado la Convención de Ginebra, sin la participación de Estados tan importantes en la materia como es el caso de Liberia – sin embargo, cfr. art. 27, Convención sobre el Mar, en *U.N.T.S.* 1.833, n. I-31.363, 396 (407), la cual 131 Estados han ratificado sin la participación de Liberia.

(127) Harvard Research in International Law (1935), op. cit., nota 20, 579.

contra ciudadanos estadounidenses por causa de su nacionalidad, casos de terrorismo,[128] de combate a las drogas y de hechos perpetrados en buques no nacionales en alta mar.[129] Es más, un análisis de los Estados miembros de la Unión Europea, más allá del *Common Law*, practicado en Gran Bretaña[130] e Irlanda, demuestra que a excepción de Alemania[131] y Finlandia,[132] que aplican un concepto amplio, y de Francia,[133] Italia,[134] Bélgica,[135] Portugal[136] y Grecia,[137] que siguen uno más

(128) American Law Institute (1987), op. cit., nota 22, § 402, comentario (g) y nota del relator (3), como también *United States Code Annotated* [= *U.S.C.A.*] (2001), Title 18 (Crimes and criminal procedure), § 1.959, y la jurisprudencia en "Matter of extradition of Demjanuk" (15.04.1985), *Federal Supplement* 612 [= 612 *F.Supp.*], 544 (558 *et seq.*); "U.S. v. Yunis" (29.01.1991), *Federal Reporter* 924, 2d series [=*F.2d 924*], 1.086 (1.091); "U.S. v. Vasquez-Velasco" (25.01.1994), *F.3d* 15, 833 (839 *et seq.*); "U.S. v. Rezaq" (06.02.1998), *F.3d* 134, 1.121 (1.122, 1.133); "Rezaq v. U.S." (05.10.1998), certiorari denied [= cert. denied], *U.S. Reports* 525 [= *U.S.* 525], 834. Sobre la práctica de los Estados Unidos en los casos de terrorismo hasta 1990 cfr. de forma general John McCarthy (1990). "The passive personality principle and its use in combatting international terrorism", *Fordham International Law Journal* 13, 298 *et seq.*, como también Mason Drake (1993). "United States v. Yunis – The D.C. circuit's dubious approval of U.S. long-arm jurisdiction over extraterritorial crimes", *Northwestern University Law Review* 87, 697 *et seq.*

(129) Así en un caso de 1984 que trataba de la muerte de agentes de la DEA en Colombia, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Florida concluyó que la competencia de enjuiciar a colombianos que habían disparado a los agentes era apropiada, tanto al principio de protección, como también al principio de personalidad pasiva – "U.S. v. Benitez" (17.09.1984), *F.2d* 741, 1.312 (1.317). Y en un caso de 1998 el Tribunal Federal de primera instancia de Louisiana decidió que la persecución en los Estados Unidos de un empleado de un crucero bajo pabellón de Liberia que abusó sexualmente de un menor de nacionalidad americana mientras la nave estaba en el alta mar era un ejercicio ajustado a la competencia de personalidad pasiva – "U.S. v. Roberts" (06.04.1998)", *F.Supp.2d* 1, 601 (607). Sobre la práctica en los Estados Unidos hasta 1993 cfr. Geoffrey Watson (1993). "The passive personality principle", *Texas International Law Journal* 28, 1 (30 *et seq.*).

(130) Así expresamente para el caso de homicidio, el Lord Bingham en el Auto del 28.10.1998 de la Sala "Queens Bench Division" del Tribunal Superior de Justicia en el caso "in re Augusto Pinochet Ugarte", reproducido en *International Legal Materials* [= *I.L.M.*] 38, 68 (77).

(131) § 7, párr. 1, del Código Penal [= Strafgesetzbuch]; cfr. el estudio crítico de Andreas Henrich (1994). *Das Passive Personalitätsprinzip*. Freiburg im Breisgau: Iuscrim, *passim*.

(132) Capítulo 1, §§ 5, 11, inciso 1, del CP [= Rikoslain].

(133) Art. 113-7 del CP [= Code Pénale], aún con referencia expresa al principio *ne bis in idem* en el art. 113, Code Pénale; cfr. Fréderic Desportes y Francis Le Gunehec (2000). *Le Nouveau Droit Pénale*. 7. ed. Paris: Economica, vol. 1 (Droit Pénale Général), 330 *et seq.*

(134) Restringido a "delitos políticos", art. 8, CP [= Codice Penale]; para un análisis cfr. el comentario de Domenico Manzione (1997), en Tullio Padovani. *Codice Penale*. Milano:

restringido, los demás Estados miembros de la Unión Europea[138] no han incorporado el principio de personalidad pasiva a su legislación.

De las diferentes nociones del principio de personalidad pasiva, se desprende que éste continua siendo la fuente de controversias que en el mejor de los casos se encuentran resueltas en Tratados internacionales sobre materias específicas, como es el caso de la tortura[139] y, especialmente, de ciertos actos de terrorismo inter-

Giuffrè, 49 *et seq.*, como también la sentencia *in absentia* de la Segunda Sala del Tribunal de Jurados de Roma del 06.12.2000 [= II Corte di Assise di Roma (n. 3402/92 R.G.N.R. – 1402/93 R.G.G.I.P.)] sobre la muerte de ciudadanos italianos durante la dictadura militar en Argentina, reproducido en: <www.derechos.org/nizkor/italia/sent.html> (último acceso: 07.12.2001).

(135) Art. 10, párr. 5, Código de Instrucción Criminal, según el cual el Estado de Bélgica es competente cuando el hecho perpetrado tenga una pena mínima de cinco años.

(136) Art. 5, párr. 1, inc. c), y art. 6, párr. 1, CP portugués, bajo la condición *ne bis in idem* y solamente cuando el autor se encontrara en el territorio del Estado de Portugal, el hecho constituyera un crimen que admita la extradición y ésta no pudiera ser concedida.

(137) Art. 7, párr. 1, CP [= Poinikos Kodikas], con relación a crímenes, y art. 7, párr. 2, y art. 6, párr. 3, Poinikos Kodikas, con relación a faltas bajo la condición de una querella penal, y ambos según el art. 9, Poinikos Kodikas, bajo la condición del *ne bis in idem* –párr. 1, inc. a)–, la no-prescripción en el lugar del hecho y que este hecho no haya sido indultado – párr. 1, inc. b).

(138) *Austria*: Cfr. el listado en los arts. 64 y 65, CP [= Strafgesetzbuch], sin que se mencione el principio de personalidad pasiva.

España: Cfr. el listado en el art. 23, Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que se mencione el principio de personalidad pasiva.

Luxemburgo: Así expresamente el art. 4, CP [= Code Pénal], sin más referencia.

Países Bajos: Cfr. el listado en el art. 4, CP [= Wetboek van Strafrecht], sin que se mencione el principio de personalidad pasiva.

Dinamarca: Capítulo 2, § 8, n. 3, CP [= Straffeloven], según el cual el Estado de Dinamarca solamente es competente cuando el hecho se haya perpetrado en un territorio que no pertenezca a ningún Estado.

Suecia: Capítulo 2, § 3, n. 6, 8, del Código Criminal [= Brottsbalken], según el cual el Estado de Suecia solamente es competente cuando el hecho bajo pena de no menos de cuatro años se haya perpetrado en un territorio que no pertenezca a un Estado; cfr. el comentario en Lena Holmquist et alii (2001: enero). *Brottsbalken – en Kommentar.* Stockholm: Norstedts Juridik, 2 kap, § 2, nota 32.

Noruega: Cfr. el listado en el Capítulo 1, § 12, del CP [= Almindelig borgerlig Straffeloven], y Cameron (1994), op. cit., nota 122, 180 *et seq.*, como en particular el comentario en el *Norges Offentlige Utredninger* [= *NOU*] (1984). Oslo: Universitetsforlaget, 44 *et seq.*, excluyendo expresamente el "ukvalifiserte realprinsipp".

(139) Hasta ahora 127 Estados Partes de la Convención contra la Tortura convinieron en el art. 5, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: "(1) Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: (...) (c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado" – cfr.

nacional,[140] así como de otros actos relacionados con el transporte aéreo[141] y marítimo.[142] Ahora bien, la búsqueda de la regla que provee al Estado de la competencia de dictar una sentencia, cambia cuando éste pretende extender su poder sobre hechos perpetrados por extranjeros en contra de extranjeros fuera de sus límites territoriales.[143]

U.N.T.S. 1.465, n. I-24.841, 112 (114). El único Estado que redactó una declaración sobre esta norma fue Austria: "(1) Austria establecerá su jurisdicción de acuerdo con el Artículo 5 de la Convención independiente de las leyes que se aplican en el lugar donde el hecho fue perpetrado, pero con respecto al párr. 1, inc. c), sólo en caso de que no se pueda esperar la persecución por un Estado que tiene jurisdicción según el párr. 1, inc. a) o b)".

(140) Hasta ahora 45 Estados Partes convinieron en el art. 6 del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas: "(2) Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto a cualquiera de tales delitos cuando: (a) Sea cometido contra un nacional de ese Estado" – cfr. *U.N. Doc.* A/RES/52/164, 09.01.1998, 5. Cfr. también el art. 5, párr. 1, inc. d), Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, con 102 Estados Partes, en *U.N.T.S.* 1.316, n. I-21.931, 205 (207), como el art. 3, párr. 1, inc. c), Convención para la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive Agentes Diplomáticos, con 112 Estados Partes, en *U.N.T.S.* 1.035, n. I-15.410, 167 (169), y el art. 7, párr. 2, inc. a), Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, en *U.N. Doc.* A/RES/54/109, 25.02.2000, 5. Cfr. también últimamente el art. 9, párr. 2, inc. a), del Proyecto de un Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, reproducido en el documento "Measures to Eliminate International Terrorism – Report of the Working Group", *U.N. Doc.* A/C.6/53/L.4, 22.10.1998, 8, y el texto revisado del art. 6, párr. 2, inc. b) y c), del Proyecto de una Convención General sobre el Terrorismo Internacional (sin que Estado alguno se hubiera opuesto hasta ahora a su redacción), reproducido en el documento "Measures to eliminate international terrorism – Report of the working group", *U.N. Doc.* A/C.6/55/L.2, 19.10.2000, 6, 12. Un análisis crítico sobre los esfuerzos por llegar a un consenso entre los Estados sobre el fenómeno del terrorismo en el Derecho Internacional Público se encuentra en John Dugard (1999). "Terrorism and international law – Consensus at last?", en Emile Yakpo y Tahar Boumedra. *Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*. The Hague: Kluwer Law International, 159 *et seq.*

(141) 172 Estados Partes del Convenio sobre Infracciones y Otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves reconocen expresamente en el art. 4: "El Estado contratante que no sea el de la matrícula no podrá perturbar el vuelo de una aeronave a fin de ejercer su jurisdicción penal sobre una infracción cometida a bordo más que en los casos siguientes: (...) (b) la infracción ha sido cometida por o contra un nacional de tal Estado o una persona que tenga su residencia permanente en el mismo" – *U.N.T.S.* 704, n. I-10.106, 219 (222).

(142) Cfr. art. 6, párr. 2, inc. b), Convenio para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Navegación Marítima, con 57 Estados Partes, *U.N.T.S.* 1.678, n. I-29.004, 222 (226), y art. 3, párr. 2, inc. b), Protocolo para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de Plataformas Fijas Localizadas en la Plataforma Continental, con 51 Estados Partes, *U.N.T.S.* 1.678, n. I-29.041, 304 (306).

(143) (...) y esta pretensión no se encuentra legitimada por el principio de protección.

3.2 Principio de "universalidad"

Posiblemente una de las primeras referencias generales a la competencia orientada a ampliar el ejercicio del poder soberano fuera de los límites territoriales correspondientes sobre hechos ilícitos se encuentra en el estudio del jurista holandés Hugo Grotius (1583-1645), quien ante el predominio del *ius naturale*[144] en la Edad Media formuló en el año 1625: Debe también reconocerse que los reyes, y cualquier otro con derechos similares a éstos, pueden exigir que un castigo sea impuesto no sólo por los males perpetrados contra ellos o contra sus asuntos, sino también en contra de todos los males que no se dirijan específicamente contra ellos, pero que violan de forma extrema a cualquier persona, el Derecho natural o el Derecho de las Naciones.[145]

3.2.1 Intereses idénticos de los Estados

En sus orígenes, el ejercicio de esta competencia se fundamentó en normas consuetudinarias de Derecho Internacional Público, que permitían la persecución de actos de piratería cometidos en alta mar, es decir, en espacios sustraídos al ejercicio de la soberanía de los Estados.[146] Así, la Corte Permanente de Justicia en el caso Lotus observó: "A la vista de que es en alta mar, [donde se cometió el hecho ilícito y que] sobre este espacio ninguna Nación posee ni el derecho ni el deber de vigilancia, se niega [al pirata] la protección del pabellón (...), y se le trata como a un bandido, como a un enemigo de toda la humanidad –*hostis humani generis*–, a quien cualquier Nación, en el interés de todos, puede capturar y castigar".[147]

(144) Sobre el iusnaturalismo en el Derecho Internacional Público cfr. Ago (1957), op. cit., nota 94, 861 *et seq.*, como también la breve introducción por Espósito (1999), op. cit., nota 76, 5 *et seq.*

(145) Texto original: "Sciendum quoque est reges, et qui par regibus jus obtinent, jus habere poenas poscendi non tantum ob injurias in se aut subditos suos commissas, sed et ob eas quae ipsos peculiariter non tangunt, sed in quibusvis personis jus naturae aut gentium immaniter violant" – Hugo Grotius (1625). *De iure belli ac pacis, libri tres – in quibus ius naturae et gentium, item iuris publici praecipua explicantur.* Leyde: Sijthoff (reimpresión de la primera edición comparativa de 1919 con las ediciones de 1632, 1642, 1646, bajo la dirección de P. C. Molhuysen), 394. Cfr. sobre la evolución de esta idea el trabajo del Juez de la Corte de Justicia Internacional Gilbert Guillaume (1992). "La compétence universelle – Formes anciennes et *nouvelles, Gazette du Palais, Mélanges offerts à Georges Levasseur – Droit pénale, droit européen.* Paris: Litec, 23 *et seq.*

(146) Guillaume (1992), op. cit., nota 145, 31. Cfr. la exposición amplia sobre el tema de Randall (1988), op. cit., nota 1, 791 *et seq.*, con referencias sobre el Derecho consuetudinario y Tratados internacionales. Muchas exposiciones también se refieren al caso del tráfico de esclavos –cfr. Randall (1988), 798 *et seq.*–, pero esto está todavía hoy en disputa como por Guillaume (1992), op. cit., nota 145, 32.

(147) *P.C.I.J.* (1927), op. cit., nota 9, 70.

Ahora bien, el declarar al pirata como "enemigo de toda la humanidad", puede generar confusiones. Mientras que unos le dan, siguiendo la tradición medieval, una noción de moral, como en el caso Eichmann,[148] otros, basándose en la jurisprudencia del Juez angloamericano Joseph Story (1779–1845),[149] ven en el concepto del *hostis humani generis* un término funcional. Y es en el último sentido que la competencia del Estado no se debe a que el pirata violaba una norma moral, sino a que "(...) se comporta de manera hostil atentando contra los asuntos y el patrimonio de (...) todas las naciones, sin que ninguna tenga derecho u obligación (...) alguna de ejercer su autoridad pública [sobre estos], [razón por la cual] el Derecho [trata este comportamiento] como un acto de piratería, y al [pirata] enfáticamente [como] *hostis humani generis*".[150] Por lo tanto, del análisis semántico y funcional del *hostis humani generis* se desprende la conclusión de que la razón por la cual todos los Estados son competentes es la seguridad del alta mar, y no la violación de una norma moral,[151] hecho que se encuentra igualmente fundamentado en la jurisprudencia en el caso Lotus. Es decir, en principio, el ejercicio de la competencia está basado en el lugar de comisión más que en la naturaleza o gravedad del hecho. Y es en este sentido que se trata de garantizar la protección de intereses que son comunes, en tanto que su violación afecta y lesiona a todos y cada uno de los Estados, ya que los mismos representan –en las palabras de la profesora francesa Brigitte Stern– "una suma de los intereses idénticos y propios de los Estados".[152]

Como consecuencia, a la larga se celebraron varias Conferencias de Estados, donde se reconoció ampliamente en Tratados internacionales la competencia de cada Estado para extender su poder fuera de sus límites territoriales: ciertos casos de terrorismo internacional,[153] casos relacionados con materia

(148) La Corte Suprema de Israel concluyó en el caso "Attorney General of Israel v. Eichmann" que tales crímenes "(...) violaban los valores morales universales y los principios humanitarios que están en la base de las leyes penales adoptadas por las naciones civilizadas" – reproducido en "Eichmann Case", *International Law Reports* [= *I.L.R.*] 36, 277 (291 *et seq.*).

(149) "(...) que fue uno de los adeptos a la doctrina rígida de la territorialidad del siglo XIX" – cfr. *supra*, nota 34, y Mann (1964), op. cit., nota 6, 28 *et seq.*

(150) "The Malek Adhel" (1844), en *U.S.* 43, 210 (232).

(151) En este sentido también Randall (1988), op. cit., nota 1, 794 *et seq.*

(152) Brigitte Stern (1999). "A propos de la compétence universelle...", en Emile Yakpo y Tahar Boumedra. *Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*. The Hague: Kluwer Law International, 735 (736).

(153) Art. 6 del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (*supra*, nota 140): "4. Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 o 2". Cfr. también el

nuclear,[154] la toma de rehenes,[155] personas internacionalmente protegidas,[156] aviación[157] y transporte marítimo,[158] entre otros.[159]

3.2.2 Interés único de los Estados

Ahora bien, paralelamente a la conclusión de estos Tratados, tras el término de todas las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, el Derecho Internacional Público experimenta un proceso de desarrollo respecto de un conjunto de hechos, en los cuales lo determinante no es "una suma de los intereses idénticos y propios de los Estados", sino más bien en una fórmula conjunta de las

texto revisado del art. 6, párr. 3 y 4, del Proyecto de una Convención General sobre el Terrorismo Internacional (*supra*, nota 140) sin que Estado alguno se hubiera opuesto hasta ahora a esta redacción.

(154) Cfr. art. 8, párr. 2, Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, con 69 Estados Partes, *U.N.T.S.* 1.456, n. I-24.631, 124 (128). Cfr. también art. 9, párr. 4, del Proyecto de un Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (*supra*, nota 140, 9).

(155) Art. 5, párr. 2, Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (*supra*, nota 140, 207 *et seq.*).

(156) Art. 3, párr. 2, Convención para la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive Agentes Diplomáticos (*supra*, nota 140).

(157) Cfr. art. 4, párr. 2, y art. 7, Convención de La Haya de 1970 sobre la Supresión del Secuestro Ilegal de Aeronaves, con 174 Estados Partes (el último contiene la obligación expresa de perseguir si no se extradita al autor), *U.N.T.S.* 859/860, n. I-12.325, 105 (108 *et seq.*), como también en este sentido art. 5, párr. 2, y art. 7, Convención para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Aviación Civil, con 175 Estados Partes, en *U.N.T.S.* 974, n. I-14.118, 178 (181 *et seq.*), y art. III, Protocolo para Supresión del Secuestro Ilegal de Aeronaves, con 107 Estados Partes, en *U.N.T.S.* 1589, n. A-14.118, 474 (476).

(158) Art. 6, párr. 4, Convenio para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Navegación Marítima (*supra*, nota 140, 227). En el caso de plataformas sobre la plataforma continental cfr. art. 3, párr. 2, Protocolo para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de Plataformas Fijas Localizadas en la Plataforma Continental (*supra*, nota 140, 306 *et seq.*).

(159) Otras materias son, *e.g.*, el tráfico ilícito de estupefacientes, en la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, con 163 Estados Partes – cfr. art. 4, párr. 2, inc. b), en *U.N. Doc.* E/CONF.82/15, 19.12.1988, 7. Cfr. también, aunque sea de 1997, la lista larga en Cherif Bassiouni (1997). *International criminal law Conventions and their penal provisions*. Irvington-on-Hudson: Transnational Publisher. Para el caso del fenómeno del "crimen organizado" cfr. últimamente el art. 15, párr. 4 y 5, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en *U.N. Doc.* A/RES/55/25, 08.01.2001, 13, con cinco Estados Partes.

palabras de Brigitte Stern[160] y de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso "Barcelona Traction",[161] "un interés legal único compartido por todos los Estados". A este proceso obedecen tanto el esfuerzo, aún no coronado por el éxito, de definir al crimen internacional frente a los delitos internacionales, así como de construir un sistema de responsabilidad penal internacional para el individuo, distinto al régimen de responsabilidad internacional de los Estados.[162]

Este proceso se ha visto acompañado por una serie de Tratados internacionales, tal es el caso de la Convención contra el genocidio, que cuenta con 133 Estados Partes,[163] la Convención contra la tortura, que cuenta con 127 Estados Partes,[164] la Convención contra el *apartheid*, con 101 Estados Partes,[165] y la Convención so-

(160) Sin mencionar los términos "legal" y "Estado", Brigitte Stern (1997). "La competénce universelle en France – Le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda", *German Yearbook of International Law* [= *G.Y.I.L.*] 40, 280 (281). Cfr. también Brigitte Stern (1998). "Better interpretation and enforcement of universal jurisdiction", *Nouvelles Études Pénales* 14, 175 (177); Stern (1999), op. cit., nota 152, 736. Como punto de partida de esta diferencia la profesora toma la doctrina del patrimonio común de la humanidad que hoy se encuentra en el art. 136, Convención sobre el Mar (*supra*, nota 126). Una perspectiva general sobre el llamado patrimonio común de la humanidad se puede encontrar en Kemal Baslar (1998). *The concept of the common heritage of mankind in international law*. The Hague: Martinus Nijhoff. Si bien compartimos el enfoque de la profesora, hay que subrayar que esto no quiere decir que el art. 19 de la Convención sobre el Mar respecto a la jurisdicción sobre actos de piratería sea solamente declaratorio y en nada afecta a nuestra interpretación acerca de la función de la semántica *hostis humanis generis*.

(161) *I.C.J. Reports* 1970, op. cit., nota 44, 32: "Hay una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado hacia la totalidad de la comunidad internacional, y las que deben prevenir frente a otros Estados (...). Por su naturaleza, lo anterior concierne a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos a que afecta, todos los Estados podrán tener interés en su persecución; son obligaciones *erga omnes*".

(162) Cfr. todavía Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 289 *et seq.*; el concepto de "crímenes internacionales" fue abandonado en la segunda lectura del Proyecto de un Código sobre la Responsabilidad de los Estados – cfr. ahora el texto bajo el título "Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos" en el Capítulo IV-E-1 del informe de la I.L.C. sobre su trigésimo quinto período de sesiones para el quincuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas "Report of the International Law Commission, fifty-third session", en *U.N. Doc.* A/56/10, 21.09.2001, 43 *et seq.*, y los comentarios –entre otros– de los Estados Unidos en el informe bajo el título "State responsibility – Comments and observations received from governments", en *U.N. Doc.* A/CN.4/515, 19.03.2001, 16.

(163) Cfr. la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en *U.N.T.S.* 78, n. 1.021, 277 *et seq.*

(164) Cfr. *supra*, nota 139.

(165) Cfr. la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, en *U.N.T.S.* 1015, n. I-14861, 243 *et seq.*

bre los llamados crímenes de lesa humanidad, que se limita a declarar su imprescriptibilidad,[166] con 45 Estados Partes –al contrario de los últimos, los primeros dos cuentan con la participación *in toto*, tanto de los Estados miembros de la Unión Europea como de los Estados Unidos. En el caso del *ius in bello*, éste se encuentra principalmente en las cuatro Convenciones de Ginebra[167] con la participación de todos los 189 Estados miembros de las Naciones Unidas (desde el trigésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas) y sus dos Protocolos adicionales,[168] con 157 y 150 Estados Partes, sin la participación de los Estados Unidos. Todo este proceso culminó con las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre los Tribunales *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia[169] y Ruanda[170] y, finalmente, con la suscripción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,[171] que entró en vigencia el 1 de julio de 2002 con 76 Estados Partes, de los cuales 15 son miembros de la Unión Europea.

Puesto que de los Tratados mencionados nueve cuentan con la amplia participación de los Estados miembros de la Unión Europea, un análisis sobre su incorporación en la legislación interna y especialmente sobre la práctica de ejercer el poder de dictar sentencia sobre la materia de estos Tratados, suscita interrogantes muy complejos y de difícil respuesta. Cabe señalar que se trata tanto de problemas generales del Derecho Penal como de la materia especial del Derecho Internacional Público llamado "Derecho Penal internacional" y del Derecho Internacional

(166) Cfr. la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en *U.N.T.S.* 754, n. I-10.823, 73 *et seq.*

(167) Cfr. el Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de los Heridos y de los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña [= Convenio de Ginebra I], en *U.N.T.S.* 75, n. 970, 31 *et seq.*, el Convenio de Ginebra para Mejorar la Suerte de Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar [= Convenio de Ginebra II], en *U.N.T.S.* 75, n. 971, 85 *et seq.*, el Convenio de Ginebra Relativo al Trato de Prisioneros de Guerra [= Convenio de Ginebra III], en *U.N.T.S.* 75, n. 972, 135 *et seq.*, y el Convenio de Ginebra Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra [= Convenio de Ginebra IV], en *U.N.T.S.* 75, n. 973, 287 *et seq.*

(168) Cfr. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12.08.1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), en *U.N.T.S.* 1.125, n. I-17.512, 3 *et seq.*, y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12.08.1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II), en *U.N.T.S.* 1.125, n. I-17.513, 609 *et seq.*

(169) Cfr. la Resolución 827 (1993) en *U.N. Doc.* S/RES/827, 25.05.1993, y en su redacción actual según la Resolución 1.329 (2000), en *U.N. Doc.* S/RES/1329, 05.12.2000.

(170) Cfr. la Resolución 955 (1994), en *U.N. Doc.* S/RES/955, 08.11.1994, y en su redacción actual según la Resolución 1.329 (2000) (*supra*, nota 169).

(171) Cfr. el Estatuto en *U.N. Doc.* A/CONF.183/9, 17.07.1998. En la Unión Europea faltan las ratificaciones de Irlanda, Grecia y Portugal.

Público general, tales como son, entre otros, la coexistencia de normas convencionales y consuetudinarias sobre la materia y, asimismo, las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho Internacional Público en los ordenamientos respectivos; y, en particular, de problemas tales como los principios de legalidad penal y de irretroactividad, equivalencia y *ne bis in idem*, inmunidad *ratione materiae* y *personae*, limitaciones *ratione materiae* y *temporis* a cierto tipo de actos, la vinculación de la competencia universal a la presencia del autor en el territorio del Estado, la definición material de los llamados crímenes de lesa humanidad etc.

Cualquier pretensión seria de examinar con rigor todos y cada uno de los problemas que mencionamos o algunas de sus materializaciones prácticas más recientes, exigiría la elaboración de una investigación comparativa amplia, tal como se realizó hace poco en la Secretaría Jurídica de Amnistía Internacional[172] y en París, en la Universidad de Sorbonne, bajo la dirección del Juez Antonio Cassese,[173] con la colaboración de muchos profesionales de todo el mundo.[174]

3.2.3 Ius cogens

Dado que el estudio de los problemas mencionados excede sobremanera el objeto de la presente exposición, nos limitaremos a un problema general, que puede igualmente generar confusiones. Así, nos limitamos a hacer referencia a las interpretaciones erróneas del concepto de *ius cogens*, dejando al margen otros problemas relacionados, como, en particular, el concepto erróneo de una obligación no convencional del Estado no territorial de ejercer su competencia de dictar sentencia.[175]

(172) Amnesty International (2001). *Universal jurisdiction – The duty of States to enact and enforce legislation*. London: Ai Index IOR 53/002/2001 – IOR 53/018/2001.

(173) Antonio Cassese; Mineille Delmar Marty (2002). *Jurisdictions nationales et crimes internationaux*. Paris: Press Universitaires de France.

(174) Cfr. para investigaciones recientes –entre otros– los trabajos de la Prof. Stern –*supra*, notas 152, 160–, de Henzelin (2000) –*supra*, nota 13–, y de Antonio Cassese (2001). *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 260 *et seq.*, como también los trabajos publicados bajo la dirección de Horst Fischer et alii (2001). *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*. Berlin: Berlin Verlag Spitz. A nivel institucional cfr. recientemente los trabajos (entre 1994 y 1999) del Institut de Droit International (1999). "La competénce extraterritoriale de Etats", *Annuaire*. Paris: Pedone, vol. 68, Tome I (Session de Berlin, 1999 – Première partie: Travaux préparatoires), 371 *et seq.*, y de la International Law Association (2000), "Final report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences", en <www.ila-hq.org/pdf/HumanRig.pdf> (último acceso: 07.12.2001), como también los principios de la Princeton University et alii (2001). *The Princeton principles on universal jurisdiction*. Princeton: Princeton University.

(175) Una de las mejores exposiciones sobre este tema se encuentra en Christian Tomuschat (2002). *The duty to prosecute international crimes committed by individuals*, en Hans-

Para empezar, cabe destacar que cuando una norma se constituye como norma imperativa de Derecho Internacional Público, ello no implica ciertamente su ejecución automática a través de un procedimiento penal por parte de los tribunales de cualquier Estado.[176] Más bien, la búsqueda de la competencia de dictar sentencia sobre cierto tipo de hechos fuera de los límites territoriales debe fundamentarse tanto en los Tratados mencionados como –a falta de una disposición expresa– en la *ratio*, por la cual se produzca la clasificación de cierto tipo de acto como *ius cogens* en un caso determinado. Como es de conocimiento general, la Convención contra la tortura concreta expresamente en su art. 5, § 2, que "todo Estado Parte tomará (...) las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre [la tortura] en los casos en que el presunto delincuente se encuentre en el territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición".[177] Si bien en el caso de crímenes de guerra también existe la posibilidad de encontrar una regla en los Convenios de Ginebra que confiera a todos los Estados Partes la competencia de dictar sentencia en caso de "violaciones graves" del Derecho Humanitario, parecida a la norma mencionada,[178] la situación cambia cuando nos referimos a la Convención contra el genocidio.

Joachim Cremer et alii. *Tradition und Weltoffenheit des Rechts – Festschrift für Helmut Steinberger*. Heidelberg, 315 *et seq*. Cfr. también Stern (1999), op. cit., nota 152, 737 *et seq*. Más bien se trata de una obligación de cooperación internacional como lo afirma Cassese (2001), op. cit., nota 175, 264 *et seq*.

(176) Demasiado general y por eso capaz de generar confusiones Guy Goodwin-Gill (1999). "Crime in international law – Obligations *erga omnes* and the duty to prosecute", en idem y Stefan Talmon. *The reality of international law: Essays in honour of Ian Brownlie*. Oxford: Clarendon, 199 (220), citando el primer informe del relator especial de la I.L.C., "First Report on State Responsibility", *U.N. Doc.* A/CN.4/490/Add.2, 05.05.1998, 8 *et seq*.

(177) *Supra*, nota 139.

(178) Así expresamente la Corte Suprema de Alemania en su sentencia aún no publicada del 21.02.2001 en el caso Maksim Sokolovic: St*R 3*, 372/00, 19 *et seq*. (copia del original con el autor). Cfr. también Stern (1997), op. cit., nota 160, 285 *et seq*.; idem (1999), op. cit., nota 152, 736 *et seq*., y Brownlie (1998), op. cit., nota 4, 308. Cfr. el art. 49 del Convenio de Ginebra I: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las *infracciones graves* [énfasis nuestro] contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes. Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio. (...)". Con las mismas

El art. VI de esta Convención solamente expresa que "las personas acusadas de genocidio o de (...) cualquiera de los actos enumerados en el art. III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio (...) fue cometido [dicho acto]".[179] Como se ve, no hay referencia alguna a la competencia de otros Estados Partes. Simplemente se establece como un deber del Estado Parte el ejercicio de su jurisdicción sobre hechos constitutivos de genocidio perpetrados en su territorio.[180] Como consecuencia podría afirmarse que para el objeto y el fin de la Convención ésta no confiere a los demás Estados la competencia de dictar sentencia en los casos de genocidio, definidos en el art. II de la Convención, hecho que se deduce de los trabajos preparatorios de la Convención.[181] Sin embargo, en el caso Eichmann la Corte Suprema de Israel no fundamentó su competencia en la Convención, sino sobre normas consuetudinarias de Derecho Internacional Público y el principio de personalidad pasiva. Y es sobre la base del primer argumento que la Corte, al referirse al art. VI de la Convención, expresó: "Esta obligación, sin embargo, no tiene nada que ver con el poder universal de cada Estado de perseguir este tipo de crímenes (...), [lo] que se basa en el Derecho Internacional consuetudinario. (...) Por lo tanto, el Estado de Israel tiene la facultad (...) en calidad de guardián del Derecho Internacional y agente para su implementación, para enjuiciar al apelante. Siendo éste el caso, ninguna importancia ata al hecho de que el Estado de Israel *no existía* [énfasis nuestro] cuando los crímenes fueron perpetrados".[182]

Aunque a 29.05.1962, fecha en que se dictó la sentencia, cabe dudar sobre la consideración de la base de competencia como Derecho consuetudinario,[183] lo

palabras, art. 50, Convención de Ginebra II, art. 129, Convención de Ginebra III, art. 146, Convención de Ginebra IV, y art. 85, Protocolo I. Con referencia a los Protocolos I y II (*supra*, nota 168) cfr. el comentario pesimista de Tomuschat (2002), op. cit., nota 175, 315 (334), aunque el Protocolo II cuenta con 150 y el Protocolo I con 157 Estados Partes.

(179) *Supra*, nota 163.

(180) Tomuschat (2002), op. cit., nota 175, 330.

(181) Reproducido en Nehemiah Robinson (1960). *The Genocide Convention – A commentary*. New York: Institute of Jewish Affairs-World Jewish Congress, 131 *et seq*. Cfr. también Jean Graven (1951). "Le crime contre l'humanité", *R.d.C.* 76 (1950-I). Paris: Librairie du Recueil Sirey, 433 (517).

(182) Eichmann Case (*supra*, nota 148), 304.

(183) Si ésta se refiere a su concepto tradicional – cfr. Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 324 *et seq*. Si recordamos que hasta esta fecha no hubo ninguna sentencia penal firme sobre caso de genocidio alguno, incluso en el Tribunal de Nuremberg, y, en realidad, no la hubo hasta después que se terminó la guerra fría con una excepción, que es el juicio a Pol Pot *in absentia* después de la invasión de las tropas vietnamitas en Camboya: "Acte d'accusation", documentado en *U.N. Doc.* A/C.3/34/1, 30.07.1979 y el "Jugement du tribunal", documentado en *U.N. Doc.* A/34/491, Annex, 19.08.1979, y *U.N. Doc.* A/34/569, 12.10.1979. Sobre la idea de un Derecho consuetudinario internacional

esencial en estos razonamientos es la conclusión alcanzada en cuanto a que es *opinio iuris* de todos los Estados, como corolario de un interés legal único compartido realmente por todos ellos, que en el caso de la prohibición del genocidio corresponde en principio a todos los Estados dictar sentencia. Y es en este contexto que la Corte se basó en lo que omitimos al citar sus razonamientos sobre la competencia: que "el Estado de Israel es competente [con base en] el principio de la jurisdicción universal (...) para enjuiciar" a Adolf Eichmann.[184]

De esta manera, basándonos en nuestra regla sobre la jurisdicción, se llega a la conclusión de que cualquier Estado es competente, como corolario de un interés legal único compartido por todos los Estados. Este interés legal único constituye *per se* una relación (*contact*) suficientemente relevante en términos legales cuando se trata de dictar sentencia sobre actos de genocidio, independientemente de dónde, por quién y contra quién se hayan perpetrado, sin que el Derecho Internacional Público requiera la existencia de cualquiera de los nexos discutidos anteriormente.[185] Estos razonamientos fueron recientemente confirmados por la Sala II del Tribunal Constitucional Alemán, bajo la presidencia de la profesora Jutta Limbach.[186] De acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional, "(...) el crimen del genocidio es la violación más grave contra los *derechos humanos* [énfasis nuestro] y por lo tanto el supuesto por excelencia para la aplicación del principio de universalidad que tiene la función de persecución general, es decir, *sin que haya lagunas en la persecución* [énfasis nuestro] de crímenes

"espontáneo" que se basa en el caso de la plataforma continental del Mar del Norte – *I.C.J. Reports* 1969, "North Sea continental shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands)", Judgment, 20.02.1969, 4 (23)– cfr. Bin Cheng (1965). "United Nations resolutions on outer space – "Instant" international customary law?", *Indiana Journal of International Law* 5, 23 *et seq.*, como también, últimamente con referencias en el área de nuestro interés, Tomuschat (2001), op. cit., nota 10, 331 *et seq.*, pero también Madeline Morris (2001). "High crimes and misconceptions – The ICC and non-party States", *Law and Contemporary Problems* 64, 13 (57 *et seq.*).

(184) *Supra*, nota 182.

(185) Por eso la jurisprudencia de la Corte Suprema de Alemania sobre el "nexo legítimo" para la competencia de la República Federal de Alemania sobre casos de genocidio fuera de sus límites territoriales, que últimamente fue abandonada en el caso Maksim Sokolovic (*supra,* nota 178) con respecto a crímenes de guerra, es completamente errónea y más un criterio de oportunidad que un criterio con fundamento en el Derecho internacional Público. Una crítica amplia sobre esta jurisprudencia se encuentra en Kai Ambos y Steffen Wirth (2001). "Genocide and war crimes in the former Yugoslavia before German criminal Courts", en Fischer (*supra*, nota 174), 770 (778 *et seq.*).

(186) "(...) al decidir a favor de la competencia de la República Federal de Alemania para dictar sentencia sobre hechos de genocidio cometidos en el territorio que a la fecha forma parte del Estado de Bosnia-Herzegovina."

contra bienes jurídicos de la comunidad internacional en su conjunto, en todo el mundo".[187]

En este contexto merece la pena mencionar que no compartimos el concepto de un principio de universalidad "delegado"[188] o "absoluto".[189] Primero, porque si un interés legal único de los Estados es afectado, no se trata de "delegar una competencia" si este interés constituye *per se* un contacto suficientemente relevante en términos legales cuando se trata de dictar sentencia sobre actos de genocidio. Y, segundo, porque todo principio de Derecho en el Derecho moderno no opera bajo fórmulas legitimadoras de carácter transcendental, y por lo tanto no puede existir la diferencia entre principios de Derecho absolutos y relativos.

Otro problema relacionado con conceptos erróneos de un principio de universalidad "condicionado", "casi universal" o "alternativo" se refiere al principio *aut dedere aut iudicare* (*aut prosequi*).[190] Fue la Sala II del Tribunal Constitucional Alemán la que, al interpretar el art. 7 de la Convención contra el genocidio,[191] dictaminó que la "República Federal de Alemania estaría obligada a cumplir con una petición de extradición de Bosnia-Herzegovina",[192] dejando así en claro que interpreta este artículo en su conjunto con las demás disposiciones de la Convención de una manera tal que impone una obligación de extradición a los demás Estados Partes. El art. 7 fue introducido en el texto de la Convención a causa de la "exención de delitos políticos" (*political offense exemption*)[193] –la "caja negra" del Derecho de extradición–, es decir, casos en los cuales un Estado que recibe una petición de extradición no quiere extraditar ni revelar los fundamentos del rechazo.[194] Por eso la cláusula en el art. 7 de la Convención tiene la *función* de no dejar lugar a dudas con respecto a que, tratándose del crimen de

(187) Bundesverfassungsgericht (2000), op. cit., nota 43, 81.

(188) Henzelin (2000), op. cit., nota 13, 71 *et seq.*, 239 *et seq.*

(189) Ibidem, 81 *et seq.*, 381 *et seq.*

(190) Cfr. las referencias en Henzelin (2000), op. cit., nota 13, 29 *et seq.*

(191) Art. VII:

"A (...) efectos de extradición, el genocidio y los otros actos enumerados en el artículo III no serán considerados como delitos políticos.

Las Partes contratantes se comprometen, en tal caso, a conceder la extradición conforme a su legislación y a los tratados vigentes."

(192) Bundesverfassungsgericht (2000), op. cit., nota 43, 82.

(193) Cfr. para más detalles Geoff Gilbert (1991). *Aspects of Extradition Law*. Dordrecht: Nijhoff, 113 *et seq.*, y Horacio Piombo (1998). *Tratado de la extradición*. Buenos Aires: Depalma, 374 *et seq.*

(194) Christopher Blakesley y Otto Lagodny (1991). "Finding harmony amidst disagreement over extradition, jurisdiction, the role of human rights, and issues of extraterritoriality under international criminal law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 24, 1 (46).

genocidio, no cabe este tipo de argumentación.[195] Pero eso no quiere decir que los Estados Partes tengan una obligación de extraditar, sino que, recordando sus deberes según el art. 1 de la Convención conforme la interpretación del Tribunal ("sin que haya lagunas en la persecución"), tienen la obligación de extraditar cuando no juzgan (y/o persiguen) el crimen de genocidio. De la función de este principio – no hay lugar para la "exención de delitos políticos"– se deduce también que en el caso de la Convención contra el genocidio los razonamientos sobre una obligación del Estado no territorial "alternativo", "disyuntivo" o "coexistente" consistente en juzgar por un lado y extraditar por el otro[196] son equívocos, pues no se puede deducir del principio *aut dedere aut iudicare* (*aut prosequi*) una función que los Estados Partes no acordaron en el momento de la ratificación de la Convención.

Si bien no podemos avanzar más en este terreno por cuestiones de espacio, tenemos que señalar que el único problema de la competencia universal que encontramos en muchos conceptos erróneos sobre el principio de jurisdicción universal es el de la competencia subsidiaria del Estado no territorial, tal y como lo declaró la Sala Penal de la Audiencia Nacional de Madrid en el caso guatemalteco, en diciembre de 2000;[197] y en el mismo sentido deben interpretarse los razonamientos de la Sala II del Tribunal Constitucional Alemán sobre el art. 7 de la Convención contra el genocidio. Sin poder profundizar aquí este problema, una breve comparación de los razonamientos que han hecho diversos autores con relación a este problema[198] demuestra que de ningún modo se puede hablar de un principio general (de Derecho Internacional Público) de subsidiariedad.[199] Ello se debe a que el interés en la persecución general del crimen de genocidio como corolario del interés único de los Estados en la prohibición del genocidio constituye *per se* un nexo con tales actos suficientemente relevante en términos legales para ejercer el poder estatal de dictar sentencia. Queda abierto el problema de si para

(195) Cfr. también el art. 1, a), del Protocolo Adicional a la Convención Europea en Materia de Extradición – E.T.S. n. 086 (15.10.1975).

(196) Cherif Bassiouni (1999). *Crimes against humanity*. 2. ed. Dordrecht: Kluwer Law International, 223.

(197) Audiencia Nacional (2000). "Auto de la Sala de lo Penal del 13.12.2000", reproducido en <www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/espana.html> (último acceso: 07.12.2001); cfr. la nota de investigación del autor, "Justicia universal y el genocidio en Guatemala: perspectivas europeas" (pedidos de copia a <J.Simon@iuscrim.mpg.de>), como también el análisis de Michael Cottier (2001). "What relationship between the exercise of universal and territorial jurisdiction?...", en Fischer (*supra*, nota 174), 844 *et seq*.

(198) Cfr. las referencias de Henzelin (2000), op. cit., nota 13, 227 *et seq*.

(199) O peor todavía, que a juicio de la Audiencia Nacional forma parte del *jus cogens internacional* – Audiencia Nacional (2000), op. cit., nota 197, "Razonamientos jurídicos", párr. 2. Ahora bien, en el caso concreto de infracciones graves de los Convenios de Ginebra y de su Protocolo I, cfr. la segunda frase del art. 88, párr. 2, Protocolo I (*supra*, nota 168).

alcanzar este interés se debe priorizar la competencia del Estado territorial en un caso determinado. Sin poder avanzar más en este terreno inseguro, en el cual hasta ahora nadie se ha adentrado más profundamente, merece la pena recordar que bajo la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional la carga de la prueba de la supuesta violación de la soberanía de un Estado para dictar sentencia en actos de genocidio pesa sobre aquél que alega la violación,[200] es decir, ¡el Estado que alega la violación de su soberanía tiene que probar que está persiguiendo estos actos!

3.3 "Derechos humanos"

Si de lo anteriormente descrito se deduce que existe la jurisdicción universal en los actos relativos a tortura, "violaciones graves" del Derecho Humanitario y el genocidio, cabe subrayar cuál es la función de la denominación "derechos humanos" establecida por el Tribunal Constitucional. En este contexto, también conviene hacer mención al Proyecto de Ley Introductoria al Código Penal Internacional Alemán realizado por el Ministerio de Justicia, que afirma la competencia de dictar sentencia por parte de la República Federal de Alemania en el siguiente caso: "Quien en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (...) persiguiere un grupo o colectividad a través de una privación o restricción esencial de los *derechos humanos fundamentales* [énfasis nuestro] fundada en motivos políticos, de raza, nacionalidad, étnicos, culturales o religiosos, por razón de género u otros motivos prohibidos por los principios generales de Derecho Internacional Público (...) será sancionado como mínimo con prisión de tres años".[201]

Fácilmente se concluye de los ejemplos anteriormente citados que el uso de la terminología "derechos humanos" puede llevar a conflictos entre los Estados sobre su relevancia para el código legal/ilegal. De este modo llegamos a la pregunta central de la competencia universal: ¿Cuál es el interés legal único compartido por todos los Estados con relación al concepto de "los derechos humanos" en las diversas concepciones del mundo y del hombre, cristalizadas en expectativas legales que podemos identificar en un caso determinado que no sea ninguno de los anteriormente citados y que lleve a la conclusión de dictar sentencia? Ésta de por sí no es una tarea fácil, y se complica más aún si recordamos que desde hace tres o cuatro décadas se ha hecho mayor referencia en el Derecho a los "derechos humanos".[202] A juicio del ex-Presidente de la Comisión Europea de Derechos

(200) Cfr. *supra*, nota 9.

(201) Art. 8, n. 10, del "Referentenentwurf" del 22.06.2001 – Bundesministerium der Justiz [= BMJ] (2001), *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB-Einführungsgesetz – VStGBEG)*. Berlin: BMJ, 5 *et seq.*

(202) Cfr. la publicación crítica del ex-Presidente de la Comisión Europea de Derechos Humanos Stefan Trechsel (2000). *Inflation in the field of human rights*. Nijmegen: Nijmegen University Press.

Humanos, profesor Stefan Trechsel, este proceso se puede denominar como una "inflación", la cual creó un desequilibrio: mientras el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ve convertido en un "gigante", en la sanción por decepcionar expectativas normativas se ha quedado todavía como un enano.[203]

4. La universalidad del hombre como persona

Si bien es esta asimetría la que preocupa a los organismos no-gubernamentales, el reto fundamental que ellos en su conjunto asumen no es el mismo que el nuestro de identificar un interés legal único de los Estados. Más bien, principalmente en el transcurso de las últimas décadas, ellos han concretado, afirmado y exigido lo que el Juez japonés de la Corte Internacional de Justicia, Kotaro Tanaka, en su voto sobre el caso de Sur África Oriental, señaló en el año 1966: "El principio de la protección de los derechos humanos emana del concepto del hombre como persona y su relación con la sociedad, que no puede separarse de la naturaleza humana universal. La existencia de los derechos humanos no depende de la voluntad de un Estado; ni internamente de su ley o cualquier otra medida legislativa, ni internacionalmente de Tratados o de la costumbre, en los cuales la voluntad expresa o tácita de un Estado constituye el elemento esencial".[204]

(203) Cfr. Jean-François Flauss (2000). "Droits des immunités et protection internationale des droits de l'homme", *Revue Suisse de Droit Internationale e de Droit Européen* 10, 299 (306).

(204) *I.C.J. Reports* 1966, op. cit., nota 102, 250 (297). Aunque hay que subrayar aquí que el concepto de persona desde la Antigüedad está en disputa. Por eso preferimos definirla en este contexto como espejo (= máscara) de expectativas sociales. Por lo tanto, el término "naturaleza" en este contexto no es nada más que una referencia medieval inapropiada que equivale a lo que en la modernidad podemos describir como reflexión en la memoria de la sociedad sobre estas expectativas normativas cristalizada en el término "derechos humanos".

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

(RE)DISCUTINDO O OBJETO DO PROCESSO PENAL COM JAIME GUASP E JAMES GOLDSCHMIDT

AURY LOPES JR.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Determinação do objeto do processo penal: 2.1 Teorias sociológicas; 2.2 Teorias jurídicas; 2.3 Teoria da satisfação jurídica das pretensões – 3. Estrutura da pretensão jurídica: 3.1 Elemento subjetivo; 3.2 Elemento objetivo; 3.3 Declaração petitória – 4. Conteúdo da pretensão jurídica no processo penal: punitiva ou acusatória? – 5. Conclusões – Bibliografia.

Resumo: O estudo do objeto é crucial para a captação lógica do desenvolvimento do processo penal enquanto situação jurídica dinâmica. O presente trabalho faz um resgate temático partindo de dois referenciais teóricos (James Goldschmidt e Jaime Guasp), através dos quais se pretende desconstruir a teoria dominante de Karl Binding, que considera a pretensão punitiva como objeto do processo penal. A percepção do histórico equívoco permite a construção de uma nova estrutura fundada numa pretensão meramente acusatória, em perfeita harmonia com o sistema acusatório.

Palavras-chave: Processo penal – Objeto – Pretensão jurídica – Ação penal.

1. Introdução

O presente trabalho visa rediscutir o objeto do processo penal a partir de dois referenciais teóricos: James Goldschmidt e Jaime Guasp. Partimos do conceito de pretensão jurídica de Guasp para cotejá-lo com a visão de Goldschmidt e sua crítica à teoria de Binding (pretensão punitiva), por ser inadequada e desrespeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal.

Esse resgate temático é crucial para a perfeita captação lógica do desenvolvimento do processo penal. Sua clara definição impediria – *v.g.* – que o sistema de justiça negociada fosse levado a extremos (com o acusador negociando um *quantum* de pena), contrariando o fundamento da existência do processo penal e os próprios limites do objeto.

Ademais, aceitando-se a tese aqui defendida (pretensão acusatória), daríamos um importante passo em direção ao modelo acusatório, pois, sendo o Minis-

tério Público titular exclusivo[1] do poder de proceder contra alguém (*ius ut procedatur*), deixando de exercê-lo, não caberia ao juiz caminho diverso que o arquivamento (extinção do feito sem julgamento do mérito) ou a absolvição. Da mesma forma, na ação penal privada, o querelante deixaria de ser visto como um *substituto processual* (categoria do processo civil) e passaria a ser tratado como titular da pretensão acusatória articulada em juízo.

Como identificou J. Goldschmidt,[2] grave problema existe no paralelismo entre processo civil e processo penal, principalmente quando são buscadas categorias e definições do processo civil e pretende-se sua aplicação automática no processo penal, como ocorre na captação lógico-normativa do objeto. O fenômeno do processo civil é bastante claro e distinto do fenômeno do processo penal. Assim, é necessário respeitar as categorias jurídicas próprias para o processo penal, adequadas às particularidades de seu objeto.

O tema é complexo e a finalidade do presente trabalho é ressuscitar a discussão, contribuindo para a desconstrução do dogma da *pretensão punitiva*, concebido por Binding e repetido pelo mofado discurso do senso comum teórico "manualístico", que segue fazendo transmissões mecânicas[3] das categorias do processo civil para o processo penal sem qualquer reflexão.

(1) Nestes termos dispõe expressamente o art. 129, I, da Constituição.

(2) James Goldschmidt. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal.* Barcelona: Bosch, 1935. p. 8.

(3) Outro exemplo de equivocada transmissão de categorias ocorre nas prisões cautelares. Como já explicamos em diversas outras oportunidades (*Revista Ajuris* 72; *RT* 748; *RePro* 89 e *Boletim do ITEC* 5, ago. 2000), o equivocado senso comum teórico, ao analisar o requisito e o fundamento das medidas cautelares, identifica-os com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora,* seguindo assim as lições de Calamandrei em sua célebre obra *Introduzioni allo studio sistematico dei provedimenti cautelari.*

O erro consiste na transmissão mecânica dos conceitos do processo civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia. Constitui uma impropriedade jurídica afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é uma "fumaça de bom direito"?

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva *não* é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado. O que legitima a decretação de uma medida cautelar não é um direito, senão a necessidade da segregação diante da prática de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o *requisito* para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito e nunca de um direito. A fumaça é de um injusto típico e não de um direito, até porque o crime é a própria negação do direito, sua antítese.

Seguindo a mesma linha de Calamandrei, o senso comum teórico considera equivocadamente que o *periculum in mora* é outro requisito das cautelares. A confusão aqui

2. Determinação do objeto do processo penal

Partindo da lição de Guasp,[4] consideramos que o *objeto do processo é a matéria sobre a que recai o complexo de elementos que integram o processo e não se confunde com a causa ou princípio, nem com o seu fim.* Por isso, não é objeto do processo o fundamento a que deve sua existência (instrumentalidade garantista)[5] nem a função ou fim a que, ainda que de forma imediata, está chamado a realizar (a satisfação jurídica da pretensão). Buscando explicar o verdadeiro objeto do processo, debate-se a doutrina em teorias que podem ser sistematizadas em três grupos:[6]

a) Teorias Sociológicas (conflito de interesses, de vontades e de opiniões);

b) Teorias Jurídicas (subjetiva e objetiva);

c) Teoria da Satisfação Jurídica das Pretensões.

2.1 Teorias sociológicas

Para as Teorias Sociológicas,[7] a função do processo é resolver o conflito social, intersubjetivo. As relações que se estabelecem entre os homens originam, inevitavelmente, roces ou fricções, isto é, conflitos. Esses conflitos sociais devem ser regulados pelo direito (no caso o direito penal), pois, se assim não fosse, estariam em risco a paz da comunidade e a própria justiça.

Na concepção carneluttiana, o processo é a justa composição de uma lide, entendendo por lide o conflito intersubjetivo de interesses qualificados por uma pretensão resistida (contradita). Constitui objeto do processo não só a estrita colisão de interesses – elemento material –, mas também a pretensão e a resistência que dela emana (elemento formal). Dentro das Teorias Sociológicas encontramos

não é apenas terminológica, mas sim fruto da equivocada valoração do perigo decorrente da demora no sistema cautelar penal. O perigo não é gerado pelo tempo, pois não é este o critério determinante do perigo. O risco reside na permanência, em liberdade, do imputado. Na realidade, o que existe é um *periculum libertatis*, ou seja, o perigo que decorre da situação de liberdade em que se encontra o sujeito passivo. É o estar em liberdade o gerador do perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova, alarma social e reiteração delitiva). Superada essa confusão, verifica-se ainda que o *periculum libertatis* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu *fundamento*. As medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo com a função de garantir a presença da parte passiva.

(4) "La pretensión procesal". *Estudios jurídicos*, p. 593 *et seq.*

(5) Sobre o tema veja-se nossa obra *Sistemas de investigação preliminar no processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

(6) Seguindo a sistemática de Pedro Aragoneses Alonso. *Proceso y derecho procesal,* p. 158 *et seq.*

(7) Seguindo Guasp. "La pretensión procesal", p. 570 *et seq.*

a do Conflito de Interesses de Carnelutti; a do Conflito de Vontades, também de Carnelutti;[8] e a do Conflito de Opiniões, de Calamandrei.

A crítica que se faz a estas teorias é que são materialmente excessivas, pois recorrem a uma complexa noção do choque social para explicar o nascimento do processo, quando é possível que exista processo sem prévio conflito. O importante para o processo não é, evidentemente, o conflito, que não resulta necessário que exista, mas sim a reclamação ao juiz, que pode ir ou não ligada àquele. No aspecto formal também é insuficiente, pois não basta a existência do conflito. O simples fato de ter ocorrido um crime não é, por si só, o bastante para que nasça o processo. É imprescindível a *reclamação jurídica* ou a invocação da tutela jurisdicional através do respectivo instrumento processual. Daí por que não concordamos com aqueles que apontam para o fato delituoso (ou caso penal) como sendo o objeto do processo penal. Como explicaremos a continuação, o fato delituoso é o elemento objetivo da pretensão, e isoladamente não é capaz de explicar a fenomenologia do processo penal. Para que o processo nasça, é imprescindível que ao caso penal seja acrescentada a *declaração petitória.*

2.2 Teorias jurídicas

As Teorias Jurídicas[9] deixam de lado o fenômeno social e colocam como prioridade a explicação do processo como figura jurídica pura. Em síntese, é a idéia geral do processo como instrumento para a atuação do direito, a missão de realizar ou atuar o direito.

No processo penal, a que melhor se adapta é a concepção processual objetiva,[10] pois concebe o processo como um instrumento de atuação do direito objetivo (penal) genericamente considerado. Para essa teoria, o que o processo protege ou tutela não são os direitos dos particulares, senão o próprio direito objetivo (incluindo a proteção constitucional do inocente). O processo penal, em última

(8) Essa "segunda versão" surgiu no trabalho Litis-proceso quando, tratando de rebater as críticas de Calamandrei, Carnelutti retifica sua teoria e identifica a lide não mais com o conflito de interesses, mas com um conflito de vontades em torno de um interesse. Sobre o tema, Pedro Aragoneses Alonso. *Proceso y derecho procesal*, p. 173.

(9) Segundo Pedro Aragoneses Alonso (*Proceso y derecho procesal*, p. 159 *et seq.*), as Teorias Jurídicas podem ser divididas em dois grupos:

a) Concepção processual subjetiva (tutela do direito subjetivo): sustentada por Rocco, Gerber, Kisch, Manfredi e Simoncelli.

b) Concepção processual objetiva (tutela do próprio direito objetivo): defendida por Wach, Shimdt, Langheineken e Chiovenda.

(10) Dominante no direito processual moderno, em contraste com a Teoria Subjetiva, que defende que o processo cumpre a função de tutela dos direitos subjetivos – da parte.

análise, tutela o direito material de penar aqueles ataques aos bens juridicamente protegidos, tendo em vista que o direito penal é de coerção indireta,[11] necessitando do processo para tornar efetiva a sanção.

A principal crítica[12] é de que essa teoria também é insuficiente, pois ignora o fundamento ou razão social que possa ter a atuação do direito, de modo que não se pode explicar o fenômeno do objeto a partir de um ponto de vista puramente jurídico. Em outras palavras, falta para essa teoria uma maior valoração do conflito social.

2.3 Teoria da satisfação jurídica das pretensões

É a que melhor explica o verdadeiro objeto do processo penal, pois resulta da fusão das duas teorias anteriores. Corresponde a Guasp[13] o acerto de fazer da pretensão o conceito fundamental da idéia do processo, de modo que o *objeto do processo penal é uma pretensão jurídica* e a sua função é a satisfação jurídica das pretensões.

Como esclarece Pedro Aragoneses Alonso,[14] a pretensão, entendida como conduta de um sujeito juridicamente atuada para a obtenção de um reparto, que se afirma como justo, sobre a base de critérios normativos preestabelecidos, constitui sem dúvida o objeto sobre o qual gira a atividade processual. Como a tese, em qualquer tipo de controvérsia, é o objeto da discussão e não o é a discussão em si mesma.

Para definir o objeto do processo deve-se encontrar uma dupla base:[15] de um lado, sociológica, que proporcione o dado social ao qual o processo está devida-

(11) Ao contrário do direito civil, o direito penal não tem poder coercitivo imediato nem realidade concreta fora do processo pena. A pena é efeito do delito e do processo, mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo. É o que Gomez Orbaneja denomina de *principio de la necesidad del proceso penal.*

(12) Segundo aponta Guasp, "La pretensión procesal", p. 579.

(13) Sem embargo, a tese não é inédita, pois, como reconhece o próprio autor, a doutrina alemã de Rosenberg e a italiana de Carnelutti já haviam dado mostras do conceito de pretensão, mas não com plenos frutos. Pode-se afirmar que a base jurídica da teoria foi dada por Rosenberg e o aspecto sociológico do conflito foi dado por Carnelutti, no seu estudo sobre a lide. Como explica Guasp ("Pretensión procesal", p. 587, nota de rodapé n. 44), seu conceito pode ser concebido como uma fusão das idéias básicas de Rosenberg e Carnelutti, "tomando del primero el estricto carácter procesal, no material, de la reclamación, y del segundo su desvinculación de la idea del derecho (que tampoco es contradicho por aquél)".

(14) *Proceso y derecho procesal*, p. 184.

(15) Jaime Guasp. A continuação, analisaremos os fundamentos expostos pelo autor no trabalho "La pretensión procesal".

mente vinculado; e de outro lado, uma base jurídica, que, recolhendo o material sociológico, esclareça o tratamento peculiar que o direito lhe proporciona.

A pretensão jurídica é reflexo ou uma substituição da pretensão social, que nasce exatamente do delito, visto como um conflito ou problema social complexo, pois a conduta ilícita representa um ataque a determinados bens jurídicos que o direito entendeu necessário tutelar. O delito ataca um sentimento básico da comunidade e gera uma reação social. Por isso, não configura nenhum absurdo dizer que, no plano fático, a ilicitude material antecede cronologicamente a própria tipicidade, que nasce a partir do desvalor social de determinada conduta. Em outras palavras, primeiro uma conduta é reprovada pela sociedade e a partir desse juízo de desvalor (social) surge uma necessidade de coibir tais atos através de uma norma, é dizer, da pressão ou necessidade social advém a atividade legislativa que cria o tipo penal.[16] Com a tipicidade, se presume a ilicitude formal e material (salvo se existir uma causa de justificação).

Partindo de uma premissa distinta (pois dirigida ao processo civil), Guasp chegou a uma conclusão acertada que pode ser perfeitamente aplicada também ao processo penal. Explica o autor que o direito se aproxima da sociologia sempre da mesma maneira: toma-lhe os problemas cuja solução postula a comunidade e estabelece um esquema de *instituições artificiais*, em que busca substituir as estruturas e funções puramente sociais do fenômeno e realiza um trabalho de *alquimia*, para criar novas fórmulas, mas se despreocupa depois com o material social. Na síntese do autor, *o direito, para salvar a sociologia, não tem mais remédio que matá-la.*[17]

Ruth Gauer,[18] na mesma linha, aponta que a *justiça positiva chega tarde demais e se distorce, como uma desfiguração imposta pelo grande aparato jurídico todo-poderoso ao fraco violentado, tornando-o mesquinho, bruto, miserável no corpo e no espírito.*

A conclusão final é que a pretensão jurídica é um produto que o direito retira da pretensão social. O delito é um fenômeno social, exteriorizado pelo ataque aos sentimentos e valores básicos da comunidade e que gera uma reação social. O direito retira a questão do âmbito social em que aparece cravada e cria, no lugar

(16) Isso no plano ideal, muito distante da realidade brasileira, em que a diarréia legislativa causada por legisladores que não sabem e não querem resolver o grave problema social faz o que é mais fácil e barato: normas penais. Influenciados pelos movimentos repressivistas de extrema direita, como o *law and order*, recorrem á ideologia do repressivismo saneador. É o fracasso do simbólico punitivo.

(17) Por vezes, as instituições artificiais que utiliza o direito penal e o processo penal acabam por criar um problema (do ponto de vista sociológico) de igual ou até maior gravidade que o próprio delito. Nesse sentido está o problema da pena de prisão (um sistema falido); da reinserção social do presidiário; a estigmatização social e jurídica que causa a pena e o próprio processo penal; as chamadas penas processuais etc.

(18) "Alguns aspectos da fenomenologia da violência". *A fenomenologia da violência*, p. 14.

da figura sociológica que suscita o problema, uma forma jurídica específica, que pretende refletir aquela. Mas o direito penal não é auto-executável e por isso necessita de um instrumento para realizar-se. Dessarte, o processo deve buscar a satisfação jurídica da pretensão.

O único reparo, ou melhor, complemento, que nos parece necessário fazer à tese de Guasp é considerar também como função do processo a *satisfação de resistências*.[19] O choque intersubjetivo entre a pretensão acusatória e a resistência[20] do acusado (*ius libertatis*) é o que deve ser resolvido pelo juiz na sentença, e a ele corresponde satisfazer a pretensão do autor ou acolher a resistência do acusado. A resistência vem materializada no exercício do direito de defesa, com todos os instrumentos processuais que lhe oferece o ordenamento jurídico.

Especificamente no processo penal, a satisfação da resistência resulta um imperativo do contexto político-constitucional e dos postulados de garantia do indivíduo. Por isso, é inegável que *em pé de igualdade com a pretensão se encontra a resistência oferecida pela defesa,* e a função do processo penal estará igualmente satisfeita com a condenação ou absolvição.

Como sintetiza Gimeno Sendra,[21] *a função do processo penal não pode limitar-se a aplicar o direito de penar, pela simples razão de que também está destinado a declarar o direito a liberdade do cidadão inocente.* O processo penal constitui um *instrumento neutro da jurisdição*, cuja finalidade consiste tanto em atuar o poder de penar e a função punitiva, como também em declarar de forma ordinária (pela sentença) ou restabelecer pontualmente a liberdade (através do *habeas corpus*). O direito à liberdade é um valor superior no ordenamento jurídico (*caput* do art. 5.º da CB) e inclusive ocupa, graças a presunção de inocência, uma posição preferente quando comparado ao poder de punir.

Ademais, a pretensão acusatória e o poder de penar, em última análise, encontram respaldo jurídico no direito penal e não podemos esquecer que este tem uma dupla função: punir o culpado e ao mesmo tempo assegurar a liberdade do inocente.

A pretensão é uma declaração de vontade, uma *declaração petitória*, que adquire caráter jurídico ao encontrar suporte no direito objetivo. No caso do processo penal, a pretensão acusatória é jurídica por descrever uma conduta humana

(19) Victor Fairén Guillén. "El proceso como función de satisfacción jurídica". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 1, 1969. p. 17-95.

(20) Com isso não estamos condicionando a existência do processo ao conflito. Para o processo penal basta o conflito potencial (lide latente) entre a pretensão acusatória e o direito de liberdade do imputado. Nesse sentido, Leone (*Trattado di diritto processuale penal*, vol. 1, p. 181 *et seq.*) explica que no processo penal sempre existe um conflito, um contraste de interesses e a atuação das partes pode ser delineada no conflito entre o poder punitivo do Estado e o direito de liberdade do acusado.

(21) Na obra coletiva *Derecho procesal penal*, p. 26.

que atenta ou lesiona um bem jurídico tutelado e que se amolda perfeitamente a um tipo penal abstrato. Ou melhor, está sustentada pelo *fumus commissi delicti*. A existência de um fundamento jurídico (tipo penal) qualifica de jurídica a pretensão articulada. Sem embargo, a veracidade do alegado não é uma *condicio sine qua non*, pois, como ocorre no processo civil, podem existir tanto pretensões sinceras e fundadas como pretensões falsas ou infundadas.

Com o delito surgem o conflito social e a pena pública como resposta estatal e em nome da coletividade ao autor da conduta. Instala-se um conflito de vontades em torno de um interesse – o de penar – entre o Estado e indivíduo (*ius puniendi versus ius libertatis*). Diante desse conflito, surge o processo como instrumento hábil para a justa composição dessa lide.[22]

Desde logo, destacamos que somos partidários da existência de uma lide de natureza penal, pois, no processo penal, como aponta Leone,[23] existe sempre um conflito, um contraste de interesses, e a atuação das partes pode ser delineada no conflito entre o poder de penar do Estado e o direito de liberdade do imputado. Até porque, para o conceito de lide, basta um conflito potencial, isto é, uma *lide latente*. No mesmo sentido, Guarnieri[24] afirma ser suficiente o *contraste sólo en apariencia*. Em definitivo, basta o conflito *in potentia*.

(22) Apesar dessa concepção carneluttiana, o próprio Carnelutti (*Derecho procesal civil y penal*, p. 301) entende que no processo penal o contraste que se pode admitir entre o Ministério Público e o acusado responde ao conceito de controvérsia e não de lide, pois é um contraste de opiniões em torno de um mesmo interesse, que é o interesse do acusado. Em uma concepção muito particular, Carnelutti defende que "o acusado tem no processo penal o mesmo interesse que tem o enfermo na comprovação e na cura de sua enfermidade. Falar de um interesse do acusado a liberdade, entendido como interesse a ser absolvido, mesmo quando seja culpado, equivaleria a admitir o interesse do enfermo em que o médico não descubra sua enfermidade. Por outro lado, supor um interesse do Ministério Público em castigar ao acusado, ainda que inocente, é atribuir-lhe nada menos que uma desonestidade".

Entendemos que a idéia de Carnelutti, nesse particular aspecto, não merece acolhida. É inegável que existe no processo penal um conflito de interesses entre acusado e acusador, talvez o mais autêntico de todos os conflitos. Ademais, não nos parece que metáfora com a enfermidade seja adequada á realidade, pois com a falência da pena de prisão ela está muito longe de curar. O próprio autor em outro momento (*As misérias do processo penal*, p. 68-69) afirma que a infeliz distinção entre o cárcere e o hospital consiste em que a prova do progresso da enfermidade não tem importância, pois, se o juiz disse dez, vinte ou trinta anos, isto é o que deve ser, ainda que a prova demonstre que é pouco, ou que o doente ficou curado antes do cumprimento total da pena. No mesmo sentido, Guarnieri (*Las partes en el proceso penal*, p. 24) afirma que tampouco parece que a equação pena = remédio da alma (cuja frase original é de Platão) seja aceita pelos interessados e menos ainda pelo sentimento do povo.

(23) Giovanni Leone. *Trattado di diritto processuale penale*, vol. 1, p. 181 *et seq.*

(24) *Las partes en el proceso penal*, p. 33.

O conceito de lide nos leva à idéia de interesse, visto como a relação entre o homem e determinados bens ou valores. No processo penal, o interesse está relacionado com a noção de bem jurídico e a necessidade do processo para chegar-se à pena como resposta estatal àquela conduta que atentou contra um bem jurídico. Surge um conflito de interesses: de um lado, do Estado (poder de penar), e de outro, do particular (direito de liberdade). A pretensão processual, em essência, é o ato de se exigir a subordinação do interesse do particular (liberdade) ao interesse estatal de perseguir e punir.

Contudo, a inexistência de uma lide concreta não gera a simples extinção do processo, pois basta uma lide potencial. Assim, é irrelevante para a existência do processo penal que o réu confesse ou concorde com a pena pretendida pelo Ministério Público (nos sistemas de *plea negotiation*). O processo vai necessariamente existir e desenvolver-se de forma completa e válida, posto que somente após percorrermos seu curso é que poderá surgir uma sentença. O processo penal está calcado no princípio da necessidade (*nulla poena et nulla culpa sine iudicio*) e na correlata noção de instrumento de garantia, de modo que jamais pode existir uma pena sem sentença, nem mesmo pela simples e voluntária submissão do réu.

Sem embargo, quando o Ministério Público deixa de exercer a pretensão acusatória (ou pede a absolvição), a situação é diferente. Neste caso, esvazia-se o próprio objeto do processo penal e o juiz, conforme a fase em que o feito se encontrar, deverá arquivar ou absolver o réu.

Convém recordar que *a base indispensável do processo não é a lide ou o conflito de interesses, mas sim o exercício de uma pretensão* (logo, se o acusador deixar de exercê-la, o processo perde sua sustentação). Ademais, para o processo penal basta a existência de uma lide potencial, isto é, uma *lide latente*. Com razão, Afrânio Jardim[25] define *a lide como elemento* acidental *do processo.*

Por fim, o conceito de pretensão não é um tema pacífico, principalmente porque existe uma tendência em confundir o objeto com a causa da qual o processo parte, ou com o fim mais ou menos imediato que tende a obter (pena); e de outro lado, porque alguns confundem o elemento objetivo (fato) com o poder para sua verificação processual, ou ainda com o ato procedimental no que vai inserido (ação).[26]

Ensina Guasp que, se considerarmos que o objeto não é o princípio ou causa de que parte o processo, nem o fim, mais ou menos imediato que tende a obter, mas sim a matéria sobre a qual recai o complexo de elementos que o integram, parece evidente que – tendo em vista que o processo se define como uma instituição jurídica destinada a satisfação de uma pretensão – é *esta pretensão mesma* que cada um dos sujeitos processuais, desde seu peculiar ponto de vista, trata de satisfazer, o que determina o verdadeiro objeto processual.[27]

(25) *Direito processual penal,* p. 166.

(26) Pedro Aragoneses Alonso. *Instituciones de derecho procesal penal,* p. 181.

(27) Jaime Guasp. *Derecho procesal civil,* vol. 1, p. 201 *et seq.*

Destarte, o objeto do processo não é a lide, mas sim a pretensão processual (acusatória), através da qual o autor deduz uma parcela da lide em juízo. E sua finalidade é a satisfação de pretensões e resistências, atendendo ao princípio da necessidade.

3. Estrutura da pretensão jurídica

A pretensão é uma declaração petitória[28] ou afirmação[29] de que o autor tem direito a que se atue a prestação pedida. É, no processo penal, *uma declaração petitória de que existe o direito de acusar e que procede a aplicação do poder punitivo estatal.* Por isso é uma pretensão acusatória, conforme explicaremos mais detidamente a continuação, ao analisar o "conteúdo da pretensão jurídica no processo penal". Não é um direito subjetivo, mas uma conseqüência jurídica de um estado de fato ou um estado de fato com conseqüências jurídicas.

Como assinalou Rosenberg, o processo se dirige a decidir sobre uma pretensão cuja admissão depende meramente de requisitos formais, constituídos por determinadas afirmações, prescindindo que as mesmas sejam verdadeiras e concludentes. A pretensão é admissível tão-só com tais requisitos formais, e a missão do processo será examinar sua consistência, para afirmar a existência do delito ou não.

Essa regra, de plena eficácia no processo civil, deve ser interpretada com reservas, pois no processo penal o recebimento da acusação está submetido a que o fato narrado revista de uma mínima aparência de delito.

Nesse sentido, o art. 43, I, do CPP determina que a denúncia ou queixa será rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime. Por isso, é fundamental que a acusação tenha um mínimo de *fumus commissi delicti.* Ao contrário do que acontece no processo civil, no penal o juiz deve verificar se a acusação tem verossimilitude e indica um suporte probatório mínimo que justifique sua admissão. Trata-se de um juízo de probabilidade que se reveste de uma importância fundamental, pois o processo penal, em si mesmo, já é uma pena. É inegável que o processo penal significa um etiquetamento com clara estigmatização social e por isso o juízo de pré-admissibilidade da acusação é tão importante.[30]

(28) Jaime Guasp. "La pretensión procesal". *Estudios jurídicos*, p. 604.

(29) Leo Rosenberg. *Tratado de derecho procesal civil*, vol. 2 , p. 27 *et seq.*

(30) É crucial que o processo penal brasileiro passe a contar com uma autêntica fase intermediária contraditória, em que, após uma cognição sumária, o juiz decida fundamentadamente se recebe ou não a acusação. O caminho foi aberto, timidamente, pela resposta prévia no rito dos crimes cometidos por funcionários públicos, posteriormente pela Lei 9.099 e recentemente pela Lei 10.409, mas ainda não é o suficiente.

Para compreender melhor o tema é essencial analisar, ainda que brevemente, os três elementos[31] que compõem a pretensão jurídica: subjetivo, objetivo e modificador da realidade (ou declaração petitória).

3.1 Elemento subjetivo

O elemento subjetivo se refere aos entes que figuram como titulares: o pretendente é aquele contra quem se pretende fazer valer essa pretensão. No processo penal, quem formula a pretensão, titular ativo, pode ser o próprio Estado, representado institucionalmente pelo Ministério Público ou o acusador privado (delitos de ação penal privada). No pólo passivo da relação jurídica está o acusado, a pessoa contra quem é formulada a pretensão. A estes sujeitos acrescenta o ordenamento um terceiro supra-ordenado, a quem se confere a função de receber as pretensões e proceder a sua satisfação. Esse terceiro é o juiz.

No processo penal o elemento subjetivo determinante é exclusivamente a *pessoa do acusado*, pois não vige a doutrina de tripla identidade da coisa julgada civil. Dessa forma, nem o pedido (que será sempre de condenação) nem a identidade da parte acusadora são essenciais para a eficácia da pretensão. Mas sim são fundamentais a clara individualização e determinação do sujeito passivo, uma tarefa que será tanto mais clara quanto mais eficaz for a investigação preliminar. Não existe processo penal sem sujeito passivo, mas, sim, pode existir sem a sua presença física (ausência, art. 367 do CPP).

3.2 Elemento objetivo

O *elemento objetivo da pretensão* é o bem da vida, o bem em litígio. No processo penal *é o fato aparentemente punível*, aquela conduta que reveste uma verossimilitude de tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Desde logo é importante esclarecer que *o fato aparentemente punível não é o objeto do processo, mas um elemento integrante da pretensão*. É preciso destacar essa afirmativa porque uma respeitável e numerosa doutrina, contagiada pela importância do elemento objetivo, considera que o objeto do processo é o fato punível,[32] esquecendo-se que isso, por si só, não tem aptidão para fazer nascer o processo.

(31) Seguindo Guasp, "La pretensión procesal". *Estudios jurídicos*, p. 600 *et seq.*

(32) Florian (*Elementos de derecho procesal penal*, p. 49) entende que o objeto fundamental do processo penal é uma determinada relação de direito penal que surge de um fato que se considera como delito. Nessa linha, Beling (*Derecho procesal penal*, p. 79) assinala que o assunto da vida constitui o objeto do processo. É importante destacar que Frederico Marques (*Elementos de direito processual penal*, vol. 1, p. 68), ao falar na "finalidade e objetivo do processo penal" (pois não trata claramente do objeto), cita

O fato que compõe a pretensão é o *natural – factae nudae* –, visto como a soma de acontecimentos concretos, históricos, *despidos da qualificação jurídica*. O que importa é a identidade do fato histórico, individualizado em sua unidade natural e não jurídico-penal.[33] Nessa linha, segue o sistema brasileiro o princípio *jura novit curia* amparado pela regra do *narra mihi factum dabo tibi jus* – ao acusador cabe narrar o fato, para que o juiz diga o direito aplicável.

Em definitivo, o conceito jurídico-processual de fato não coincide com o conceito jurídico-penal. O elemento objetivo da pretensão não é uma qualificação jurídica, tampouco um tipo penal abstrato, cuja autoria se imputa ao acusado. A identificação do objeto do processo não vem dada nem pela qualificação jurídica do fato nem pela quantidade de pena eventualmente pedida; mas sim pelo complexo de circunstâncias fáticas que compõem o atuar físico do sujeito.

Esse fato natural[34] corresponde a um fragmento concreto da realidade e a ele se refere a pretensão, como elemento determinante da mesma. Funcionará como delimitador da pretensão articulada na ação penal e, como define Guasp, funciona *não como cimento em que se embasa, mas como muros que a delimitam.*

Beling e lhe imputa uma frase: "Donde dizer Ernst Belling que o objeto do processo é a tutela da lei penal". Realmente Beling diz isso, mas em outro contexto, ao comentar "la función general político-jurídica del derecho procesal penal" e para definir a função institucional do processo penal. Sobre o objeto, dedica um capítulo específico, em que desde o início define como "el asunto de la vida (causa, res), en torno del cual gira el proceso, y cuya resolución (mediante decisión sobre el fondo) constituye la tarea propia del proceso (los merita causae o materialia causae, en la terminología de la ciencia pandectista)". Ademais de tirar uma frase do contexto, Frederico Marques incidiu no grave erro de identificar finalidade com objeto.

(33) Emilio Gómez Orbaneja. *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, vol. 1, p. 51 *et seq.*

(34) O estudo do elemento objetivo da pretensão – fato natural – também é importante para determinar a existência da correlação (ou congruência) entre acusação/defesa/sentença. Essa correlação do fato natural contido na acusação com aquele que será objeto da sentença deve ser interpretado como uma garantia de que não se produzirá uma situação de indefesa para o sujeito passivo. O réu se defende do fato natural contido na denúncia ou queixa e sobre esse fato deverá recair o juízo de valoração do juiz. Para eventuais retificações, prevê o Código de Processo Penal a *emendatio libelli* (art. 383) e a *mutatio libelli* (art. 384). Sobre o tema, destacamos que o *caput* do art. 384 deve ser interpretado com cuidado para não afrontar o sistema acusatório e a titularidade constitucional da ação penal. Brevemente, frisamos a necessidade de aditamento mesmo no caso do *caput* do art. 384 e também a impropriedade de o juiz "baixar o processo" para manifestação do Ministério Público. É um absurdo que o juiz, ontologicamente concebido para ser invocado, saia da sua posição de alheamento para prejulgar e invocar a atuação do acusador. É um imenso prejuízo pelo pré-juízo que realiza e uma flagrante violação ao sistema acusatório. Em suma, não cabe tal invocação, em nenhum caso. O MP é parte e, como tal, incumbe-lhe, com exclusividade, livrar-se de

3.3 Declaração petitória

O terceiro elemento da pretensão jurídica é o ato capaz de causar a modificação da realidade que a pretensão leva consigo. É o conteúdo petitório, a declaração de vontade que pede a realização da pretensão.

Estamos de acordo com Guasp[35] quando afirma que tal ato poderia receber o nome técnico de *ação*, terminologia que devolveria a esta palavra o significado literal que lhe corresponde; mas isso poderia induzir a confusões, por ir de encontro a uma tradição secular que se esforçou em averiguar a essência do poder jurídico a que dita ação está vinculada e não a sua verdadeira função. Sem dúvida que a polêmica em torno do conceito de ação se desviou a um caráter extraprocessual, buscando explicar o fundamento do qual emana o poder, afastando-se do instrumento propriamente dito.

Feito esse esclarecimento, empregamos o termo *ação* no sentido literal, de instrumento portador de uma manifestação de vontade, por meio do qual se narra um fato com aparência de delito e se solicita a atuação do órgão jurisdicional contra uma pessoa determinada.

Em alguns sistemas, como o espanhol, ainda que dividido em duas fases (instrução preliminar e juízo oral[36]), existe um certo confusionismo sobre o momento exato em que se exerce a ação penal, porque a instrução preliminar está a cargo de um juiz, que investiga de ofício ou mediante invocação. A divisão entre as duas fases é tênue, ainda que felizmente marcada pela separação das tarefas de investigar/julgar.[37] O fato de o juiz instrutor atuar de ofício e decretar o "processamento" do imputado, muito antes de dar vista ao MP para formalmente exercer a ação penal, é um dos fatores que contribui para a confusão. Ademais, o particular (vítima ou qualquer pessoa pelo sistema de ação popular) pode exercer uma notícia-crime qualificada (*querella*) e com isso habilitar-se desde o início da investigação para exercer a acusação.

Felizmente, no sistema brasileiro, a divisão entre as duas fases é clara e inequívoca. O processo penal só começa pelo exercício e a admissão de uma ação penal, pública ou privada, conforme o caso. Não obstante, isso não significa que nosso processo seja acusatório, todo o oposto. O processo penal brasileiro é inquisitivo, em que pese a separação de atividades, pois a iniciativa probatória

suas cargas processuais para caminhar em direção a uma sentença favorável, sem que para isso o juiz tenha de invocá-lo ou impulsioná-lo.

(35) "La pretensión procesal". *Estudios jurídicos*, p. 588.

(36) O termo "juicio oral" é empregado no sentido de fase processual em sentido estrito. Não é adotado o termo "fase judicial" (como no Brasil) porque na Espanha a instrução preliminar está a cargo de um juiz instrutor, logo, tem natureza judicial (ainda que não jurisdicional).

(37) Sobre o tema, veja-se nossa obra *Sistemas de investigação preliminar no processo penal.*

está (também) nas mãos do juiz. Esse é o princípio fundante do sistema: se a iniciativa probatória está nas mãos das partes, o processo é acusatório; ao contrário, se a iniciativa probatória está nas mãos do juiz, o processo é inquisitivo. Exemplo desse ranço inquisitivo é o art. 156 do CPP, e todos os demais que, na mesma linha, permitem que o juiz assuma o papel de inquisidor, indo atrás da prova e até decretando medidas cautelares reais e pessoais de ofício.

No processo penal o conteúdo do pedido é sempre igual. A atuação que se pede será especificamente a condenação do acusado pelo fato narrado, conforme a pena estabelecida no respectivo tipo penal abstrato. Por isso, o pedido não constitui um elemento essencial da pretensão.

A declaração[38] petitória contida na ação penal solicitará que o órgão jurisdicional:[39]

– declare a existência do fato narrado, afirmando sua tipicidade, ilicitude e culpabilidade;

– declare a responsabilidade penal do acusado pelos fatos narrados e provados;

– condene ao acusado pela prática do fato típico e imponha a respectiva pena ou medida de segurança aplicável;

– determine a execução da pena ou medida de segurança imposta.

4. Conteúdo da pretensão jurídica no processo penal: punitiva ou acusatória?

Delimitado o objeto, analisadas a pretensão e sua estrutura, resta determinar qual será o conteúdo dessa pretensão jurídica no processo penal: punitiva ou acusatória.

A determinação do conteúdo da pretensão jurídica, objeto do processo penal, gravita em torno da existência do poder de penar e a função punitiva do Estado.[40] Esse poder nasce com a ocorrência do delito e é exercido contra o autor do injusto típico, depois que sua responsabilidade penal foi reconhecida no processo, pois, como apontamos anteriormente, *o processo penal é o caminho necessário para a pena.*

Para a construção dogmática do objeto do processo penal, a teoria dominante é a de Binding, que parte do conceito de uma exigência punitiva (pretensão punitiva) que o Estado deve fazer valer por meio do processo penal. Dessa forma, o

(38) Seguindo a Classificação Quinária de Pontes de Miranda, cabe recordar que a sentença, ademais de declaratória, constitutiva e condenatória, também será mandamental e executiva.

(39) James Goldschmidt. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, p. 7 *et seq.*

(40) O que segue, veja-se J. Goldschmidt. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, p. 22 *et seq.*, e também *Derecho justicial material*, p. 54 *et seq.*

processo é uma exigência para que o Estado efetive seu direito subjetivo de punir, como uma construção técnica artificial. Ademais de titular de um direito de punir, o Estado aparece no processo como titular da jurisdição e muitas vezes também como titular da ação penal (através do Ministério Público).

Segundo Binding, o Estado é titular de um triplo direito: *direito punitivo; direito de ação penal e direito ao pronunciamento da sentença penal.*[41] Dessa forma, a tese do autor é a de que *o juiz penal encontra-se perante o Estado, titular do direito punitivo, na mesma posição que o juiz civil, diante do credor titular de uma pretensão de direito privado.* O grande mérito da teoria de Binding foi o de isolar o conceito de ação penal, como um instituto independente do direito de punir. Por isso, é considerado o fundador da teoria da *ação penal como direito abstrato.*

Apesar da valiosíssima contribuição, a teoria de Binding está imperfeita, como muito bem demonstrou J. Goldschmidt, para quem a construção anteriormente explicada representa uma *transmissão mecânica das categorias do processo civil ao penal, pois o Estado está concebido de forma igual ao indivíduo que comparece ante o Tribunal para pedir proteção.* Isto é, para Binding, o Estado comparece no processo penal através do MP da mesma forma que o particular no processo civil, como se a exigência punitiva fosse exercida no processo penal de igual modo que no processo civil atua o titular de um direito privado. Essa concepção é fruto de um momento da evolução do processo, que não se adapta à atual realidade, em que o processo penal está completamente separado do civil e possui suas categorias jurídicas próprias.

Como explica J. Goldschmidt, *a pena se impõe mediante um processo porque é uma manifestação da justiça, e porque o processo é o caminho da mesma; a jurisdição penal é a antítese da jurisdição civil, porque ambas representam os dois ramos da justiça estabelecidos por Aristóteles: justiça distributiva (jurisdição civil) e corretiva (jurisdição penal).*

Como a pena é uma manifestação da justiça, *corresponde o poder de penar ao próprio tribunal*, isto é: o poder de penar coincide com o poder judicial de condenar o culpado e executar a pena.

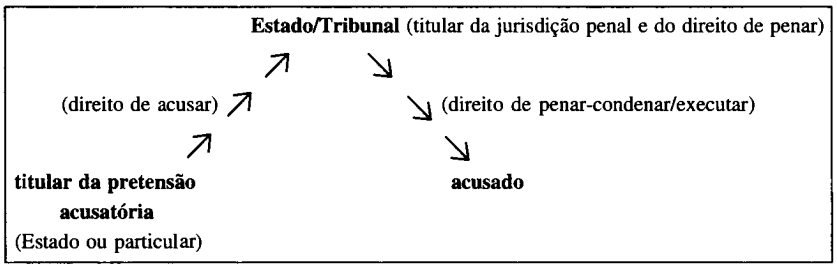
A concepção da exigência punitiva (Binding) desconhece que o Estado, titular do direito de penar, *realiza seu direito no processo não como parte, mas como juiz.* O poder de condenar ao culpável é um direito potestativo, anterior ao processo, porque nasce do delito, conforme a lei penal. Por isso, o *conteúdo da pretensão jurídica no processo penal é acusatório e não punitivo.*

O direito punitivo não é outra coisa que o direito concreto da justiça penal – personificado no juiz –, de condenar o culpado e executar a pena. O titular da pretensão acusatória exige à justiça penal que exerça o direito punitivo e não que se atribua a ele mesmo ou a um terceiro, como ocorre no processo civil. Por isso,

(41) Como explica J. Goldschmidt (*Derecho justicial material*, p. 52 *et seq.*) ao analisar a obra de Binding (*Handbuch des Strafrechts*, vol. I, 1885. p. 189 *et seq.*).

J. Goldschmidt considera que o direito penal é um *derecho justicial material,* posto que o Estado adjudicou o exercício do seu poder de punir à Justiça. Existe dessa forma uma relação jurídica entre a justiça estatal e o indivíduo. O direito processual penal também é um *derecho justicial* (formal), pois existe no processo uma relação jurídica entre o tribunal e as partes.

A teoria proposta por J. Goldschmidt fica assim representada:



O poder jurisdicional de condenar o culpado é um direito potestativo, no sentido de que necessita de uma sentença condenatória para constituir uma situação nova (de condenado) que permita aplicar a pena ao condenado. Como correspondente, a sentença condenatória do processo civil é constitutiva com relação ao direito de execução. Depois da sentença penal condenatória transitar em julgado, o direito de penar se converte em direito de executar a pena, que é um direito de *potestas*. Isso porque, ademais de julgar e determinar a pena, também corresponde ao poder jurisdicional a função de executar a pena.[42] Não devemos esquecer que o *símbolo da justiça não é só a balança, mas também a espada,* que está nas mãos do juiz e pende sobre a cabeça do réu.

Nessa linha de raciocínio, *o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória, pois a ação penal deve ser vista como um* "direito ao processo"[43] – *ius ut procedatur – distinto do direito nascido do delito de impor a pena mediante a sentença condenatória e torná-la efetiva mediante a execução.*

O direito do particular ou do Estado-acusador (através do Ministério Público) é um "direito ao processo", *completamente distinto do poder de punir que corresponde exclusivamente ao Estado-tribunal* (exercido através do juiz). Des-

(42) Com isso não estamos defendendo a adoção do sistema inquisitivo no processo de execução, todo o oposto. A idéia é reforçar a jurisdicionalidade e a própria estrutura dialética que deve nortear a execução da pena. Cabe assim, ao Ministério Público, invocar o Estado-juiz para que concretize o poder punitivo. Sobre o tema, remetemos o leitor para nosso trabalho "A instrumentalidade garantista do processo de execução". *Crítica à execução penal*, Lumen Juris, 2002.

(43) Esse tema foi muito bem tratado por Gómez Orbaneja (*Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, vol. 1, p. 187 *et seq.*), em cuja lição nos baseamos a continuação.

sa forma, continuamos entendendo que a ação é um direito abstrato, que existe ainda que não exista o direito de penar.

A ação penal é vista como um poder jurídico-político de iniciativa processual, como instrumento de invocação, que gera o poder-dever do órgão jurisdicional de comprovar a situação do fato que lhe é submetido a análise, para declarar a existência ou não de um delito. Afirmando a existência do delito, poderá exercer o poder de penar.

Sem embargo, é importante esclarecer que o *objeto do processo penal é uma pretensão acusatória e não a ação penal.* Na estrutura da pretensão anteriormente explicada, pode-se comprovar que a ação penal é *um mero poder político de invocação da tutela jurisdicional que corresponde a uma declaração petitória.* Logo, é um mero ato procedimental no qual se inserta a pretensão acusatória.

Como ao acusador corresponde um mero direito de acusar, não lhe cabe pedir uma pena em concreto, tampouco negociá-la com o acusado, pois a pena é uma manifestação da função punitiva que é uma exclusividade do Estado-tribunal. Por isso o elemento objetivo da pretensão é o *fato natural* e a qualificação jurídica não pode vincular o juiz, pois a pena é uma conseqüência dela e só ao juiz incumbe o exercício do poder de penar.

O tribunal só está vinculado ao fato narrado na ação penal e à pessoa indicada no pólo passivo (elemento subjetivo da pretensão), por ser esta vinculação um imperativo do sistema acusatório e das garantias do contraditório e ampla defesa.

Assim, o erro de Binding foi o de colocar o MP na mesma posição que ele assume no processo civil: como "credor", que pede a adjudicação de um direito próprio. Na ele realidade, ele não possui um direito próprio de punir (o denominado *ius puniendi* não está nas suas mãos), tampouco pede sua adjudicação. Ele detém um outro poder, autônomo, mas limitado exclusivamente a proceder contra alguém (*ius ut procedatur*).

5. Conclusões

O *objeto do processo penal é uma pretensão acusatória*, vista como a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, afirmando a existência de um delito, para ver ao final concretizado o poder punitivo estatal pelo juiz através de uma pena ou medida de segurança. O titular da pretensão acusatória será o Ministério Público ou o particular. Ao acusador (público ou privado) corresponde apenas o poder de invocação (acusação), pois o Estado é o titular soberano do poder de punir, que será exercido no processo penal *através do juiz e não do Ministério Público* (tampouco do acusador privado).

Dessa forma, nos *delitos de ação penal pública*, o Estado realiza dois direitos distintos (acusar e punir) através de dois órgãos diferentes (Ministério Público e julgador). Essa duplicidade do Estado (como acusador e julgador) é uma imposição do sistema acusatório (separação das tarefas de acusar e julgar) e não encontra nenhum obstáculo nos princípios de direito público, tampouco na lógica. É a

mesma duplicidade que permite ao Estado aceitar as leis emanadas de si mesmo, executá-las e julgar a sua correta aplicação.

Nessa linha de raciocínio, na ação penal pública, Ministério Público é o titular da pretensão acusatória. Por questão de política criminal, o modelo brasileiro adota o princípio da legalidade e indisponibilidade[44] (agora mitigados nos crimes de menor potencial ofensivo) e não oportunidade. Por esse motivo, o MP não possui plena disposição sobre a pretensão acusatória, quando na verdade deveria ter. É inerente a titularidade de um direito ao seu pleno poder de disposição. Não há argumento – que não uma pura opção política – que justifique tais limitações impostas pela legalidade e indisponibilidade da ação penal pública.

Sem embargo de tais limitações, entendemos que, se o MP pedir a absolvição (já que não pode desistir da ação), a ela está vinculado o juiz.

O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não-exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como conseqüência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Além disso, estará avocando um poder que ele não tem e não deve ter. Sepulta, assim, o *princípio supremo do processo*:[45] *a imparcialidade*. Como conseqüência, fulminada está a estrutura dialética do processo, a igualdade das partes, o contraditório etc.

Outro argumento invocado pelo senso comum teórico, para justificar uma sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha postulado a absolvição, é o velho e mofado discurso da verdade real. Cumpre frisar que o moderno processo penal está orientado pela *instrumentalidade garantista*. Esse aspec-

(44) No processo penal brasileiro vigoram os princípios de legalidade, indisponibilidade e indivisibilidade da ação penal pública, de modo que o MP está obrigado (arts. 24 e 42) a oferecer a denúncia quando o fato narrado na notícia-crime revista uma verossimilitude mínima de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Nessa denúncia, deverá descrever o fato criminoso com *todas* as suas circunstâncias (art. 41). Isso significa não só a obrigação de acusar por todos os fatos que revistam aparência de delito, senão também a obrigação de trazer para dentro do processo todas as circunstâncias fáticas que tenha conhecimento e que possam apresentar alguma relevância para a instrução e o julgamento. Interpretamos o art. 42 a partir de uma visão garantista e por isso entendemos que ele também estabelece uma *obrigação por parte do MP de incluir na denúncia os fatos e circunstâncias que beneficiem ao acusado*. Isto é, não só os elementos de cargo, mas também de descargo; não só para inculpar, mas também para exculpar.

(45) A expressão é de Pedro Aragoneses Alonso, na obra *Proceso y derecho procesal*. 2. ed. Madri, 1997. p. 127. É notória e reconhecida pelo próprio autor a marcante influência de Werner Goldschmidt na construção de seu pensamento, especialmente da magistral obra *Dikelogia – La ciencia de la justicia*, Buenos Aires: DePalma, 1958.

to realça a importância da adoção do princípio da *verdade formal* e não da *verdade substancial*, pois a *verdade substancial*, como explica Ferrajoli,[46] ao ser perseguida fora das regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário sobre o fato, assim como o cognoscitivismo ético sobre o qual se embasa o substancialismo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracional do processo penal. Em sentido oposto, a verdade perseguida pelo modelo formalista, como fundamento de uma condenação, é, por sua vez, uma *verdade formal* ou *processual* e só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes. Como explica Ferrajoli,[47] a verdade processual não pretende ser *a verdade* (até porque impossível de ser atingida). Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo *respeito aos procedimentos e garantias da defesa*. A *verdade formal* é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética *verdade substancial*.

Dessa forma, pedida a absolvição pelo Ministério Público, necessariamente a sentença deve ser de *extinção do feito sem julgamento do mérito* (ou ao menos absolutória, considerando a lacuna legislativa), pois na verdade o acusador está deixando de exercer sua pretensão acusatória, impossibilitando assim a efetivação do poder (condicionado) de penar.

Seria importante uma mudança legislativa para que o Ministério Público pudesse dispor da ação penal pública, pedindo o arquivamento a qualquer tempo. Quando se afirma que o acusador deve dispor da ação penal, estamos fazendo referência à pretensão acusatória, que simplesmente pode ser exercida ou não. Como foi explicado, não se confunde com o poder de penar (do Estado-juiz e não do Estado-acusador), de modo que o acusador não pode pedir um determinado *quantum* de pena, tampouco negociá-la. A pena está fora do poder das partes. Como disse Carnelutti,[48] *ao acusador não lhe compete a* potestas *de castigar, mas só de promover o castigo*.

Nos delitos de *ação penal privada*, o senso comum teórico "manualístico" segue repetindo que "institui-se a ação penal privada, uma das hipóteses de substituição processual, em que a vítima defende interesse alheio (direito de punir) em nome próprio".[49]

Trata-se de um erro imperdoável de quem partiu de uma premissa equivocada. Nos delitos de ação penal privada, o *particular é titular de uma pretensão*

(46) Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*, p. 44 *et seq.*

(47) Idem, ibidem.

(48) *Derecho procesal civil y penal*, p. 301.

(49) Julio Fabbrini Mirabete. *Processo penal*, p. 117.

acusatória e exerce o seu direito de ação, sem que exista delegação de poder ou substituição processual. Em outras palavras, atua um direito próprio (o de acusar) da mesma forma que o faz o Ministério Público nos delitos de ação penal pública. Ao ser regida pelos princípios da oportunidade/conveniência e disponibilidade, se o querelante deixar de exercer *sua* pretensão acusatória, deverá o juiz extinguir o feito sem julgamento do mérito ou, pela sistemática do Código de Processo Penal, declarar a extinção da punibilidade pela perempção (art. 60 do CPP). Como se vê, a sistemática do Código de Processo Penal está em plena harmonia – no que tange a ação penal privada –, como a posição aqui defendida.

Concluindo, se no processo civil o conteúdo da pretensão é a alegação de um direito próprio e o pedido de adjudicação do mesmo, no processo penal é a afirmação do nascimento de um direito judicial de penar e a solicitação de que o Estado exerça esse direito. O acusador tem exclusivamente um direito de acusar, afirmando a existência de um delito e, em decorrência disso, pede ao juiz (Estado-tribunal) que exercite o seu poder de condenar o culpado e executar a pena.

O Estado realiza seu poder de penar no processo penal não como parte, mas como juiz, e esse poder punitivo está condicionado ao prévio exercício da pretensão acusatória. A pretensão social que nasceu com o delito é elevada ao *status* de pretensão jurídica de acusar, para possibilitar o nascimento do processo. Nesse momento também nasce para Estado o poder de punir, mas seu exercício está condicionado à existência prévia e total do processo penal. Se o acusador deixar de exercer a pretensão acusatória – desistindo ou pedindo a absolvição –, cai por terra a possibilidade de o Estado-juiz atuar o poder punitivo e a extinção do feito é imperativa.

Bibliografia

ALONSO, Pedro Aragoneses. *Instituciones de derecho procesal penal.* 5. ed. Madri: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984.

———. *Proceso y derecho procesal.* 2. ed. Madri: Edersa, 1997.

BELING, Ernst. *Derecho procesal penal.* Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Labor, 1943.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzioni allo studio sistematico dei provedimiento cautelari.* Pádova: Cedam, 1936.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal.* Trad. José Antonio Cardinalli. Brasil: Conan, 1997.

———. *Cuestiones sobre el proceso penal.* Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1960.

———. *Derecho procesal civil y penal.* Trad. Enrique Figueroa Alfonzo. México: Episa, 1997.

———. *Lecciones sobre el proceso penal.* Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. 4 t.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2. ed. Madri: Trotta, 1997.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1933.

GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 1999.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho procesal Penal*. Madri: Colex, 1996.

———. *Fundamentos del derecho procesal*. Madri: Civitas, 1981.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho justicial material*. Trad. Catalina Grossman do original de 1905. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

———. *Derecho procesal civil*. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

———. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987.

———. *La ciencia de la justicia – Dikelogía*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1986.

———. "La imparcialidad como principio básico del proceso". *Revista de Derecho Procesal* 2, Madri, 1950.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*. Barcelona: Bosch, 1951. 2 t.

———; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 10. ed. Madri: Agesa, 1987.

GUARNIERI, Jose. *Las partes en el proceso penal*. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952.

GUASP DELGADO, Jaime. "Administración de justicia y derechos de la personalidad". In: ALONSO, Pedro Aragoneses (Coord.). *Estudios jurídicos*. Madri: Civitas, 1996.

———. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*. Madri: Aguilar, 1943. 3 t.

———. *Concepto y método de derecho procesal*. Madri: Civitas, 1997.

———. *Derecho procesal civil*. 4. ed. rev. e adaptada por Pedro Aragoneses Alonso. Madri: Civitas, 1998. 2 t.

———. "La pretensión procesal". In: ALONSO, Pedro Aragoneses (Coord.). *Estudios jurídicos*. Madri: Civitas, 1996.

———. "Reseña bibliográfica de la obra comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal de Gomez Orbaneja". *Revista de Derecho Procesal* 2, 1947.

GUILLÉN, Victor Fairén. "El proceso como función de satisfacción jurídica". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 1, Madri, 1969.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEONE, Giovanni. *Elementi di diritto e procedura penale*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1981.

———. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1963. 3 t.

LOPES JR., Aury. "Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares". *RePro* 89, São Paulo: RT, jan.-mar. 1998. Também disponível na *Revista Ajuris* 72, Porto Alegre, mar. 1998.

———. "Instrumentalidade garantista da execução penal". In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

———. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. 4 t.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955. 3 t.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.2

A TUTELA PENAL CONSTITUCIONAL

GIANPAOLO POGGIO SMANIO

SUMÁRIO: 1. A evolução histórica do conceito de bem jurídico – 2. O conceito de bem jurídico-penal 3. A teoria da imputação objetiva e o bem jurídico-penal – 4. As funções constitucionais em relação ao bem jurídico-penal: 4.1 A função limitadora; 4.2 As obrigações constitucionais expressas de tutela penal – 5. O princípio constitucional da ofensividade: 5.1 O princípio da ressocialização; 5.2 O Direito penal do fato; 5.3 Diretivas vinculantes, 5.4 O princípio da culpabilidade; 5.5 A dignidade jurídico-penal; 5.6 O princípio da proporcionalidade; 5.7 O princípio da intervenção mínima.

Resumo: O trabalho discorre sobre a evolução histórica do bem jurídico-penal, mostrando a sua importância desde o Iluminismo até o nosso século. Passa para a conceituação do bem jurídico-penal, mostrando, também, a crítica atual sobre a sua conceituação e a necessidade da sua proteção constitucional, através do princípio da ofensividade e seus corolários, como o princípio da culpabilidade e da proporcionalidade.

Palavras-chave: Tutela – Penal – Constitucional – Bem – Jurídico.

1. A evolução histórica do conceito de bem jurídico

Zaffaroni anota que, desde que se cominou a um ato uma pena, foi para tutelar um bem que se afetava com a conduta lesiva. Portanto, a existência de um bem tutelado é uma inquestionável necessidade lógica, ainda que se batizem as coisas com o nome que se queira. Exemplifica com o Estado teocrático, em que a blasfêmia era um delito gravíssimo, porque afetava a um bem que era devido a Deus. Daí não podermos apontar um momento de criação do conceito de bem jurídico.[1]

Von Liszt mostra as etapas da evolução da justiça punitiva:

"a) Primeira época. *Crimen* é atentado contra os deuses. Pena, meio de aplacar a cólera divina; b) Segunda época. *Crimen* é agressão violenta de uma tribo

(1) Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de derecho penal – Parte General.* Buenos Aires: Ediar, 1981. t. III, p. 248.

contra outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; c) Terceira época. *Crimen* é transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo Poder de Estado. Pena é a reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua."[2]

No entanto, podemos dizer, com Cerezo Mir, que "a idéia de objeto jurídico do delito nasce com o movimento da ilustração e com o surgimento do Direito penal moderno".[3]

De fato, foi com o Iluminismo que se consolidou a separação entre crime e pecado, com o prevalecimento do objetivo, da conduta praticada, sobre o subjetivo, o pensamento interno da pessoa.

Cesare Beccaria, o grande formulador da questão jurídica no Iluminismo, afirma a distinção entre crime e culpa, entre dolo e culpa, entre Estado e Igreja. A Igreja cuidaria dos pecados, enquanto o Estado cuidaria dos danos que as infrações da lei acarretassem aos indivíduos e à sociedade. Distingue a justiça divina, a justiça natural e a justiça dos homens ou justiça política, que decorre da relação entre uma ação e a sociedade.

Fundamenta o direito e, mais especificamente, o direito de punir a partir da necessidade dos homens de ceder uma parcela de sua liberdade para manter a posse do restante. "A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo."[4]

No início do século XIX, com o jusnaturalismo penal surgiu a idéia de crime como uma lesão de um direito; portanto, como uma lesão jurídica. Era a transposição para o Direito penal da visão privatista de Feuerbach, que entendia que o crime consistia na lesão de um direito subjetivo do particular ou do Estado.

Na Itália, Carrara formula a idéia de que "il giure penale non avendo altra base di legittimità che la tutela giuridica, non può convertirsi in uno strumento di santificazione dell'anima. Non si punisce la violazione del dovere morale, ma la violazione del dovere giuridico, cioè la offesa del diritto".[5]

Assim, o bem jurídico passa a ser visto como um direito, que é lesionado quando da ocorrência de um crime, fazendo com que atue a lei penal, para a defesa da ordem externa e não para o aperfeiçoamento interno do indivíduo.

(2) Franz von Liszt. *Die Kultur der Gegenwart*, p. 195. Apud L. Jimenez de Asúa. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1964. t. I, p. 245.

(3) J. Cerezo Mir. *Curso de derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 1985. vol. 1, p. 77. Apud Luiz Regis Prado. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 25.

(4) Cesare Beccaria. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, p. 15.

(5) Francesco Carrara. *Programma del corso di diritto criminale – Parte Generale*, 1871. p. 32. Apud Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini. *Corso de diritto penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1999. vol. 1, p. 291.

Foi, porém, com Birnbaum, em 1834, que o conceito de bem jurídico começou a ser formado, ainda que esta expressão não tenha sido por ele utilizada. O referido autor tinha uma visão jusnaturalista e racionalista, afirmando que "crime, punível pelo Estado, de acordo com a natureza ou a coisa ou conforme a razão, deve entender-se toda a lesão ou perigo de lesão, imputável à vontade humana, de um bem que o poder do Estado tenha garantido a todos de forma igual".[6]

Portanto, Birnbaum não via o bem jurídico como um direito, mas sim como um bem natural garantido pelo poder do Estado, que podia corresponder tanto ao indivíduo como à comunidade e que foi concebido como vulnerável em sentido naturalístico. Era a partir da lei que se definia o bem jurídico, o objeto de proteção era escolhido pela lei. O conceito de bem jurídico era, então, meramente dogmático.

Nesta mesma época, Hegel não reconhecia no bem jurídico o objeto do crime, mas sim a "vontade geral" era vista como único objeto do delito. Zaffaroni, analisando o pensamento de Hegel, vê como natural essa conclusão, uma vez que para o referido filósofo não havia distinção entre o ser e o dever ser, ou seja, o que não devia ser não era. Dentro dessa concepção hegeliana, o critério para o julgamento jurídico-penal não era o interesse individual, mas um bem de valor coletivo, e, portanto, o sujeito passivo do delito era o Estado, enquanto o sujeito passivo do fato era o indivíduo.[7]

Posteriormente, com a doutrina do positivismo jurídico, Binding diz que o bem jurídico não é reconhecido pela norma jurídica, mas, sim, se encontra estabelecido na norma jurídica, fazendo parte dela. Inexistiria, assim, separação entre norma jurídica e bens jurídicos, posto que a norma levaria em si o seu próprio bem jurídico. Trata-se de uma visão formal, assentada no conteúdo da norma e compreendendo-a como uma regra de obediência, constituindo a sua desobediência na lesão ao bem jurídico.[8]

Para Binding, o crime consiste na lesão de um direito subjetivo do Estado, mas toda agressão aos direitos subjetivos se produz mediante uma agressão aos bens jurídicos. Nos termos dessa posição, o bem jurídico se identifica com o sentido e o fim das normas penais, sendo "todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta".[9]

Ainda dentro da visão positivista, Rocco elaborou a teoria do objeto do crime em obra que influenciou toda a doutrina penal italiana posterior. Para o citado

(6) Birnbaum, citado por Juan Bustos Ramirez. *Manual de derecho penal español – Parte General*. Ariel Derecho, 1984. p. 5.

(7) Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., p. 248.

(8) Binding, citado por Juan Bustos Ramirez, op. cit., p. 52-53.

(9) Binding, citado por Günther Jakobs. *Derecho penal – Parte General*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 50.

autor, no crime devem-se distinguir um objeto formal e um objeto substancial. O objeto formal é dado pelo direito do Estado de observância dos preceitos penais. O objeto substancial, por sua vez, distingue-se em genérico e específico. O objeto substancial genérico é o interesse do Estado de assegurar as condições da existência da vida em comunidade, isto é, a sua própria conservação. O objeto substancial específico, ao invés, consiste no bem (ou interesse) próprio do sujeito passivo do crime, vale dizer, da pessoa ou ente diretamente ofendido pelo crime.[10]

Ainda dentro do positivismo, mas discutindo as conclusões de Rocco, Carnelutti posicionou-se contra a repartição do objeto substancial em genérico e específico, objetando que o primeiro, ou seja, o interesse do Estado à própria conservação não é um interesse protegido pela lei, mas, sim, a razão pela qual são estabelecidos o preceito e a sanção. O Estado protege determinados bens porque isto é necessário para assegurar as condições da vida em sociedade e não protege o interesse à observância dos comandos. Esse interesse é o pressuposto de toda norma jurídica, mas, exatamente por ser pressuposto, não pode ser considerado como objeto de tutela, uma vez que a norma não pode tutelar interesse à tutela, ou seja, não pode tutelar a si mesmo. Pelo exposto, o renomado autor conclui que o verdadeiro objeto da tutela jurídico penal é o bem que é em particular ofendido pelo crime, aquilo que Rocco considera objeto substancial específico.[11]

Como reação aos conceitos da doutrina positivista-legalista, outra concepção, de caráter positivista-naturalista, cujo maior expoente é Von Liszt, traz um conceito material de bem jurídico, afirmando que este encontra sua origem em um interesse da vida, existente anteriormente ao Direito, que surge das relações sociais, ou seja, é uma realidade protegida pelo Direito. O interesse, portanto, não é gerado pelo ordenamento jurídico, mas sim pela vida. Para que o interesse passe a ser um bem jurídico, deverá ser reconhecido pelo Direito. Então, todos os bens jurídicos são interesses vitais, do indivíduo ou da comunidade. Ocorre que as decisões sobre quais dos bens existentes nas relações sociais deverão ser bens jurídicos é tarefa da norma penal.[12]

Enrico Ferri, representante também da Escola Positivista, mas dentro de uma perspectiva que podemos chamar de positivista-sociológica, entretanto, já trouxe em sua obra o embrião da visão social do bem jurídico, nos seguintes termos:

"Afirmar que o crime seja apenas lesão 'de um bem-interesse público' e que os bens jurídicos individuais sejam tutelados pela norma penal 'enquanto são interesses de todos' é atender somente à razão abstrata, em virtude da qual a

(10) Arturo Rocco. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Apud Francesco Antolisei. *Manuale di diritto penale – Parte Generale*. 14. ed. Milano: Giuffrè, 1997. p. 173-174.

(11) F. Carnelutti. *Il dano e il reato*. Padova, 1926. p. 51. Apud Francesco Antolisei, op. cit., p. 174.

(12) Franz von Liszt. *Tratado de derecho penal*, t. 2. Apud Mario Ferreira Monte. *Da proteção penal do consumidor*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 272-273.

norma foi imposta; mas é esquecer que esta protege – e não só 'por via reflexa, mediata' mas por modo concreto e direto – os direitos e bens pessoais, enquanto são atributos e condições necessárias à vida social de cada indivíduo."[13]

O que se buscava dentro dessa perspectiva positivista-sociológica era ultrapassar as deficiências do positivismo como visão criminológica, tentando encontrar um conteúdo para a noção de bem jurídico, algo que pudesse existir na sociedade humana e ser reconhecido como tal à luz da realidade social.

No começo do século XX, sob influência da filosofia neokantiana, surgem concepções que também buscam o conceito material de bem jurídico, numa realidade prévia ao Direito. Mas ao contrário de Von Liszt, a fundamentação dos bens jurídicos não se encontraria nos interesses sociais, mas, sim, no mundo espiritual subjetivo dos valores culturais. O bem jurídico passa a ser um valor abstrato, de cunho ético, juridicamente protegido.[14]

O bem jurídico deixou, então, de ser entendido como um interesse concreto prévio à norma e se converteu em meio auxiliar de interpretação, vinculado ao sentido teleológico, ou seja, aos fins da norma jurídica.[15]

Defensor deste posicionamento teleológico-sistemático, Honig anota a inexistência dos bens jurídicos na realidade, tratando-se apenas de uma função de interpretação, uma "síntese categorial", uma finalidade reconhecida pelo legislador em um preceito jurídico penal.[16]

Ao equacionar o bem jurídico como o escopo da norma incriminadora, os partidários dessa concepção retiram a capacidade do bem jurídico de impor limites ao legislador, uma vez que qualquer norma incriminadora persegue um fim, e, portanto, o legislador estará livre para configurar a seu critério a estrutura do crime.

Nesta mesma época, surge, através da Escola de Kiel, o Direito penal do nacional-socialismo, que refutava inicialmente o bem jurídico, por ser de cunho liberal e individualista e, assim, incompatível com o Estado totalitário. Posteriormente passou a admiti-lo, quando já inócuo.[17]

Welzel, no fim da primeira metade e início da segunda metade do século XX, retoma o conceito de bem jurídico como bem vital da comunidade ou do indivíduo protegido penalmente. Ao formular as bases da doutrina finalista, acrescenta que é o significado social do bem que o leva à proteção penal. O referido autor

(13) Enrico Ferri. *Princípios de direito criminal – O criminoso e o crime*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996. p. 381.

(14) Luiz Regis Prado. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 34.

(15) Hans-Heinrich Jescheck, op. cit., p. 232.

(16) Richard Honig. *Die Einwilligung des Verletzen*, 1919. p. 94. Apud Eugenio Raúl Zaffaroni, op. cit., p. 249.

(17) Luiz Regis Prado, op. cit., p. 36.

define bem jurídico como "todo o estado social desejável que o Direito penal quer proteger de lesões".[18]

A perspectiva trazida e analisada por Welzel acaba por revigorar a noção de bem jurídico e, encontrando o seu ponto de apoio nas relações sociais, influencia toda a análise posterior sobre a conceituação de bem jurídico, dando origem a diversas correntes de opinião, mas todas mencionando a importância do sistema social na conceituação e conseqüente proteção penal aos bens jurídicos.

2. O conceito de bem jurídico-penal

Figueiredo Dias percebe que a noção de bem jurídico, embora fulcral do Direito penal, não pôde até o presente momento ser determinada com segurança capaz de convertê-la em conceito fechado, e talvez, jamais venha a ser.[19]

O direito é um objeto cultural, criado pelo homem e dotado de um sentido de conteúdo valorativo. A partir da noção tridimensionalista formulada por Miguel Reale, verificamos que o fenômeno jurídico é formado de um tríplice aspecto, qual seja, fato, valor e norma, integrados em uma unidade funcional e de processo. A ciência do direito é uma ciência histórico-cultural que tem por objeto a experiência social, enquanto esta normativamente se desenvolve em função de fatos e valores para a realização da convivência humana.[20]

Portanto, o direito é dinâmico e não estático, configurando um sistema aberto e não fechado. Assim, a dificuldade da conceituação do bem jurídico deve ser vista não como uma impossibilidade, mas sim como uma decorrência da própria natureza do direito.

Assim, o conceito de bem jurídico igualmente não é estático, mas sim dinâmico, aberto às mudanças sociais e ao avanço científico. Daí ser o seu conceito mutável de acordo com a evolução do homem, da sociedade e do Estado.

Da mesma forma, há constantemente uma modificação na valoração dos bens jurídicos, de forma a incrementar o movimento de descriminalização e criminalização de condutas, bem como a fixação de penas mais brandas ou mais rigorosas, e ainda a determinar a utilização de regras processuais diferenciadas conforme a gravidade do delito praticado. São exemplos recentes na nossa legislação a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei dos Juizados Especiais Criminais e o Código de Trânsito, mostrando a modificação da valoração dos bens jurídicos conforme as modificações sociais.

O Direito penal é resultado de escolhas políticas influenciadas pelo tipo de Estado onde a sociedade está organizada. O direito de punir é uma manifestação

(18) Hans Welzel. *Derecho penal alemán – Parte general*. 11. ed. 1970. p. 15.

(19) Jorge de Figueiredo Dias. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 62.

(20) Miguel Reale. *Filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 507-511.

do poder de supremacia do Estado nas relações com os cidadãos, principalmente na relação indivíduo-autoridade. Portanto, as condições históricas condicionam o conceito de crime e conseqüentemente o conceito de bem jurídico e a sua importância para o Direito penal.

No entanto, não poderemos jamais abandonar a necessidade do Direito penal proteger as lesões aos bens jurídicos, posto ser uma verdadeira conquista da cidadania. Os iluministas, quando formularam a Teoria do Estado Moderno, impuseram uma série de limitações ao poder estatal, inclusive ao poder de punir, que ficava circunscrito nas mãos dos soberanos, dando causa aos mais diversos desvirtuamentos, servindo para a manutenção dos privilégios e do *status quo*.

O reflexo dessa escola de pensamento sobre o Direito penal foi a criação da *Teoria do Bem Jurídico*, ficando a sanção penal guardada para as condutas descritas na lei penal que violassem os bens jurídicos considerados importantes para a manutenção da própria sociedade.

Dessa forma, não é qualquer lesão a bens jurídicos que acarretará a atuação do Direito penal, mas apenas aquelas lesões, ou ameaças de lesões consideradas relevantes e justificadoras da sanção penal. Portanto, passamos a encontrar a noção de bem jurídico-penal como aquela espécie de bem jurídico cuja importância fosse considerada vital para a manutenção da sociedade e que é objeto da proteção das leis penais.

Essa noção de bem jurídico-penal é verdadeiramente limitadora do poder estatal de aplicar a sanção penal e é uma das garantias fundamentais dos cidadãos, que não poderá ser abandonada em um Estado Democrático de Direito.

O desenvolvimento desta visão nos dias de hoje encontra-se no *Princípio da Ofensividade*, pelo qual o Direito penal somente poderá atuar diante de lesões ou ameaças de lesões aos bens jurídico-penais. Esse princípio, também chamado de intervenção penal mínima, deve ser entendido como uma limitação ao direito de punir do Estado a favor dos cidadãos, uma garantia da cidadania perante a Administração do Estado.

A conduta praticada pela pessoa para acarretar a sanção penal deve lesionar ou ameaçar bens jurídico-penais, que são aqueles bens jurídicos dotados de *dignidade penal*, ou, melhor dizendo, de *relevância penal*. Essa relevância revela-se através da *carência da tutela*, ou seja, da *necessidade da proteção penal do bem jurídico*. Caso a proteção possa ser efetuada adequadamente através dos outros ramos do Direito, como o Direito civil, ou o Direito administrativo, não deverá haver a intervenção do Direito penal.

A questão que se coloca perante a Teoria do Bem Jurídico, hoje desenvolvida através do Princípio da Ofensividade ou da Intervenção Penal Mínima, é a seguinte: qual é o conceito de bem jurídico-penal? A Teoria do Bem Jurídico não oferece uma conceituação do que seja bem jurídico-penal.

O único caminho encontrado foi o positivismo jurídico, que afirma estar o conceito de bem jurídico-penal na própria lei penal, ou seja, a criação do bem jurídico-penal é feita pela norma jurídico-penal.

A visão constitucional defendida hoje por inúmeros doutrinadores em todo o mundo nada mais é do que o desenvolvimento da visão positivista, reconhecendo a criação do conceito do bem jurídico-penal a partir das normas jurídicas hierarquicamente superiores às demais, quais sejam, aquelas decorrentes da Constituição Federal.

Essa posição dogmática não serve para a conceituação do bem jurídico, mas somente para mostrar quais bens jurídicos são reconhecidos pelo Direito Positivo vigente em determinado momento.

Há uma questão lógica não superada pela visão constitucional: a norma jurídica é apenas um dos elementos da formação do Direito, que não se esgota positivamente.

O conceito de bem jurídico existe anteriormente à norma jurídica e, portanto, o conceito de bem jurídico-penal é anterior à norma penal, ainda que de matiz constitucional.

Pagliaro refuta com precisão a visão constitucional, entendendo que não é possível que exista no ordenamento jurídico uma proibição ao legislador ordinário de incriminar condutas ofensivas a valores que, sem serem contrários à Constituição, não tragam seu reconhecimento explícito ou implícito.

Conclui o renomado autor italiano:

"E necessario, infatti, lasciare uma certa elasticità alla manovra del legislatore ordinario, in relazione alla possibilità che sorgano esigenze di prevenzione generale e speciale che al tempo della formazione della Costituzione non erano neppure prevedibili."[21]

Em face da rigidez das disposições constitucionais, necessária para assegurar a tranqüilidade jurídica e social do Estado Democrático de Direito, o legislador penal não pode estar limitado ao conteúdo axiológico-constitucional para o reconhecimento de bens jurídico-penais. A rapidez com que ocorrem as mudanças sociais e os valores e necessidades da sociedade de massa contemporânea fazem com que seja de todo recomendável que o próprio legislador penal possa ter espaço próprio para a escolha dos bens jurídico-penais reconhecidos.

Também é esta a posição de Muñoz Conde e García Arán, nos seguintes termos:

"Debe asimismo advertirse contra una tendencia que pretende identificar bien jurídico protegido penalmente con derecho fundamental reconocido em la Constitución aunque, obviamente, detrás de todo bien jurídico haya un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. En realidad, un derecho fundamental puede dar lugar a diversos bienes jurídicos, que merezcan distinta protección penal. (...) el legislador penal está legitimado no solo para seleccionar las distintas acciones merecedoras de penas, sino para marcar los limites de la protección

(21) Antonio Pagliaro. *Principi di diritto penale – Parte generale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1998. p. 229.

penal y la diferente protección penal que merece cada uno de ellos, utilizando para ello criterios político-criminales extraídos de las propias formalidades y límites del Derecho penal."[22]

É o próprio legislador penal que tem a incumbência de determinar a proteção penal, observados os limites do Direito penal, através de critérios político-criminais e não dogmático-constitucionais.

A resposta à questão formulada sobre o conceito de bem jurídico-penal somente pode ser dada através da visão social do bem jurídico e não através da visão exclusivamente positivista.

A perspectiva social do bem jurídico está presente, com importância e destaque variados, ou ainda que de forma incipiente, em todas as suas formulações teóricas, até hoje.

Birnbaum já concebia que só a totalidade, isto é, a sociedade e nunca o indivíduo, poderá decidir quais objetos hão de ser abrangidos pela proteção das normas do direito, bem como que significado ou valor lhes advêm como objeto de regulamentação jurídica. Concebe o bem jurídico como valor social suscetível de ser lesado.[23]

Binding, com o seu acentuado positivismo legal, defendia que pode converter-se em bem jurídico tudo que, aos olhos do legislador, tem valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos. O bem jurídico é sempre bem jurídico da coletividade e somente como bens jurídicos sociais é que os objetos dos juízos individuais de valor gozam de proteção jurídica.[24]

Liszt, com a conceituação predominantemente pré-jurídica, em que os bens jurídicos são interesses protegidos pelo direito, embora criados pela vida e não pela ordem jurídica, também vê os bens jurídicos como interesses vitais para a comunidade, condições da convivência pacífica e ordenada da vida em sociedade.[25]

Assim, desde a formulação inicial do conceito de bem jurídico, inclusive com a formação da teoria do bem jurídico, o que está sempre presente é a referência sistêmico-social, que vem ganhando importância fundamental em toda a doutrina penal sobre o conteúdo material do ilícito.

Inclusive a teoria da imputação objetiva de Jakobs, que mitiga a importância do conceito de bem jurídico para a doutrina penal, aponta a danosidade social como fundamento para a caracterização penal da conduta, ou seja, utiliza uma perspectiva social funcionalista para justificar a atuação do Direito penal, e re-

(22) Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán. *Derecho penal – Parte General*. 3. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1998. p. 91.

(23) Manuel da Costa Andrade. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 37.

(24) Binding. *Die normen*. Apud Manoel da Costa Andrade, op. cit., p. 39.

(25) Von Liszt. *Tratado*. Apud Manoel da Costa Andrade, op. cit., p. 39.

conhece que a formulação do conceito de bem jurídico é um filtro para que a danosidade social da conduta seja reconhecida como penalmente relevante.

Podemos afirmar com Costa Andrade:

"Considerações análogas se poderiam fazer a propósito das tentativas mais recentes de substituição do conceito de bem jurídico pelo de danosidade social nos termos do funcionalismo sistémico-social. Uma substituição que valeria quer como fundamento material (e limite) da criminalização, quer para efeitos de definição do objecto da infracção. Também elas acabam – à revelia dos pressupostos metodológicos e dos princípios doutrinais que começam por invocar – por apelar para a referenciação sistémico-social do objecto da infracção, mediatizada pela subjectivização dos pertinentes juízos de valor pelo legislador."[26]

Conceituamos, então, *o bem jurídico como um objeto da realidade, que constitui um interesse da sociedade para a manutenção do seu sistema social, protegido pelo direito, que estabelece uma relação de disponibilidade, através da tipificação das condutas.*

Adotamos a *perspectiva sistêmica-social*, como núcleo central do conceito de bem jurídico, sem abandonar a referência normativa, mediante a qual o direito atua, especificamente no que se refere ao Direito penal, através do tipo, que é uma estrutura protetora tanto da sociedade quanto do indivíduo, uma vez que *tutela bens jurídicos considerados imprescindíveis para a vida social*, tanto quanto *estabelece os limites da atuação penal do Estado*, principalmente naquilo que não foi objeto de tipificação, garantindo aos indivíduos a sua liberdade.

Na feliz expressão de Manoel da Costa Andrade:

"O tipo legal vale pelo que incrimina e, nessa medida, protege; como vale outrossim pelo que *não incrimina e, nessa medida, igualmente protege*."[27]

O tipo penal também estabelece uma *relação de disponibilidade*, que é inerente ao bem jurídico, ou seja, a possibilidade de fruição, de uso pelas pessoas dos objetos da realidade que são os bens jurídico-penais.

Os objetos da realidade são convertidos em bens através de uma consciência valoradora que decide sobre o seu significado para a regulamentação jurídica. Essa eleição de bens jurídicos é realizada pelo sistema social, de acordo com a danosidade social das condutas, sendo seu próprio beneficiário, ou seja, há uma aferição social de bens jurídicos, tendo em vista a própria existência do sistema social.

Apontamos como *critério de aferição social* de quais bens jurídicos deverão ser considerados bens jurídico-penais, a *relevância do objeto* para o funcionamento do sistema social, que se traduz na *necessidade da sua tutela penal.*

Aquilo que puder ser adequadamente tratado por outros ramos do direito, como o direito civil ou administrativo, não deve ser objeto de tutela penal. A

(26) Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 41.

(27) Idem, ibidem, p. 23.

criminalização de condutas deve ser criteriosa, para garantir a eficácia das sanções penais e, assim, garantir o próprio sistema social.

3. A teoria da imputação objetiva e o bem jurídico-penal

A visão social do Direito penal e, assim, do conceito de bem jurídico-penal traz como uma das suas ramificações e de seu desenvolvimento, na atualidade, a chamada teoria da imputação objetiva, que, nos termos propostos por Damásio, pretende substituir o dogma causal material por uma relação jurídica (normativa) entre a conduta e o resultado, apresentando-se como alternativa à causalidade,[28] cujos reflexos são percebidos na conceituação de bem jurídico.

Antolisei menciona até mesmo uma crise na conceituação de bem jurídico, a partir de alguns reflexos da teoria referida. Reputa que, a partir do entendimento da imputação do fato somente ocorrer quando o comportamento do agente tiver criado um perigo para o objeto da ação, ou esse perigo houver sido realizado no caso concreto, perigo esse não justificado pelo risco consentido, a tendência é a desvalorização das condutas em todos os casos de justificação do risco, retirando a clareza da visão dos bens jurídicos a tutelar, deslocando o fulcro da atenção da tutela dos bens-interesses para a tutela das funções, dos fins da norma penal.[29]

Jakobs igualmente critica a teoria da proteção de bens jurídicos, indicando que o rendimento positivo dos esforços para conceituá-lo são escassos, não existindo clareza na sua conceituação. Adota o conceito de bem jurídico como unidade funcional, afirmando que nem todo objeto de regulação de uma norma consiste em bem jurídico, mas somente aquele que desempenha uma função para a sociedade, ou para um dos seus subsistemas, incluído o cidadão. Apenas ressalva que o conceito que adota não resolve o problema fundamental da conceituação do bem jurídico, qual seja, o da determinação de quais funções devam ser reconhecidas como juridicamente legítimas. Essa determinação, em sua ótica, é o ponto fraco inerente a todo conceito de bem jurídico.[30]

De todo modo, entende que o comportamento jurídico-penalmente relevante não é caracterizado pela lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos, uma vez que isto também se produz por catástrofes naturais, animais etc., mas, sim, pelo seu significado. Esse significado há de averiguar-se através de uma interpretação que parta da compreensão geral e proceda, nesse sentido, de modo objetivo. Somente então as conclusões alcançadas resultarão compreensíveis na vida social.

(28) Damásio E. de Jesus. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 23.

(29) Francesco Antolisei. *Manuale di diritto penale – Parte Generale*. 14. ed. atual. por Luigi Conti. Milano: Giuffrè, 1997. p. 176.

(30) Günther Jakobs. *Derecho penal – Parte General*. 2. ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 52.

A averiguação e a fixação da significação social de um determinado comportamento são os objetos da teoria da imputação objetiva.[31]

Faz duas objeções básicas à teoria do bem jurídico:

1.ª) entende que a teoria do bem jurídico concebe o bem em relação ao seu titular, mas não demonstra a necessidade de assegurar o bem jurídico-penalmente; somente com o conceito de danosidade social da lesão do bem, que é um conceito externo ao de bem jurídico, é que fica demonstrada a necessidade da proteção penal; quais unidades de funcionamento devem ser elevadas a bens jurídicos pela sua significação social não podem ser determinadas pela doutrina do bem jurídico, assim como não pode fundamentar que a proteção das normas somente deve ser aplicada a bens;

2.ª) a sociedade não é uma instituição para a conservação de bens ou para otimizá-los; na realidade, às vezes se sacrificam bens para possibilitar as relações sociais, que também podem ser consideradas um bem; os riscos que podem suportar um bem para o contato social sem proteção jurídico-penal, não podem ser deduzidos dos mesmos bens que estão inseridos no contato social, pois *em realidade só existem bens jurídicos se (e na medida em que) estão desempenhando uma função*, ou seja, na medida em que estão na vida social surtindo efeitos e recebendo-os; a vida, a saúde, a liberdade etc. não estão simplesmente "aí", sendo que sua essência reside em desempenhar uma função, em conexão social; por isso, a norma não pode proteger um bem contra todos os riscos, mas somente contra aqueles que não sejam conseqüência necessária do contato social permitido; porém, o que seja um contato social permitido não pode ser resolvido pela doutrina do bem jurídico; toda a teoria da imputação (com exceção da causalidade entre ação e resultado), bem como todo caso de estado de necessidade agressivo, onde há ponderação de bens, estão fora da perspectiva da doutrina da proteção dos bens jurídicos.

No que se refere à proteção penal dos interesses difusos, salienta o autor que os novos bens jurídicos de amplo espectro, como o meio ambiente, estão fora da perspectiva da doutrina da proteção dos bens jurídicos, tendo em vista os ataques realizados por fatos permitidos pelo Direito, devendo ser analisados sob o aspecto do risco social.

Conclui o referido doutrinador que, apesar dos defeitos apontados na doutrina da proteção dos bens jurídicos, não deve ser afastada completamente, pelo critério da danosidade social do comportamento. A configuração social concretiza-se no âmbito dos bens e, ao menos, relativiza o peso da concreta danosidade social, tendo em vista a importância geral do bem. A proteção dos bens jurídicos serve de filtro para a danosidade social.[32]

(31) Günther Jakobs. *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 13. (Colección de Estudios, n. 1.)

(32) Günther Jakobs. *Derecho penal*, op. cit., p. 55-58.

Cláudia Díaz, analisando a teoria da imputação objetiva na obra de Jakobs, aponta que a sociedade não pode ser entendida como um sistema que tende basicamente à proteção de bens jurídicos, porque a realidade demonstra que eles estão expostos constantemente ao perigo, por exemplo, no desenvolvimento do transporte aéreo e marítimo, na industrialização e nos avanços da tecnologia moderna. Como se trata de conglomerados com várias relações, a complexidade destas somente se resolve mediante a criação de regras, assinalando a cada pessoa um determinado *status* na vida de relação, que gera um conjunto de deveres e obrigações. As regras fixadas estabelecem parâmetros de comportamento para a administração dos riscos.[33]

Sancinetti, desenvolvendo as idéias da imputação objetiva, também critica a doutrina do bem jurídico, no que se refere ao entendimento de que a norma penal está legitimada apenas pela sua capacidade de proteger o bem jurídico tutelado, com a sanção justificada somente quando o fato afeta esse bem.

Pergunta o referido autor: "se exige que un objeto real de bien jurídico esté afectado para legitimar la reacción penal, porque ésta está para proteger el bien jurídico; ahora: si el bien jurídico está afectado, qué protección de éste podría cumplir realmente la sanción?".[34]

Continua afirmando que não há nenhum sentido em aplicar a sanção somente quando já não existe o bem jurídico atacado pela conduta, ou seja, a ordem jurídica chega sempre demasiado tarde para proteger o bem jurídico, na doutrina tradicional da proteção dos bens jurídicos.

O que importa, então, em sua ótica, é o valor da norma que proíbe a conduta desviada e não proteger um objeto, que no mais das vezes haverá deixado de existir depois do fato. Isto não significa que o valor a tutelar seja o cumprimento do dever pelo dever. É verdade que a legitimidade da norma e, portanto, do dever tem por fundamento proteger interesses socialmente valiosos, porém não proteger um objeto concretamente agredido, mas a confiança geral de que objetos dessa classe devem ser respeitados. A conduta do autor questiona esta expectativa. A imposição da pena reafirma que essa norma tem vigência e deve ser respeitada.[35]

Claus Roxin, um dos formuladores da imputação ao tipo objetivo, que vem hoje desenvolvida como teoria da imputação objetiva, tem, entretanto, posição diversa sobre as conseqüências da teoria à conceituação de bem jurídico.

Afirma o referido autor que a vinculação do Direito penal à proteção dos bens jurídicos não exige que somente haja punibilidade em caso de lesão de bens

(33) Cláudia Lopez Díaz. *Introducción a la imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 87. (Colección de Estudios n. 5.)

(34) Marcelo A. Sancinetti. "Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?". *Cuadernos de conferencias y articulos* 9, da Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 14.

(35) Marcelo A. Sancinetti, op. cit., p. 15.

jurídicos, sendo suficiente a colocação em perigo de bens jurídicos. Igualmente, o fato de o Direito penal, através das suas proibições, pretender assegurar valores da ação (como o respeito à vida, à propriedade alheia etc.) não afasta a exigência de proteção de bens jurídicos, uma vez que a manutenção dos valores da ação servem para a proteção de bens jurídicos a que os mesmos se referem.

Ao analisar a teoria sociológica de Beck sobre a "sociedade de risco", Roxin reputa que o Direito penal deverá ser chamado a intervir nesse campo das relações sociais, não sendo possível o abandono da referência ao bem jurídico e dos demais princípios do Estado de Direito, e onde isto não seja possível o Direito penal deve se abster de intervir.

Conclui Roxin que a evolução social e o asseguramento do futuro em face dos riscos que determinadas condutas trazem para a vida em sociedade serão objeto de grande importância para o Direito penal do século XXI, "pero a lo sumo conducirán a una cierta relativización, y no a un abandono de la idea de bien jurídico".[36]

4. As funções constitucionais em relação ao bem jurídico-penal

Vamos analisar as questões relativas às funções e às normas constitucionais em relação à escolha dos bens jurídico-penais por parte do legislador ordinário, uma vez que já firmamos posição no sentido de que não há vinculação sobre o legislador no que se refere aos bens constitucionalmente relevantes, não sendo função da constituição instituir um conjunto axiológico de bens a serem tutelados pelo Direito penal.

Entretanto, as disposições constitucionais são de extrema relevância para todo o direito, por se tratar de normas hierarquicamente superiores dentro do sistema normativo, em especial para o Direito penal, que está limitado pelas garantias constitucionais aos indivíduos.

4.1 A função limitadora

Entendemos que a Constituição Federal não tem por função a criação axiológica de um sistema onde possamos depreender bens jurídicos, mas exerce importante papel de limitação da perspectiva social do bem jurídico, estabelecendo os princípios normativos que deverão nortear o legislador penal na tipificação das condutas.

A Constituição, conforme lição de Canotilho, deve ser vista como uma "ordem-quadro", ou seja, uma ordem fundamental do Estado e da sociedade, deven-

(36) Claus Roxin. *Derecho penal – Parte General.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 60-62.

do instituir "princípios relevantes para uma sociedade aberta bem ordenada", definindo uma "ordem essencial constitucional básica", capaz de recolher as tensões da integração comunitária e o pluralismo social, econômico e político.[37]

Dentre as funções da Constituição não se encontra o estabelecimento de bens jurídico-penais, mas sim a *limitação do poder*, por ser a "lei superior", vinculando juridicamente os titulares do poder estatal. Realiza, então, a sua "função garantística" dos direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e preexistentes ao Estado.[38]

A Corte Constitucional italiana decidiu exatamente nesse sentido a questão posta em análise sobre as funções e o papel da Constituição, nos seguintes termos citados por Marinucci-Dolcini:

"La Corte costituzionale ha infatti affermato che la Costituzione ha sì posto 'il principio della più stretta riserva di legge in materia penale', ma 'in nessun modo' ha vincolato 'il legislatore al perseguimento di specifici interessi': come ha sottolineato lo stesso massimo sostenitore della teoria in esame, la Corte si è sempre 'astenuta dal sindacare, salvo il limite della incompatibilità, l'oggetto prescelto di tutela'."[39]

Essa interpretação constitucional realizada pela Suprema Corte italiana deve ser a mesma em relação à nossa Constituição Federal, que estabelece diversos princípios e normas garantidoras do indivíduo, em relação ao poder do Estado de punir criminalmente, mas se abstém de indicar ou controlar os objetos escolhidos para a tutela penal, salvo no limite da incompatibilidade, ou seja, o legislador ordinário não poderá de nenhuma forma afrontar os princípios e normas constitucionais, mas tem liberdade para a escolha dos bens jurídico-penais.

Conforme Mauricio Ribeiro Lopes, a Constituição Federal é o instrumento legitimado para ajudar a concretizar o conceito de bem jurídico, não apenas orientando o legislador, mas com força vinculante limitativa do poder punitivo estadual.[40]

As limitações que a Constituição Federal estabeleceu para o legislador penal estão previstas no art. 5.º, como direitos e garantias individuais e coletivos. Referimos como exemplos os seguintes princípios basilares do Direito penal:

1.º) *princípio da legalidade*, estabelecido no inc. XXXIX, da seguinte forma: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

(37) José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.272-1.273.

(38) José Joaquim Gomes Canotilho, op. cit., p. 1.276.

(39) Corte Constitucional, 05.06.1978, n. 71, *Giur. Cost.*, 1978, p. 602. Apud Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, op. cit., p. 353.

(40) Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: RT, 2000. p. 351-352.

2.º) *princípio da irretroatividade da lei penal*, estabelecido no inc. XL: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

3.º) *princípio da responsabilidade pessoal*, disposto no inc. XLV: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido".

4.º) *princípio da presunção da inocência*, disposto no inc. LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

5.º) *princípio da individualização da pena*, determinado no inc. XLVI: "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos".

A doutrina italiana também é amplamente majoritária nesse sentido, de que o poder discricionário do legislador ordinário na escolha dos bens a tutelar penalmente não está vinculado ao âmbito dos bens constitucionalmente relevantes, mas encontra um limite intransponível nos princípios ou direitos de liberdade garantidos pela Constituição.[41]

O legislador ordinário não pode proteger bens incompatíveis com a Constituição, como, por exemplo, o racismo, as discriminações por motivo de sexo, crença, religião, consciência etc., que são objeto dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, constitucionalmente protegidos.

4.2 As obrigações constitucionais expressas de tutela penal

A Constituição Federal, além de impor limites ao legislador ordinário na escolha dos bens jurídico-penais, impõe ao legislador penal a obrigação de incriminar a ofensa de determinados bens jurídicos, ou determina a exclusão de benefícios ou até mesmo a espécie de pena a ser aplicada em certos crimes.

O art. 5.º da Magna Carta traz diversas obrigações de incriminar ao legislador ordinário, nos seguintes termos:

"Art. 5.º (...)

(...);

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais;

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o

(41) No sentido do texto: Angione, Bricola, Fiandaca, Nuvolone, Musco, Pagliaro, todos referidos e analisados por Marinucci e Dolcini, op. cit., p. 344-356.

terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

(...)."

As normas supra-referidas significam que a Constituição Federal se antecipou ao legislador ordinário na valoração político-criminal de certos bens jurídicos, o que normalmente seria tarefa deixada à legislação infraconstitucional.

Tal ocorreu, primeiramente, em virtude das razões históricas existentes no momento em que a Assembléia Nacional Constituinte elaborava a Magna Carta. A democratização do país, o desejo de evitar o retorno do regime de exceção do período da "ditadura militar", bem como das práticas que levaram à ruptura política no País, fizeram com que o constituinte determinasse a punição criminal de condutas que atentassem contra direitos e garantias individuais, o regime democrático, as condutas de terrorismo etc.

Outro motivo para a opção constitucional é a estrutura econômico-social do País, que fez com que a Constituição determinasse a punição rigorosa do racismo, do tráfico de entorpecentes e dos crimes hediondos, como forma de ressaltar a resposta que a nossa sociedade democrática deve dar a tais condutas.

Essa dinâmica social, fruto de desigualdades econômicas e sociais acentuadas, também é a razão para as determinações constantes dos arts. 225, § 3.°, e 227, § 4.°, da CF, com a seguinte redação:

"Art. 225 (...)

§ 3.° As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

(...)."

"Art. 227 (...)

§ 4.° A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

(...)."

A proteção ao meio ambiente e à infância e juventude são considerados interesses difusos, que merecem atenção especial diante dos abusos do poder econômico e dos desequilíbrios sociais de nossa atualidade. Também o futuro da sociedade é protegido, com a preservação ambiental para as gerações futuras, e a tutela da criança e do adolescente vistos como pessoas em desenvolvimento e que serão os futuros cidadãos do País. Então, a importância desses interesses para a sociedade fez com que a Constituição determinasse a proteção criminal.

O critério pelo qual são impostas as obrigações constitucionais não é outro senão a relevância do bem jurídico, que se traduz na necessidade da sua tutela penal.

A questão que resta para ser discutida é a *força vinculante das obrigações constitucionais de incriminação.*

São três as possibilidades para análise: a primeira é a existência anterior de legislação penal incriminadora, que será recepcionada pela Constituição; a segunda é a hipótese de inexistir legislação penal a respeito do bem tutelado pela obrigação constitucional, com a omissão do legislador em cumprir o mandamento constitucional; a terceira, também com a inexistência da legislação penal, mas com o cumprimento por parte do legislador da obrigação constitucional.

1.ª) Caso já exista anteriormente a lei penal incriminadora, sendo recepcionada pela Constituição, as normas constitucionais terão eficácia imediata, naquilo que modificar a legislação anterior, bem como a força vinculante impedirá eventual tentativa de descriminalização das condutas, tratando-se de norma inconstitucional qualquer uma que não esteja de acordo com o mandamento constitucional de criminalização.

2.ª) Inexistindo a legislação penal incriminadora, na hipótese de omissão do legislador, a Constituição estabelece a *ação de inconstitucionalidade por omissão*, no art. 103, § 2.º, nos seguintes termos:

"Art. 103 (...)

§ 2.º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

(...)."

A intenção constitucional é conceder plena eficácia para as suas normas. Assim, a ação de inconstitucionalidade por omissão vem permitir a concessão de eficácia para aquelas normas que dependem de complementação legislativa; portanto, atingem as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo em que a constituição obriga o legislador a expedir comandos normativos.[42]

Quando a Constituição determina ao legislador que tenha uma conduta positiva, com a elaboração de legislação que garanta a eficácia da norma constitucional, e este se omite, tendo então conduta negativa, configura-se a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total ou parcial, na hipótese de descumprimento incompleto do mandamento constitucional.

3.ª) Nesta terceira hipótese possível a ser analisada, o legislador cumpriu o mandamento constitucional. Então, a eficácia da norma constitucional agora é plena, novamente vinculando as futuras legislações, impedindo eventual tentativa de descriminalização, e caso exista lei neste sentido será considerada inconstitucional por ser incompatível com a obrigação constitucional de incriminação.

(42) Alexandre de Moraes. *Direito constitucional.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 576.

5. O princípio constitucional da ofensividade

Para o posicionamento hoje majoritário na doutrina, o Direito penal acolheu o princípio da ofensividade, que significa que não há crime sem ofensa a um bem jurídico.[43]

Esse princípio, assim formulado, vincula o legislador e o intérprete. O legislador deve configurar os crimes como uma conduta de ofensa a um bem jurídico, de forma que somente possuam relevância penal os fatos que importem a lesão ou ao menos o perigo de lesão a um bem jurídico. O intérprete, por sua vez, deve reconstruir os tipos de crime com a ajuda do critério do bem jurídico, excluindo os comportamentos não ofensivos ao bem tutelado pela norma incriminadora.

A adoção deste princípio impede ao legislador e ao intérprete qualquer regressão aos modelos reacionários de crime, que imputavam como crime a mera manifestação de vontade, ou o mero sintoma de periculosidade do indivíduo.[44]

São diversas as conseqüências da adoção desse princípio constitucional, que passaremos a analisar.

5.1 O princípio da ressocialização

A primeira delas encontra-se nas funções da pena: são duas as funções reconhecidas: a retributiva e a reeducativa. Para que a pena não assuma a função de mera retribuição, reprimindo a simples desobediência aos preceitos legais, ou de mera reeducação, através da repressão dos estados subjetivos ou disposições pessoais, a razão da incriminação e portanto da punição deve ser a realização de um fato ofensivo a um interesse tutelado. Igualmente, a pena deve ter um tempo limitado, uma duração circunscrita no tempo, para evitar que seja realizada uma instrumentalização do homem aos fins da política criminal.

5.2 O Direito penal do fato

Por outro lado, o direito à liberdade moral, ou à liberdade do pensamento, definida pela máxima "cogitationis poenam nemo patitur", reconhecidos pela Constituição, além dos princípios de tolerância ideológica, da tutela das minorias, do respeito à dignidade do homem, da igualdade de todos perante a lei, proíbem a consideração do fato criminoso como mero indício da personalidade ou da periculosidade do sujeito.

(43) Sobre este posicionamento majoritário da doutrina italiana, Marinucci e Dolcini relacionam mais de vinte autores, que são alinhados por ordem cronológica de obras, como, por exemplo, Gallo, Bricola, Musco, Mantovani, Fiandaca, Romano, Fiorella etc. Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, op. cit., p. 312.

(44) Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, op. cit., p. 311-312.

Essa visão ressalta o aspecto do bem jurídico como uma limitação intransponível ao legislador na configuração da estrutura do crime, necessária para a consolidação das democracias ocidentais e dos princípios do Estado de Direito.

5.3 Diretivas vinculantes

A questão principal a respeito do princípio da ofensividade é se a Constituição estabelece ao legislador diretivas vinculantes para a realização da estrutura do crime.

Aponta a doutrina que no Estado republicano, onde a soberania pertence ao povo e a justiça é administrada em nome do povo, reconhecendo o princípio da igualdade, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e situação social, não é admitida a estrutura do crime como imposição de posições políticas, religiosas ou éticas, não importando se majoritárias ou minoritárias.

Da mesma forma, a adoção do *princípio da dignidade do homem* e do reconhecimento do homem como portador de direitos invioláveis afasta a possibilidade de o crime ser considerado um sintoma de periculosidade ou antissocialidade individual, ou como mera desobediência a deveres.

Em conclusão, o único modelo de crime compatível com a Constituição é aquele estruturado como ofensa aos bens jurídicos, seja na forma de lesão ou de colocação em perigo. Portanto, o Direito penal é o instrumento de proteção aos bens jurídicos.

A jurisprudência italiana segue a mesma trilha doutrinária, com a seguinte decisão da Corte Constitucional: "è precipuo dovere del giudice di merito (...) apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta, se (...) la condotta dell'agente sai priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta e conseguentemente si collochi fuori dall'area del penalmente rilevante".[45]

A Corte Constitucional italiana já assentou:

Os juízes devem acompanhar as exigências para a interpretação da lei penal fixadas pelo princípio da ofensividade, ou seja, deverão verificar no caso concreto a ofensividade da conduta.[46]

5.4 O princípio da culpabilidade

O princípio da ofensividade possui um limite fixado pela própria Constituição, que é o *princípio da culpabilidade*. Não basta que seja previsto um fato

(45) Corte Cost., 11.07.1991. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, p. 285 *et seq.* Apud Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, op. cit., p. 315-316.

(46) Corte Cost., 23.07.1996, *Giur. Cost.*, 1996, p. 2.465 *et seq.* Apud Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, op. cit., p. 315-316.

ofensivo a um ou mais bens jurídicos, nem basta que a conduta seja antijurídica, ou seja, não autorizada ou imposta por outra norma jurídica. É necessário, outrossim, que a prática do fato possa ser pessoalmente imputada e repreendida ao autor. Em outras palavras, o agente deve responder pessoalmente pela conduta praticada, com os critérios compreendidos na culpabilidade.

A responsabilidade pessoal, ou seja, a responsabilidade culpável, é a responsabilidade pelo fato cometido. Todos os critérios sobre os quais se funda a culpabilidade devem ser estreitamente ligados ao fato praticado pelo agente.

Em Portugal, o referido princípio também é adotado majoritariamente pela doutrina penal, e um dos seus defensores é Figueiredo Dias, um dos maiores expoentes do Direito penal português, que expõe da seguinte forma:

"É exato ser no sistema social, enquanto tal, que se deve ver em último termo a fonte legitimadora e produtora da ordem legal dos bens jurídicos. Mas com apelo direto a um tal sistema é absolutamente impossível emprestar ao conceito de bem jurídico a indispensável concretização. Com uma via para a alcançar só se depara quando se pensa que os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional."[47]

Entende o referido autor que a Constituição portuguesa, em seu art. 3.º-2, ao dispor que toda atividade do Estado, incluída a atividade legiferante em matéria penal, se subordina à Constituição, impõe a adoção do princípio da ofensividade como norteador do Direito penal.

A Constituição portuguesa está assim redigida:

"Art. 3.º

(Soberania e legalidade)

1. A soberania uma e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição.

2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática.

3. A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas e do poder local depende da sua conformidade com a Constituição."

Também, o art. 18.º-2 da Constituição portuguesa determina que as restrições dos direitos, liberdades e garantias, o que sempre ocorre quando da criminalização, se devem limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Assim, na visão do autor referido, fica clara a adoção dos critérios axiológicos-constitucionais na definição da conduta criminosa.

O art. 18.º da Constituição portuguesa está assim redigido:

"Art. 18.º

(Força jurídica)

[47] Jorge de Figueiredo Dias. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 66.

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

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

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais."

Conclui que um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe apenas "onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que 'preexiste' ao ordenamento jurídico-penal. O que por sua vez significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de se verificar uma qualquer relação de mútua referência".[48]

5.5 A dignidade jurídico-penal

Na visão do mencionado autor, somente pela via dos valores constitucionalmente protegidos é que os bens jurídicos se transformam em *bens jurídicos dignos de tutela penal* ou com *dignidade jurídico-penal.*

Então, toda norma incriminatória na base da qual não seja possível divisar um bem jurídico-penal claramente definido deve ser considerada nula, por materialmente inconstitucional, devendo ser assim declarada pelos tribunais aos quais caiba aferir a constitucionalidade das leis ordinárias.[49]

Formula, portanto, o autor, uma concepção teleológica-funcional dentro de uma perspectiva racional, firmando o *critério da necessidade* ou *da carência da tutela penal* para legitimar a criminalização efetuada através da noção de bem jurídico dotado de dignidade penal, nos seguintes termos:

"A violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade. Nesta precisa acepção o Direito penal constitui, na verdade, a *ultima ratio* da política social e sua intervenção é de natureza definitivamente *subsidiária.*"[50]

5.6 O princípio da proporcionalidade

Essa subsidiaridade decorre, na visão do autor, do princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade que é inerente ao Estado de Direito, uma vez que o

(48) Jorge de Figueiredo Dias, op. cit., p. 67.

(49) Idem, ibidem, p. 77.

(50) Idem, ibidem, p. 78.

Direito penal só pode intervir nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica, se revelem insuficientes e *inadequados*.

Caso assim não ocorra, quando se determine a intervenção penal para hipóteses de proteção de bens jurídicos que podem ser *suficientemente tutelados por intervenção dos meios civis*, essa intervenção penal determinada deverá ser entendida como contrária ao *princípio da proporcionalidade* por violação ao *princípio da proibição de excesso*.

O princípio da proporcionalidade também significa que a gravidade da pena imposta deve ser proporcional ao fato praticado. A graduação das penas é um princípio geral do Direito penal. O critério dessa proporcionalidade decorre da nocividade social do delito, ou seja, de sua importância para a manutenção da vida social.

Da mesma forma, as medidas de segurança devem ser proporcionais à periculosidade do agente e à gravidade do fato praticado.

5.7 O princípio da intervenção mínima

A doutrina espanhola da atualidade reconhece o princípio da ofensividade, chamando-o de princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, ou princípio da intervenção mínima, mas o vê de forma diferente, como um dos limites ao poder punitivo do Estado.

Mir Puig defende que o Direito penal de um Estado Social justifica-se como sistema de proteção da sociedade. Os interesses sociais que por sua importância podem merecer a proteção do Direito penal se denominam bens jurídicos. Portanto, o Direito penal somente pode proteger bens jurídicos, entendidos em sentido político-criminal, como objetos que podem reclamar proteção jurídico-penal.[51]

Muñoz Conde e García Arán também apontam a proteção de bens jurídicos como limite ao poder punitivo do Estado, adotando o princípio da intervenção mínima, pelo qual os bens jurídicos não somente devem ser protegidos pelo Direito penal, mas também ante o Direito penal, ou seja, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada são suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas e não as medidas penais.[52]

(51) Santiago Mir Puig, op. cit., p. 91.

(52) Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Aran, op. cit., p. 88.

2.3

ANOTAÇÕES SOBRE ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS DAS LEIS 9.099/95 E 10.259/2001 – LEIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS

MARIA LÚCIA KARAM

SUMÁRIO: 1. A definição das infrações penais de menor potencial ofensivo – 2. A aplicação de institutos introduzidos com a Lei 9.099/95, no âmbito das justiças militares: a regra do art. 90-A – 3. A regra do art. 88 da Lei 9.099/95 e os efeitos jurídicos decorrentes da ausência de representação do ofendido – 4. A regra do art. 89 da Lei 9.099/95 e a recusa do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo – 5. As regras do art. 76 da Lei 9.099/95 e o descumprimento da pena imposta em decorrência da transação – 6. Os juizados especiais criminais e a ampliação do poder do Estado de punir.

Resumo: A par da necessária visão crítica sobre os juizados especiais criminais, discutem-se neste trabalho alguns aspectos penais e processuais penais das Leis 9.099/95 e 10.259/2001, considerando-se a definição das infrações penais de menor potencial ofensivo e seu alcance, a partir da atuação do princípio constitucional da isonomia, e buscando-se, a partir de uma visão sistemática, a identificação da natureza dos atos desenvolvidos no âmbito daqueles juizados, de forma a determinar os efeitos deles decorrentes.

Palavras-chave: Juizados especiais criminais – Princípio da isonomia – Devido processo legal – Representação do ofendido – Suspensão condicional do processo – Proposta de transação.

1. A definição das infrações penais de menor potencial ofensivo

Estabelecendo a regra, contida no inc. I do art. 98 da CF, a competência de juizados especiais criminais, para o conhecimento de causas concernentes às infrações penais de menor potencial ofensivo, a definição das infrações penais de tal natureza foi originalmente dada pela regra vinda no art. 61 da Lei 9.099/95, que, concretizando aqueles juizados, no âmbito das Justiças estaduais, assim dispôs:

"Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena

máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial."

Com o advento da Lei 10.259/2001, que, concretizando a determinação emanada da regra do parágrafo único do art. 98 da CF, introduzida com a EC 22, de 18.03.1999, veio dispor sobre os juizados especiais, no âmbito da Justiça federal, nova definição se estabeleceu, com a regra do parágrafo único do art. 2.º daquele Diploma Legal, assim redigida:

"Art. 2.º (...)

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa."

Como se vê, os legisladores de 1995 e de 2001 tomaram, em suas definições, a medida da pena máxima abstratamente cominada, para, dela extraindo a dimensão da gravidade da alegada infração penal, estabelecer quais seriam aquelas que se caracterizariam como de menor potencial ofensivo.

O legislador de 2001 reavaliou esta dimensão, ampliando o limite original da pena máxima considerada, de um para dois anos, acrescentando a previsão de pena pecuniária e suprimindo a ressalva, constante da Lei 9.099/95, referida à previsão de procedimentos especiais.

Desde logo, ressalte-se que a menção à pena pecuniária veio apenas explicitar entendimento que já se adotava, no sentido de que sua previsão, até por se tratar de pena menos rigorosa, não afasta a caracterização do menor potencial ofensivo da infração penal, efetivamente contando, para a definição considerada, o máximo da pena privativa de liberdade cominada, venha esta cominação isolada, venha prevista alternada ou cumulativamente com a pena pecuniária.

Promovendo uma reavaliação da dimensão da gravidade da alegada infração penal, com a elevação da medida do máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada, a regra contida no parágrafo único do art. 2.º da Lei 10.259/2001 está a revelar sua natureza de regra geral, a trazer uma redefinição, com alcance igualmente geral, das infrações penais de menor potencial ofensivo, assim afastando a definição original, vinda na regra do art. 61 da Lei 9.099/95.

O fato de estar incluída em lei, que dispõe sobre os juizados especiais, no âmbito da Justiça federal, naturalmente, não tem o condão de limitar o alcance da nova definição a infrações penais, objeto de causas da competência dos órgãos jurisdicionais integrantes da Justiça federal. Não é reconhecível, na regra considerada, qualquer especificidade que pudesse vincular seu conteúdo à atuação diferenciada destes órgãos jurisdicionais, tampouco havendo na natureza das infrações penais, cuja alegada prática é objeto de exame em processos que se desenvolvem perante aqueles órgãos, especificidade que as diferencie, no que concerne à dimensão de sua gravidade, de quaisquer outras infrações penais.

A estruturação de sistemas diferenciados de órgãos jurisdicionais, atuantes uns no âmbito local dos Estados-membros e do Distrito Federal e outros no âm-

bito da União, obedece tão-somente a uma opção política do constituinte, determinada pela repartição de atribuições característica da forma federativa de Estado. A distribuição da competência a esses órgãos jurisdicionais diferenciados, em matéria penal, é estabelecida na conformidade de regras constantes do art. 109 da CF, onde especificadas as causas de competência da Justiça federal e, conseqüentemente, estabelecida a competência residual das Justiças estaduais e local do Distrito Federal, para as demais causas, versando sobre infrações penais de natureza igualmente comum, não especificadas. Nessa distribuição da competência, efetivamente, é levada em conta a natureza da infração penal configurável nos fatos constitutivos da imputação, mas em aspecto que nada tem a ver com a dimensão de sua gravidade. Como se verifica nas regras focalizadas, o que o constituinte coerentemente considerou, para a distribuição da competência entre os órgãos jurisdicionais comuns, diferenciados por seu âmbito de atuação, foi a revelação, nos fatos constitutivos da imputação, de uma afetação de bens, serviços ou interesses da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas (hipótese vinda no inc. IV do art. 109 e a que, em última análise, podem se reduzir as demais), a determinar a competência da Justiça federal comum, matérias com repercussão no âmbito da União, sendo, assim, apreciadas por órgãos estruturados em tal âmbito, enquanto as demais deverão ser objeto de apreciação no âmbito das Justiças locais.

Uma regra que toma a natureza da infração penal tão-somente no aspecto da dimensão de sua gravidade, dada pela medida da pena máxima que lhe é cominada, jamais poderia ser vista, portanto, como uma regra especial, aplicável no limitado âmbito de atuação de um daqueles sistemas de órgãos jurisdicionais, cuja atuação diferenciada, como estabelecido na Constituição Federal, tem, como visto, outra razão de ser.

O reconhecimento da generalidade ou da especialidade de uma regra, seu campo de incidência, o tratamento unificado ou diferenciado das matérias nelas reguladas, não são dados por sua localização em tal ou qual diploma legal, tampouco dependendo de uma burocrática espera de sinais explícitos do legislador, a dizer ou não da extensão do alcance dos dispositivos introduzidos.

O que define a generalidade ou a especialidade de uma regra, seu campo de incidência, o tratamento unificado ou diferenciado das matérias nelas reguladas, é sim a razão que, determinando a especificidade ou a generalidade da situação considerada, irá autorizar ou não a elaboração de uma lei especial, entendida esta como uma regra menos extensa, abrangente apenas de uma espécie de um determinado gênero.

Conforme os ensinamentos de Norberto Bobbio, verifica-se que a passagem de uma regra mais extensa, abrangente de um certo gênero – a regra geral –, para uma regra menos extensa, abrangente de uma espécie do gênero – a regra especial –, corresponde à exigência de tratamento igual para pessoas situadas em uma mesma posição, com a conseqüente contrapartida do tratamento diferenciado a pessoas situadas em diferente posição, a passagem da regra geral à regra especial correspondendo, assim, a um processo natural de diferenciação das posições e a

uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. A razão de ser da lei especial reside, pois, no fato de que a persistência na regra geral estaria a importar em um intolerável tratamento igual a pessoas situadas em posições diferentes.[1]

A definição do alcance abstrato de qualquer regra é dada, assim, por esta razão que autoriza e determina a elaboração de leis gerais ou especiais, razão que, encontrada na consideração da igualdade ou desigualdade da situação de seus possíveis destinatários, traz, em si, os desdobramentos do princípio da isonomia (ou da igualdade jurídica formal), a que estão adstritos tanto os intérpretes e aplicadores da lei como, antes deles, o próprio legislador.

O princípio da isonomia, enunciado no *caput* do art. 5.º da Constituição Federal brasileira, implica em que o mesmo tratamento seja dado e os mesmos direitos sejam reconhecidos a todos que estejam em igualdade de condições e situações e, portanto, como na feliz afirmação de Fábio Konder Comparato, nunca a alguns apenas, ou a uns mais do que a outros.[2]

É, pois, na identificação desse conteúdo do princípio da isonomia que reside a chave para a autorização ou a vedação constitucional do tratamento diferenciado e, assim, para a descoberta do alcance abstrato de qualquer regra.

Recorrendo, mais uma vez, à lição de Fábio Konder Comparato, verifica-se que cada situação ou fato jurídico qualifica-se por um conjunto de notas, que poderão ser tidas por essenciais ou não, conforme digam respeito ao objeto direto da lei em causa, ou à natureza do instituto assim regrado, a lei que tem por objeto o gênero, de acordo com o princípio da isonomia, não podendo discriminar entre as espécies, somente podendo fazê-lo quando dirigida a uma espécie determinada. Do exemplo dado em seu texto – lei que tratasse de condição específica da mulher com a qualidade de casada, evidentemente, não se aplicando a mulheres solteiras, viúvas ou divorciadas, à diferença de lei que, objetivando, por hipótese, a proteção da maternidade, não poderia excluir de sua aplicação mulheres sem aquela qualidade de casadas – colhe-se clara diretriz para a identificação daquele conteúdo do princípio da isonomia.[3]

Em primoroso escrito de Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*,[4] igualmente se colhem definitivas diretrizes para essa identificação do conteúdo do princípio da isonomia. Dali se extraem as se-

(1) Vejam-se as observações de Bobbio sobre este tema, na obra *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Polis, 1989, em especial no capítulo sobre a coerência do ordenamento jurídico, encontrado nas p. 71-114.

(2) Veja-se tal afirmação no trabalho "Igualdade, desigualdades", *Direito público – Estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 46-60.

(3) Consulte-se o trabalho publicado nas p. 129-137 da obra mencionada na nota anterior, intitulado *Retroatividade e isonomia tributária*.

(4) 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

guintes e esclarecedoras assertivas: em primeiro lugar, há de se ter em conta que discriminações se compatibilizam com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existente um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, exigindo-se, ainda, que tal correlação lógica, a princípio autorizadora do tratamento diferenciado, se mostre harmônica com interesses prestigiados na Constituição; por outro lado, o que autoriza a discriminação é a diferença que as coisas possuam em si e a correlação entre o tratamento desequiparador e os dados diferenciais radicados nas coisas, não havendo como desequiparar pessoas e situações quando nelas mesmas não se encontram fatores desiguais, cumprindo ademais que a diferenciação do regime legal esteja correlacionada com a diferença tomada em conta; finalmente, há de se observar que não existem duas situações tão iguais que não possam ser distinguidas, da mesma forma que inexistem situações tão distintas que não possuam algum denominador comum em função do qual se possa parificá-las, por isso não sendo qualquer distinção entre as situações ou as pessoas que estaria a autorizar a discriminação, a eventual existência de alguma diferença havendo de ser relevante para o discrímen que se quiser introduzir legislativamente.

A inafastável obediência ao princípio da isonomia, a determinar que a definição do alcance abstrato da lei geral em relação à lei especial tenha como norte a consideração da igualdade ou desigualdade da situação de seus possíveis destinatários, já impõe uma afirmação: a de que toda lei penal ou processual penal, que, posteriormente introduzida no ordenamento jurídico, traga dispositivos mais favoráveis ao réu haverá de alcançar a todos que estejam colocados em situação idêntica, a distinção, o tratamento diverso somente se admitindo quando é a desigualdade da situação que produz a necessidade da lei especial, o que, desde logo vale adiantar, não ocorre quando se lida com matérias concernentes à teoria do crime ou à teoria da pena.

Claro, portanto, que, na definição da natureza de infrações penais, concernente à dimensão de seu potencial ofensivo, estabelecida a partir da avaliação da pena máxima que lhes é cominada, estar-se-á diante de uma lei geral, não estando autorizada a desigualdade de tratamento entre pessoas, a quem atribuída a prática de infrações penais, a que sendo cominadas penas máximas de igual quantidade, apresentam igual dimensão de ofensividade.

Nesse sentido, vale ressaltar que a ressalva que existia na última parte da derrogada regra do art. 61 da Lei 9.099/95, quanto à previsão de procedimentos especiais, tampouco poderia ter servido, em sua vigência, para afastar, no que concerne ao tratamento penal, o reconhecimento do menor potencial ofensivo de infrações penais, objeto de causas, cujo processamento seguisse aqueles ritos especiais. A aplicabilidade dos institutos da composição civil e da transação (arts. 74 e 76 da Lei 9.099/95), decerto, haveria de se estender a todo e qualquer processo, em que deduzida pretensão punitiva fundada na alegada prática de infrações penais a que cominada a então considerada pena máxima não superior a um ano. A inafastável obediência ao princípio da isonomia não se compatibilizaria com a

desigualdade do tratamento, já que, na previsão de procedimentos especiais, não haveria como encontrar peculiaridade diferencial, que pudesse apoiar a não incidência daqueles institutos, quando em foco aquelas infrações penais. O único efeito diferenciado que poderia advir da previsão de procedimentos especiais situava-se no campo processual, em que a distinção, aí sim, estava correlacionada com a diferença tomada em conta, aí sim aparecendo como relevante a previsão de procedimentos especiais, que poderia ensejar o afastamento da competência dos juizados especiais criminais. As infrações penais, objeto de causas cujo processamento seguisse os ritos especiais, não se excluíam, portanto, da definição de infrações penais de menor potencial ofensivo, essa natureza apenas deixando de se fazer valer para aquele fim do estabelecimento da competência dos juizados especiais criminais, certo que a aplicabilidade dos institutos que contêm uma face penal, revelada pelos reflexos sobre a pretensão punitiva, introduzidos com a Lei 9.099/95, como logo se reconheceu, não se limitava a processos de competência daqueles juízos.[5]

Com a nova definição, vinda na Lei 10.259/2001, em que eliminada a ressalva, tal questão não mais se coloca. Há, no entanto, uma outra questão, igualmente relacionada à prevalência do princípio da isonomia, que, subsistindo, será analisada a seguir.

2. A aplicação de institutos introduzidos com a Lei 9.099/95, no âmbito das justiças militares: a regra do art. 90-A

Muito se debateu sobre a aplicabilidade, no âmbito das Justiças militares, das regras vindas na Lei 9.099/95, disciplinadoras dos institutos que contêm aquela face penal, revelada pelos reflexos sobre a pretensão punitiva. O debate, estabelecido fundamentalmente em torno da representação nas ações penais relativas aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas (art. 88) e da suspensão condicional do processo (art. 89), produziu sólida jurisprudência do STF, no sentido da aplicação daquelas regras, até que, com a Lei 9.839/99, foi acrescentado à Lei 9.099/95 dispositivo que, constituindo seu art. 90-A, estatuiu que "as disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar".

Não parece, porém, que tal encomendado dispositivo legal possa afastar a razão que levara ao reconhecimento da aplicação daquelas regras a hipóteses de crimes militares. Decerto, tal razão não residia na simples ausência de dispositivo legal vedando tal aplicação ou esclarecendo o alcance das regras consideradas, inserindo-se o tema sim na questão maior da aplicabilidade de dispositivos de leis penais e processuais penais comuns a matérias não disciplinadas ou diversamente

(5) Veja-se, a respeito, uma das primeiras obras publicadas sobre o tema dos juizados especiais criminais, *Juizados especiais criminais – Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1995.

disciplinadas em leis penais e processuais penais militares, isto é, na delimitação do campo de incidência da lei geral e da lei especial.

A previsão no ordenamento jurídico brasileiro, em codificações autônomas, de um tratamento diversificado, a ser dado a matérias concernentes a condutas configuradoras de crimes militares – condutas assim qualificadas por terem na raiz de sua proibição a afetação, direta ou indireta, de bens jurídicos relacionados ao funcionamento das Forças Armadas –, decerto cria dificuldades e distorções à interpretação e à aplicação das regras especiais, constantes daquelas codificações, dificuldades e distorções essas que se acentuam por se estender tal diversificação, no âmbito da lei penal, a institutos relacionados aos próprios elementos e princípios gerais definidores dos crimes e das penas, e, no âmbito da lei processual penal, a institutos do próprio processo, ao que se acresce a previsão constitucional de organização de uma Justiça especial para sua aplicação.

A primeira das distorções já decorre dessas mesmas previsões, a especialidade, quer no que concerne à organização judiciária, quer no que concerne aos diplomas legislativos, propiciando uma ilusão de absoluta autonomia, que, na prática desenvolvida pelos aplicadores da lei, freqüentemente transforma aqueles direito e Justiça especiais em corpos isolados e delirantemente independentes da própria ordem constitucional.

Não é incomum a exteriorização da delirante, megalômana e autoritária idéia de que os órgãos judiciários atuantes na Justiça militar e os direitos penal e processual penal militares se destacariam de seus correspondentes comuns, porque seriam instrumentos de realização de finalidades das Forças Armadas, tendo uma índole própria, pautada por características particulares de uma imaginada "sociedade militar", fundada na hierarquia e na disciplina.

Em tal delirante, megalômana e autoritária idéia decerto se confundem muitas coisas, a começar pela suposição de existência de uma "sociedade militar" e prosseguindo com a supervalorização dos princípios organizacionais da hierarquia e da disciplina. Como é evidente, as Forças Armadas nada mais são do que órgãos do Poder Executivo com a destinação específica e primordial de prover a defesa externa do País, longe estando de constituir uma sociedade apartada, qualquer que seja o conceito – mais ou menos científico – que de sociedade se queira fazer. Por outro lado, a hierarquia e a disciplina são tão-somente princípios que servem tanto à organização das Forças Armadas como à de quaisquer outras instituições ou entidades de estrutura verticalizada, formais ou mesmo informais (pense-se, por exemplo, em uma quadrilha razoavelmente estruturada: decerto, a hierarquia e a disciplina têm importante papel em sua organização...), não tendo qualquer significação especial para os direitos penal ou processual penal.

Uma óbvia constatação logo há de ser feita: os órgãos judiciários atuantes na Justiça militar não diferem, em sua essência, de quaisquer outros órgãos judiciários, sendo, como é por demais sabido, uma só a jurisdição e apenas relativa a autonomia dos diversos órgãos que, estruturados em diferentes sistemas, a exercem. A opção pelo escabinato, com a atuação de militares ao lado dos juízes

togados, apenas consagra, como no júri, a saudável participação direta de leigos no exercício da jurisdição, decerto constituindo um bom exemplo, que poderia ser seguido na estruturação de outros órgãos do Poder Judiciário. Já a autonomia organizacional dos órgãos judiciários atuantes na Justiça militar, como a dos órgãos que constituem as demais Justiças especiais, funda-se tão-somente no fato de a eles se distribuir competência para apreciar matérias tidas como de natureza peculiar, com o único objetivo de racionalizar tal atuação, objetivo, aliás, politicamente, bastante questionável.

Os órgãos da Justiça militar não são, portanto, instrumentos de realização de finalidades das Forças Armadas ou de quaisquer outras instituições, nem têm objetivos diversos dos órgãos das Justiças comuns. Como quaisquer outros órgãos do Poder Judiciário, os órgãos jurisdicionais integrantes da Justiça militar têm sim como função precípua tão-somente o exercício da jurisdição, o distribuir a justiça, distribuição que, sempre vale lembrar, se faz, fundamentalmente, através da concretização do papel maior do juiz de garantidor da efetividade dos princípios e regras constitucionais.

Igualmente relativa – e igualmente questionável politicamente – é a autonomia dos direitos penal e processual penal militares, como é relativa a autonomia entre todos os ramos do direito, seu ponto de encontro dando-se nos princípios e regras constitucionais dirigentes de seus dispositivos, seu elo de ligação estabelecendo-se a partir da indispensável fixação de limites para qualquer forma de intervenção do Estado na vida das pessoas e pela conseqüente preocupação com o reconhecimento dos direitos dos indivíduos diante do poder estatal, como estatuído nas normas constitucionais e nas declarações universais de direitos, a que obediente o Estado Democrático de Direito.

Nenhuma incompatibilidade de essência poderia, pois, ser alegada como justificativa para a rejeição pelos direitos penal e processual penal militares de princípios e normas vindos dos direitos penal e processual penal comuns, ambos sempre acabando por se encontrar em sua igual subordinação aos princípios e regras constitucionais garantidores da tutela da liberdade, princípios e regras esses que dão a tônica e a direção a qualquer legislação infraconstitucional de natureza penal ou processual penal em um Estado Democrático de Direito.

Em um ordenamento jurídico que, inobstante as dificuldades e distorções daí geradas, insiste em manter codificações autônomas para disciplinar matérias concernentes a condutas configuradoras de crimes, como os que se dizem militares, há de se perceber que a particularidade, que dita tal questionável opção política, no campo penal, pode encontrar ressonância tão-somente nas definições de condutas deles constitutivas e, fundamentalmente, na diferente consideração da relevância de condutas em relação à afetação do bem jurídico tutelado, neste ponto podendo-se pensar, por exemplo, na ausência ao serviço, que, sendo irrelevante para a lei penal comum, constitui, para a lei penal militar, dadas as características peculiares à atividade militar, um delito – a deserção, definida, em seu tipo básico, na regra do art. 187 do Código Penal Militar.

No que concerne, no entanto, ao tratamento geral dos crimes e das penas ou à estruturação e aos princípios do processo, não há como visualizar nenhuma particularidade nos direitos penal e processual penal militares, que, repita-se, convergem com os direitos penal e processual penal comuns, em sua igual subordinação aos princípios e regras constitucionais garantidores da tutela da liberdade e orientadores de todas as etapas e de todas as modalidades do processo de criminalização.

Despojadas de delírios, megalomanias e autoritarismos, as leis penais e processuais penais militares podem ser vistas, como realmente o são, tão-somente como outras quaisquer leis especiais, em relação às leis penais e processuais penais gerais, a incidência de umas e outras, o tratamento eventualmente unificado ou diferenciado das matérias nelas reguladas, havendo de seguir os mesmos princípios que cuidam de, nos demais casos, disciplinar a especialidade em relação à generalidade.

Se não o direito, mas, mais propriamente, o discurso jurídico há de estar acorde com os postulados que o possam qualificar como científico. Para que se produzam enunciados satisfatórios, na interpretação das normas jurídicas, faz-se necessária a utilização das propriedades lógicas do discurso científico, em que, naturalmente, se incluem a coerência ou a consistência, não se podendo conviver, nesta interpretação, com proposições que, ao mesmo tempo, afirmem e neguem uma informação sobre uma igual área temática, como ocorre quando, sem maior fundamentação, quase ao sabor das conveniências ou simpatias por um ou outro dispositivo legal, ora se afirma a aplicabilidade a hipóteses de crimes militares de dispositivos gerais de leis penais ou processuais penais comuns, ora se nega tal aplicabilidade. A observância dos rigores do discurso científico já seria, portanto, ponto suficiente para impor um tratamento uniforme e sistemático a todo e qualquer ato de interpretação e aplicação do direito e, assim, na definição do alcance da lei geral e da lei especial.

Mas, mais do que as exigências do discurso científico, são, de um lado, a própria segurança jurídica, a se relacionar com a possibilidade que há de ser assegurada aos indivíduos de conhecer e prever com exatidão as conseqüências jurídicas de seus atos, e, de outro lado, a própria realização da justiça, relacionada com a igualdade, que, não se compatibilizando com a adoção de práticas diferenciadas, arbitrárias ou discriminatórias, estão a impor a coerência no tratamento de situações similares.

Voltamos, aqui, assim, à matéria tratada no item anterior: a definição do alcance abstrato de qualquer regra há de ser dada pela razão que autoriza e determina a elaboração de leis gerais ou especiais, razão que, encontrada na consideração da igualdade ou desigualdade da situação de seus possíveis destinatários, traz, em si, os desdobramentos do princípio da isonomia.

A razão que ditava a afirmação da aplicabilidade das regras dos arts. 88 e 89 da Lei 9.099/95 a hipóteses de crimes militares, decerto, não era – nem poderia ser –, como já ressaltado, o silêncio do legislador de 1995, ou a ausência de regra

que vedasse aquela aplicação. Essa razão situava-se, exatamente, no desdobrar do princípio da isonomia, a determinar que a igualdade de situações, entre apontados autores de crimes de lesões corporais leves ou culposas, de natureza comum ou militar, ou de apontados autores de crimes, de natureza comum ou militar, a que cominadas penas mínimas iguais ou inferiores a um ano (as infrações penais ditas de médio potencial ofensivo, autorizadoras da suspensão condicional do processo), conduzisse à igualdade do tratamento penal.

Esse quadro, que ditara a interpretação que estendia o alcance das regras gerais dos arts. 88 e 89 da Lei 9.099/95 a hipóteses de crimes militares, tratados em lei especial – a igualdade de situações, que não poderia conviver com a adoção de práticas diferenciadas ou discriminatórias –, naturalmente não se modificou, não sendo uma regra infraconstitucional, como o referido dispositivo do art. 90-A, introduzido, na Lei 9.099/95, pela Lei 9.839/99, que teria o condão de fazê-lo. A exceção ali imposta traz, portanto, clara violação ao princípio da isonomia, constitucionalmente assentado.

Tome-se o parâmetro para a definição do potencial ofensivo de uma infração penal, isto é, a pena máxima que lhe é abstratamente cominada. Da mesma forma que, como visto, a afetação de bens, serviços ou interesses da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas, não dá à infração penal, no que concerne à dimensão de sua ofensividade, qualquer particularidade que a diferencie de outra infração penal comum, que, trazendo afetações diversas, abstratamente recebe previsão de pena máxima de igual quantidade, não podendo, portanto, seus apontados autores receber tratamentos diferentes, a afetação direta ou indireta de bens jurídicos relacionados ao funcionamento das Forças Armadas em nada poderia diferenciar a infração penal, no que concerne a essa mesma dimensão de sua ofensividade. Nesse aspecto, tal infração penal não se distingue, seja de infrações penais comuns em que revelada a afetação de bens, serviços ou interesses da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas, seja de infrações penais comuns em que reveladas quaisquer outras afetações, todas se identificando pela quantidade das penas que lhes são abstratamente cominadas e todos seus apontados autores igualmente se identificando, na igualdade de condições e situações em que se encontram.

Nessa linha, é imperativa a afirmação de inconstitucionalidade da regra contida no art. 90-A da Lei 9.099/95, havendo que se manter o reconhecimento da incidência, no âmbito da Justiça militar, de todas as regras, disciplinadoras de institutos que contêm uma face penal, vindas naquela, como na Lei 10.259/2001.

Como ocorre com a Justiça federal comum, em relação às Justiças estaduais e local do Distrito Federal, a Justiça militar federal ou as Justiças militares estaduais, como quaisquer Justiças especiais, daquelas só se distinguem porque estruturadas em sistemas diferenciados, diante de opções políticas do constituinte, determinadas, no primeiro caso, pela repartição de atribuições característica da forma federativa de Estado e, no segundo caso, pela consideração da natureza tida como peculiar de determinadas matérias, que, por isto, são submetidas a tais Justiças especiais.

A natureza peculiar de uma ou outra matéria, como de certa forma também têm sua peculiaridade as matérias de interesse da União, em relação às matérias que, também qualificáveis como comuns, dizem respeito a interesses outros, constitui um traço distintivo, autorizador de tratamentos diferenciados. A diferenciação, porém, só pode se fazer valer na medida, já exposta, em que existente um vínculo de correlação lógica, harmônica com interesses prestigiados na Constituição, entre a peculiaridade diferencial e a desigualdade do tratamento, em que os dados diferenciais estejam radicados nas coisas em si, em que a diferenciação do regime legal esteja correlacionada com a diferença tomada em conta, e, finalmente, em que a distinção entre as situações ou as pessoas seja relevante para o discrímen.

Decerto isso não ocorre com a simples natureza militar de um crime, em relação à natureza comum de uma outra infração penal, quando se está a considerar não a afetação do bem jurídico peculiar, que dita a diferenciação estabelecida, mas outros aspectos. Por exemplo, a dimensão da ofensividade, dada pelas penas máximas ou mínimas abstratamente cominadas. Uma mesma pena máxima não superior a dois anos ou uma mesma pena mínima não superior a um ano, cominadas a um crime militar e a um crime comum, evidentemente, não encerram qualquer diferença, a identidade de situações conduzindo a que ambos revelem o mesmo potencial ofensivo menor ou médio, dado por aqueles idênticos limites, o que há de trazer, como conseqüência inafastável, a adoção de um mesmo tratamento aos apontados autores de umas e de outras infrações penais. Da mesma forma, como antes se entendia, a igual essência, presente nas condutas configuradoras de lesões corporais culposas ou dolosas leves, de natureza comum ou militar, dada pela presença dominante, em ambas as hipóteses, do conflito afetador de bem jurídico de titularidade individual, impunha – como há de continuar a impor – igual condicionamento do legítimo exercício do direito de ação penal condenatória, em ambas as hipóteses, à representação do ofendido.

3. A regra do art. 88 da Lei 9.099/95 e os efeitos jurídicos decorrentes da ausência de representação do ofendido

A representação do ofendido, quando a lei a exige, como na hipótese da regra do art. 88 da Lei 9.099/95, condiciona o direito do Estado de deduzir em juízo a pretensão punitiva. Nesses casos, o Ministério Público não pode acusar sem que, antes, o ofendido formule a representação, que constitui uma espécie de autorização para que o Estado possa fazer valer o poder de punir, deduzindo em juízo sua pretensão punitiva.

Ausente a representação, vedado estará o exercício legítimo do direito de ação e, assim, abstratamente impedido o provimento jurisdicional condenatório requerido pelo Ministério Público. E, havendo vedação, pelo ordenamento jurídico, do provimento jurisdicional invocado, estar-se-á diante de impossibilidade jurídica do pedido (ou da demanda).

Não parece haver razão para se insistir no uso da expressão "condição especial de procedibilidade", costumeiramente adotada quando se trata da exigência de representação do ofendido para a propositura da ação penal condenatória. Nessa, como em todas as hipóteses tradicionalmente apontadas como consistentes em condições especiais de procedibilidade ou em condições específicas para o exercício de determinadas ações, acaba-se por poder identificar uma das três clássicas condições genéricas da ação – a possibilidade jurídica, a legitimação para a causa ou o interesse de agir (sempre se deve ressaltar, porém, que, no que concerne à ação penal condenatória, a estas três há que se adicionar uma quarta condição, igualmente genérica, isto é, a justa causa para a acusação).[6]

Deixando o ofendido de exercer o direito de representação, no prazo legalmente estabelecido a propositura, pelo Ministério Público, da ação penal condenatória, estará, portanto, a revelar a ausência de requisito para o legítimo exercício do direito de ação. Uma vez ultrapassado o prazo previsto para o exercício do direito de representação, e, por isto, não podendo mais a ausência daquele requisito ser suprida, não se poderá validamente prosseguir com o processo em direção ao julgamento do mérito, estando-se, pois, diante de hipótese conducente à extinção do processo sem tal julgamento, pelo que deverá a denúncia, assim irregularmente oferecida, sem a representação, ser rejeitada, com fundamento na regra do inc. III do art. 43 do CPP.

Decerto, o não exercício do direito de representação, dentro do prazo de seis meses, contados do dia em que conhecido o apontado autor do fato imputado, implica em decadência.[7] Entretanto, nas circunstâncias consideradas, não se deverá pronunciar a declaração de extinção da punibilidade pela decadência, mas sim e tão-somente a declaração de extinção do processo sem julgamento do méri-

(6) Sobre a inexistência de condições específicas para o exercício de determinadas ações no processo civil, inobstante a redação da regra do inc. VI do art. 267 do CPC, que, ao aludir às três condições clássicas da ação, parece sugerir uma enumeração apenas exemplificativa, vejam-se as observações de Cândido Rangel Dinamarco, no ensaio "Das ações típicas", p. 324-352 do t. I de *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Sobre a redução das chamadas condições especiais de procedibilidade às hipóteses enquadráveis entre as condições genéricas da ação, vale consultar a obra de Ada Pellegrini Grinover. *As condições da ação penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 157 *et seq*. Sobre a justa causa para a acusação, como quarta condição genérica para o regular exercício do direito de ação penal condenatória, veja-se a lição do Prof. Afrânio Silva Jardim, nas p. 31-39 de sua obra *Ação penal pública – Princípio da obrigatoriedade*, Rio de Janeiro: Forense, 1988.

(7) O prazo de seis meses é, naturalmente, aquele previsto na regra do art. 38 do CPP, a regra do art. 91 da Lei 9.099/95, a determinar a intimação (ou melhor, a notificação) do ofendido ou de seu representante legal para se manifestar no prazo de trinta dias, tendo operado, tão-somente, na transição do sistema anterior, em que prevista a ação penal pública incondicionada, para o sistema posterior, em que se passou a exigir a representação do ofendido, dada a retroatividade da regra que instituiu tal requisito.

to, por faltar requisito para o legítimo exercício do direito de ação penal condenatória, requisito esse identificado, como exposto, com a possibilidade jurídica do pedido formulado pelo autor da ação penal (ou possibilidade jurídica da demanda apresentada).

A impossibilidade jurídica é que haverá de conduzir à rejeição da denúncia e à conseqüente extinção do processo, diante da inviabilidade de exame do mérito, não cabendo pronunciamento sobre a extinção da punibilidade, pois esta diz respeito ao mérito, cujo exame estará vedado. Quando declara a extinção da punibilidade, em razão da decadência do direito de representação, o juiz está rejeitando a pretensão punitiva, manifestada pelo autor da ação penal condenatória, por esse fundamento específico. Trata-se, pois, de questão situada no plano do direito material, concernente ao mérito da causa. E o exame de qualquer questão concernente ao mérito da causa, logicamente, só poderá se realizar depois de ultrapassadas as questões estranhas àquele, que, como ressalta o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, por isso mesmo, se qualificam como preliminares ao mérito.[8]

A declaração da extinção da punibilidade, portanto, só se colocaria, fazendo incidir a regra do inc. II do art. 43 do CPP, se, tendo havido a representação – e, assim, atendido aquele requisito para o legítimo exercício do direito de ação penal condenatória –, tivesse o ofendido a apresentado quando já decorrido o prazo legal, em que operada a decadência.

4. A regra do art. 89 da Lei 9.099/95 e a recusa do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo

A partir da leitura do texto da regra do art. 89 da Lei 9.099/95, que atribui a iniciativa da propositura da suspensão condicional do processo ao Ministério Público ("... o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo..."), acabou por prevalecer o entendimento de que se teria, nessa proposta, um ato discricionário do Ministério Público, uma faculdade conferida ao titular do direito de propor a ação penal condenatória, para, nas hipóteses legalmente previstas, deixar de nela prosseguir, de modo que, decorrido o prazo da suspensão, com o cumprimento das condições estabelecidas, se extinguisse a punibilidade da conduta atribuída ao réu.

Nessa linha, a recusa do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo seria insubstituível, podendo, no máximo, conduzir à aplicação analógica da regra do art. 28 do CPP, de modo a se submeter a manifestação isolada do Promotor do caso ao crivo da Procuradoria-Geral, a quem caberia a última palavra sobre a formulação da proposta, na medida em que, encarando-se a suspensão do processo como um ato consensual bilateral, sem a concordância do Ministério Público, impossível seria a aplicação do instituto.

(8) Veja-se o ensaio "Aspectos da 'extinção do processo' conforme o art. 329 CPC", p. 85-94 de *Temas de direito processual – Quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

Observe-se que a submissão da manifestação do Promotor do caso ao crivo da Procuradoria-Geral, através da aplicação analógica da regra do art. 28 do CPP, restou consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir da posição adotada pelo voto médio do Plenário, no julgamento do HC 75.343-4-MG, concluído em 12.11.1997, redator para o acórdão o Min. Sepúlveda Pertence.[9]

No entanto, como antes já observava Luiz Flávio Gomes, a proposta de suspensão condicional do processo não pode ser conseqüência de uma decisão baseada nem em critérios pessoais nem em critérios institucionais do Ministério Público, devendo estar vinculada sim e tão-somente aos critérios descritos em lei, havendo a atuação do Ministério Público, quanto ao oferecimento da proposta, de se submeter à presença dos requisitos que impõem a opção por tal via alternativa, transformando-se o poder de fazê-la, quando presentes tais requisitos, em dever.[10]

Por outro lado, representando a suspensão condicional do processo, introduzida com a regra do art. 89 da Lei 9.099/95, uma resposta, em tese, mais benéfica à infração penal, inobstante as críticas que este e outros institutos introduzidos pela Lei 9.099/95 sugerem,[11] é inegável que, atendidos os requisitos legalmente previstos, surge para o réu um direito à sua concretização, razão maior de não poder ser esta deixada à discricionariedade do Ministério Público, a quem caberá sim aquele dever-poder de propô-la, sempre que presentes os requisitos legais que a autorizam.

Tampouco se poderia ver na suspensão condicional do processo um ato consensual bilateral, a tornar inviável a aplicação do instituto sem a concordância de ambas as partes. Como assinalado pelo Min. Marco Aurélio, em voto que restou vencido no referido HC 75.343-4-MG, "o art. 89 da Lei 9.099/95 submete, é certo, a suspensão do processo a uma vontade, a uma manifestação unilateral, mas essa é a daquele que, titular do direito ao devido processo, abre mão das garantias próprias e aceita, sem o julgamento da ação penal, do processo a que responde como acusado de prática de ato configurador de tipo penal, as condições estipuladas pelo juiz, devendo cumpri-las tal como fixadas".

Havendo, de um lado, a recusa injustificada do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo e, de outro, o pleito do réu de ver reconhecido seu direito de obtê-la, surge controvérsia que decerto não poderá deixar de ser submetida à palavra final do Poder Judiciário.

Nem se diga que o órgão jurisdicional, ao decidir aplicar a suspensão condicional do processo, estaria se substituindo ao autor da ação penal, transacionando em seu lugar. Em primeiro lugar, não há na suspensão condicional do processo propriamente uma transação, mas sim uma via alternativa desejada pelo legislador, como resposta às infrações penais ditas de médio potencial ofensivo, quando pre-

(9) Ementa publicada no *Diário da Justiça* de 18.06.2001.

(10) Vejam-se as observações de Luiz Flávio Gomes nas p. 154-155 de sua obra *Suspensão condicional do processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

(11) Veja-se, mais adiante, o item 6 deste trabalho.

sentes os demais requisitos previstos no art. 89 da Lei 9.099/95 e quando tal resposta for aceita pelo réu. Aliás, vale lembrar que a iniciativa do Ministério Público, prevista pelo legislador, restringe-se à proposta da suspensão, ao juiz cabendo estabelecer as condições a serem cumpridas, quando, aceitando o réu a proposta da suspensão, for esta, então, determinada pelo juiz. Não há, portanto, no ato jurisdicional em que concedida a suspensão condicional do processo, mera homologação de uma transação entre as partes, cabendo ao juiz não só decidir sobre o cabimento da proposta, feita pelo Ministério Público e aceita pelo réu, mas ainda, em caso positivo, determinar, ele próprio, as condições a que deverá se submeter o réu.

Na hipótese de se ter omissão ou recusa injustificada do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo e pleito do réu no sentido de ver reconhecido seu alegado direito de obtê-la, a decisão sobre a controvérsia assim formada haverá de ser dada pelo juiz, o que, nem de longe, implica em qualquer afastamento do sistema acusatório, nem de longe significando que estaria o juiz transacionando, ou propondo a suspensão condicional do processo em lugar do Ministério Público. Desvio na atuação do órgão jurisdicional ocorreria apenas se, diante do silêncio ou da recusa injustificada do Ministério Público, o réu tampouco se manifestasse, pleiteando a suspensão. Nessa hipótese, decerto, não caberia qualquer pronunciamento do juiz, pois, aí sim, estaria ele atuando, sem qualquer provocação das partes. No entanto, havendo um pleito formulado pelo réu, no sentido da suspensão condicional do processo, não oferecida pelo Ministério Público, o que estará fazendo o juiz será simplesmente decidir, determinando ou negando a suspensão postulada, postulação esta apenas invertida, diante da recusa daquele a quem, normalmente, caberia a iniciativa de propor tal medida alternativa, legalmente prevista.

O que é de titularidade exclusiva do Ministério Público é o direito de propor a ação penal condenatória, na forma da lei. Proposta esta, sua correta condução, no que afeta direito do réu, campo onde se inclui a proposta de suspensão condicional do processo, prevista na regra do art. 89 da Lei 9.099/95, há de sempre estar submetida ao crivo do Poder Judiciário.

Tendo-se, pois, na proposta de suspensão condicional do processo, ato vinculado do Ministério Público, consistente em dever que lhe é imposto diante da presença dos requisitos legais, único consentimento indispensável, como assinalado, é o do réu, que, abrindo mão das garantias do devido processo legal, aceita, antes do julgamento, se submeter a condições restritivas de direitos seus, que, uma vez cumpridas, conduzirão à extinção da punibilidade, extinção da punibilidade esta que constitui, como também exposto, direito, que lhe cabe pleitear e ver reconhecido, para tanto, obtendo a tutela jurisdicional.

5. As regras do art. 76 da Lei 9.099/95 e o descumprimento da pena imposta em decorrência da transação

Contrapondo-se a decisões que, diante do descumprimento da pena restritiva de direitos, imposta em decorrência da transação prevista nas regras do art. 76 da

Lei 9.099/95, determinam sua conversão em pena privativa de liberdade, na forma da regra contida no § 4.º do art. 44 do CP, o STF vem afirmando a inadmissibilidade de tal conversão, por violação à garantia constitucional do devido processo legal, para determinar, "uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia".[12]

Esse posicionamento está a sugerir algumas reflexões sobre o tratamento dado, pela Lei 9.099/95, às infrações penais de menor potencial ofensivo, para, a partir de uma necessária sistematização, conducente à identificação da natureza dos atos praticados pelo Ministério Público, pelo imprópria e precipitadamente denominado "autor da infração" e pelo juiz, extrair quais deveriam ser, efetivamente, as conseqüências do descumprimento da pena restritiva de direitos, decorrente da transação, prevista nas regras do art. 76 daquele Diploma Legal.

Quando o Ministério Público, nos moldes das regras do art. 76 da Lei 9.099/95, vai a juízo para "propor a transação", o que está fazendo, decerto, não é algo diverso do ajuizamento de uma demanda, entendida esta, na conceituação sempre esclarecedora do Prof. José Carlos Barbosa Moreira, como o ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional.[13] Expõe o Ministério Público situação fática, alegadamente configuradora de uma infração penal de menor potencial ofensivo, e veicula a pretensão de fazer valer o poder de punir do Estado (a pretensão de direito material, revelada como pretensão punitiva), diante da alegada prática de infração penal daquela natureza, mediante a imposição, por ato do juiz, de uma pena não privativa de liberdade, que pede seja antecipadamente aplicada, desde que haja a anuência do imprópria e precipitadamente denominado "autor da infração", isto é, daquele que está, assim, sendo demandado.

Tendo em vista o objetivo fundamental dos juizados especiais de obter uma solução rápida e conciliada dos conflitos ali apresentados, o imprópria e precipitadamente denominado "autor da infração", logo que chamado e cientificado da pretensão do Ministério Público – chamamento e cientificação que se identificam à indispensável citação –, será, como estabelece o procedimento abreviado, instituído pela Lei 9.099/95, consultado sobre sua anuência com o pedido, consistente na aplicação antecipada da pena não privativa de liberdade. Manifestada sua anuência, bem como a de seu defensor, o juiz homologará tal manifestação de vontade

(12) Termos constantes da ementa do acórdão proferido, pelo voto unânime dos integrantes da 2.ª T., no HC 79.572-2-GO, rel. Min. Marco Aurélio, publicada na p. 34 do *DJ* 22.02.2002. Dentre outros, no mesmo sentido, pode-se mencionar pronunciamento da 1.ª T., no RE 268.319-1-PR, rel. Min. Ilmar Galvão, cuja ementa do acórdão, resultante de votação também unânime, foi publicada no *DJ* de 27.10.2000.

(13) Veja-se tal conceituação na p. 11 da 17.ª edição de *O novo processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

em ato no qual estará contida a imposição daquela pena não privativa de liberdade, pedida e aceita.

Ao propor a transação, o Ministério Público está, assim, propondo uma ação penal condenatória, buscando, no que, sem dúvida, é um processo, um pronunciamento, também sem dúvida, de natureza jurisdicional, através do qual seja imposta uma pena não privativa de liberdade ao apontado autor da infração penal de menor potencial ofensivo. Tal pronunciamento, como o denomina o próprio legislador (§ 5.º do art. 76 da Lei 9.099/95), é uma sentença, com eficácia condenatória, apta a ensejar a execução da pena aplicada.

Se não houver anuência do imprópria e precipitadamente denominado "autor da infração" – isto é, do réu daquela ação penal condenatória –, o processo deverá prosseguir regularmente até o julgamento, verificando-se uma modificação na demanda, com o aditamento do pedido, que, agora, ultrapassará os limites antes postos, não mais estando restrito à imposição de uma pena não privativa de liberdade, devendo, naturalmente, ser novamente citado o réu (art. 78), para que seja levada a seu conhecimento a pretensão aditada e ampliada. Embora a lei fale, só então, em oferecimento de denúncia (arts. 77 e 78), ter-se-á, aqui, mais propriamente, mero aditamento da petição inicial antes oferecida, apenas se prosseguindo com o mesmo processo que já vinha se desenvolvendo.

A proposta da transação, nos moldes das regras do art. 76 da Lei 9.099/95, não se dá, como muitos entendem, em "um estágio anterior e obrigatório à instauração do processo". Tampouco a pena não privativa de liberdade, aplicada através do ato do juiz que homologa a anuência do imprópria e precipitadamente denominado "autor da infração", constitui uma "alternativa pré-processual" ou uma "forma extraprocessual de solução do conflito penal".[14]

Aliás, vale ressaltar que, acaso não se tivesse aqui um processo, estar-se-ia admitindo uma imposição de pena, sem que houvesse atividade jurisdicional, esta imposição de pena, assim, decorrendo de um ato, que haveria de ser tido como meramente administrativo. Nesse caso, afirmação idêntica à constante do acórdão do STF, antes referido, quanto à violação da garantia constitucional do devido processo legal, encontrada na conversão em pena privativa de liberdade da pena não cumprida, decorrente da transação, haveria de se fazer, no que concerne

(14) Esse entendimento, que aqui se contesta, é adotado, dentre outros, pelo Des. Weber Martins Batista, na obra, escrita em parceria com o Min. Luiz Fux, *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal*. 1. ed. 6.ª tir., Rio de Janeiro: Forense, 2001. Embora afirmando que, no que chama de "procedimento prévio", não haveria acusação nem processo, o Des. Weber Martins Batista afirma que o ato do juiz, que acolhe a proposta de transação, feita pelo Ministério Público e aceita pelo "autor do fato", é, sem dúvida, uma sentença, antes tendo enfatizado que a função exercida pelo juiz, na conciliação, é função estritamente jurisdicional (vejam-se, especialmente, p. 311-318), o que não parece muito coerente. Onde estaria se desenvolvendo a atividade jurisdicional, se não em um processo?

à própria imposição desta pena não privativa de liberdade, certo que, como deixa claro a regra do inc. LIV do art. 5.º da CF, a observância da cláusula fundamental do devido processo legal e das garantias que lhe são próprias (aí inserido o princípio *nulla poena sine judicium*), não se limita a hipóteses de eventual privação da liberdade.

Mas a proposta da transação feita pelo Ministério Público e a pena não privativa de liberdade aplicada através do ato do juiz que homologa a anuência do réu, na forma das regras do art. 76 da Lei 9.099/95, se dão sim em um processo, tudo se desenvolvendo como em qualquer outro processo.

Há uma pretensão punitiva do Estado, que, impedido de exercer a autotutela, ajuíza uma demanda, veiculando tal pretensão através da propositura de uma ação penal condenatória, que dá início a um processo penal de conhecimento. As particularidades existentes vinculam-se tão-somente à possibilidade, desejada pelo legislador, de anuência do réu, para que, dessa forma, rápida e conciliadora, se solucione o conflito surgido com a alegada prática da infração penal de menor potencial ofensivo, através da imediata submissão daquele à pena não privativa de liberdade, postulada pelo autor da ação penal condenatória, com o que a pretensão punitiva do Estado (isto é, a exigência de sujeição do réu à pena) estará satisfeita.

A apresentação da "proposta de transação" – ou melhor, a apresentação da demanda, em que veiculada a pretensão punitiva, surgida diante da alegada prática da infração penal de menor potencial ofensivo, que o autor da ação penal condenatória pretende ver satisfeita, com a imposição antecipada de uma pena não privativa de liberdade –, venha por escrito, em cota nos autos, ou oralmente na audiência preliminar, estará contida no bojo de uma petição inicial, pouco importando que esta não seja denominada de denúncia, nem receba qualquer outra denominação específica no texto legal. Ao "propor a transação", o Ministério Público, decerto, há de expor a situação fática, fazendo uma imputação, atribuindo ao réu uma conduta configuradora de uma infração penal de menor potencial ofensivo e, por isto, pedindo que, diante de uma esperada concordância daquele, lhe seja antecipadamente aplicada uma pena não privativa de liberdade, isto é, que seja o réu condenado a satisfazer a pretensão punitiva estatal, submetendo-se, desde logo, a tal pena menos rigorosa. Essa exposição, decerto, configura a petição inicial de uma ação penal condenatória.[15]

Remarque-se que, nessa apresentação da demanda, deverá o Ministério Público, como em qualquer outra ação penal condenatória, demonstrar a presença da justa causa para a acusação assim formulada, através de um suporte probatório mínimo, dado pelo termo circunstanciado e por outras peças que, eventualmente, o acompanhem. A própria regra do *caput* do art. 76 da Lei 9.099/95 explicita que a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa se fará,

(15) Em linhas gerais, já se pronunciava, neste sentido, o Prof. Afrânio Silva Jardim, em palestra proferida logo após a vigência da Lei 9.099/95, transcrita nas p. 347-367 da 6.ª edição de seu *Direito processual penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

"não sendo caso de arquivamento", o que está a impor, ao Ministério Público, o ônus de demonstrar a inocorrência dessa hipótese de arquivamento, exatamente, através da demonstração da presença da justa causa para a acusação.

Nesse ponto, vale também anotar que, se o Ministério Público, autor da ação penal condenatória, veicula pretensão punitiva, expondo situação configuradora de infração penal de menor potencial ofensivo, e, ao invés de "propor a transação", opta pelo procedimento comum e formula pedido de condenação não limitado à aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, mediante a anuência do réu, estará exercendo, de forma ilegítima, o direito de ação, posto que lhe faltará o interesse de agir, sob o aspecto da adequação.

Implica o interesse de agir, sob esse aspecto da adequação, na correlação que haverá de existir entre a situação exposta pelo autor da ação e o provimento jurisdicional concretamente requerido, exigindo-se que, dentre os vários tipos de tutela jurisdicional e de procedimentos legalmente previstos, escolha o autor o que se mostrar apropriado para atingir o objetivo de fazer atuar a vontade concreta da lei, de acordo com o pedido formulado e a situação material exposta.[16]

Assim, se o Ministério Público, autor da ação penal condenatória, expõe situação configuradora de infração penal de menor potencial ofensivo e opta pelo procedimento comum, desatendendo à determinação legal que prevê o procedimento abreviado, com vista à aplicação imediata da pena não privativa de liberdade, mediante a anuência do réu, estará propondo ação defeituosa, em que ausente o interesse de agir, nesse aspecto da adequação. Deverá, pois, o juiz determinar que o Ministério Público emende a inicial, para adequá-la ao que determinam as regras do art. 76 da Lei 9.099/95. Caso o Ministério Público não o faça, deverá, então, o juiz, diante da ausência de requisito para o legítimo exercício do direito de ação, rejeitar a inicial, nos termos da regra do inc. III do art. 43 do CPP, assim extinguindo o processo sem julgamento do mérito.

Ressalte-se que não se trata aqui de ausência do interesse de agir, sob o aspecto da necessidade. A necessidade estará presente, como sempre está em toda ação penal condenatória, só podendo ser satisfeita a pretensão punitiva, aqui, como em qualquer outra hipótese de alegada prática de infração penal, qualquer que seja seu potencial ofensivo, através da atividade jurisdicional, ou seja, com a intervenção do Estado-juiz.[17]

(16) Vejam-se, nesse sentido, as conceituações dadas ao interesse-adequação por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, na p. 230 da 8.ª edição da *Teoria geral do processo*, São Paulo: RT, 1991, e por Maurício Zanoide de Morais, na p. 84 de seu *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro*, São Paulo: RT, 2000.

(17) O Prof. Maurício Zanoide de Moraes, ao tratar do interesse no processo penal, nas p. 73-97 da obra citada no item anterior, sustenta que haveria sim, na hipótese tratada, carência do interesse de agir, sob o critério da necessidade. Assim entende por partir da concepção, aqui contestada, de que na conciliação e na transação, previstas nas

Cabe ainda anotar que a possibilidade, desejada pelo legislador, de anuência do réu, para a solução rápida e conciliada do conflito surgido com a alegada prática da infração penal de menor potencial ofensivo, através da imediata aplicação da pena não privativa de liberdade postulada pelo autor da ação penal condenatória, não implica propriamente em uma transação, cujo sentido é o de concessões recíprocas, que encerram o litígio.

O Ministério Público, autor da ação penal condenatória, na realidade, não faz qualquer concessão, existindo sim, em relação à sua atuação, uma previsão legal obrigatória de que, presentes as circunstâncias elencadas nas regras do art. 76 da Lei 9.099/95, a pretensão punitiva seja veiculada, na forma ali estabelecida, o pedido de condenação estando restrito à aplicação da pena não privativa de liberdade, com a qual o poder de punir do Estado estará se fazendo valer, assim satisfazendo a pretensão punitiva.

Não há, pois, repita-se, concessão por parte do Ministério Público, autor da ação penal condenatória. O Ministério Público apresenta a demanda, na forma legalmente estabelecida, pedindo que ao réu seja antecipadamente aplicada uma pena não privativa de liberdade. A anuência do réu a esse pedido constitui uma cessação de sua resistência, com o que se compõe o conflito, surgido com a alegada prática da infração penal de menor potencial ofensivo. O réu, simplesmente, não se opõe à pretensão manifestada pelo autor, concordando em se submeter à pena por este postulada. Tal anuência do réu configura, pois, mais propriamente, um reconhecimento do pedido (ou da procedência do pedido) formulado pelo autor daquela ação penal condenatória.

Decerto, não escapam de severas críticas a previsão legal e o incentivo a uma tal anuência do réu em se submeter à pena postulada pelo Ministério Público, renunciando à oportunidade de defesa, deixando de resistir.[18] No entanto, sendo o réu o titular do direito ao devido processo legal, com as garantias que lhe são próprias, desse direito poderá dispor, podendo-se entender que, a rigor, não existe nenhum direito que seja indisponível, nem mesmo a própria vida, na medida em que o que a ordem jurídica visa assegurar, com a tutela de direitos, é exatamente a possibilidade de sua disposição, devendo a liberdade individual abranger até mesmo a opção do indivíduo por, eventualmente, se prejudicar.

Nesse sentido a manifestação de vontade do réu, que, renunciando à oportunidade de defesa, desde logo, reconhece o pedido formulado pelo Ministério Público, autor da ação penal condenatória, para assim se submeter à pena não pri-

regras dos arts. 74 e 76 da Lei 9.099/95, haveria "um estágio anterior e obrigatório à instauração do processo" e uma "forma extraprocessual de solução do conflito penal", sustentando, em conseqüência e coerentemente com a posição adotada, que, na propositura da ação penal, sem a prévia busca do "consenso pré-processual" que vê existir na conciliação e na transação, estaria configurada a falta do interesse de agir, sob o aspecto da necessidade.

(18) Veja-se, a propósito, o item 6 deste trabalho.

vativa de liberdade por este postulada, supre a contradição que, sem dúvida, existe entre tal aplicação antecipada da pena e as garantias próprias do devido processo legal, não parecendo, porém, que tais garantias pudessem funcionar contra a vontade expressa do indivíduo, que, figurando como réu no processo, livremente – pelo menos, em tese – opta por renunciar a elas, quando a própria Constituição Federal autoriza tal renúncia, ao permitir a transação (aqui entendida em um sentido mais amplo), na regra do inc. I do art. 98, em que determinada a criação dos juizados especiais criminais.

Reconhecendo, assim, o réu a procedência do pedido, formulado pelo Ministério Público, autor da ação penal condenatória – pedido este consistente na aplicação antecipada da pena não privativa de liberdade –, o juiz, verificando a validade deste ato de disposição do réu, bem como o atendimento dos demais requisitos legalmente estabelecidos para a espécie, homologará aquela manifestação de vontade, em pronunciamento no qual estará contida a imposição da pena não privativa de liberdade, pedida e aceita.

Tal pronunciamento do juiz, como já assinalado, é uma sentença que, congruente com a natureza da pretensão de direito material contida na demanda apresentada, tem eficácia condenatória, apta a ensejar a execução da pena assim aplicada, sendo equiparável à sentença de mérito, como esta resolvendo o conflito surgido da alegada prática da infração penal e como esta tendo aptidão para adquirir a autoridade de coisa julgada no sentido material.

Conforme leciona o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, sentença de mérito é o ato em que se expressa a norma jurídica concreta que há de disciplinar a situação submetida ao órgão jurisdicional, sucedendo, em casos especiais, que o teor da norma jurídica concreta se veja fixado por manifestação de vontade das partes (transação) ou de uma delas (renúncia à pretensão deduzida, reconhecimento do pedido), em tais casos, proferindo o juiz uma sentença, que, embora limitada à homologação da manifestação de vontade das partes ou de uma delas, é igualmente considerada pela lei (art. 269, II, III e V, do CPC) como uma sentença de mérito, em razão da similitude de seus efeitos.[19]

A sentença homologatória é, pois, equiparável à sentença de mérito, pela razão de, tanto quanto qualquer outra sentença que acolhe ou rejeita o pedido formulado pelo autor da ação, solucionar o conflito trazido ao processo. Como qualquer sentença de mérito, a sentença homologatória igualmente impede que o conflito através dela solucionado se renove em uma futura demanda, tendo a mesma aptidão para produzir a coisa julgada material, que faz com que a imutabilidade do comando emergente da sentença impeça novo julgamento sobre aquilo que já foi decidido ou resolvido.

A única diferença reside em que a solução do conflito, na sentença homologatória, não se dá através de um julgamento do mérito, no sentido próprio do

(19) Vejam-se essas lições do Prof. José Carlos Barbosa Moreira na p. 3 do já citado *O novo processo civil brasileiro*.

termo, mas sim por uma chancela da solução dada ao conflito por ato dispositivo das partes (ou da parte), o julgamento do mérito, no sentido próprio do termo, implicando em aplicação da norma jurídica adequada aos fatos configuradores da situação conflituosa, segundo a convicção formada pelo juiz no processo, a partir do conhecimento e avaliação das provas produzidas e do direito aplicável, assim acolhendo ou rejeitando o juiz a pretensão deduzida, dando razão ao autor ou ao réu. Dispondo a lei que a eficácia do ato dispositivo das partes (ou da parte) só seja alcançada através do ato homologatório do juiz, a chancela da solução dada por elas ao conflito, embora não envolvendo aquelas mesmas operações inerentes ao ato do julgamento, a este acaba por se equiparar, nos efeitos que lhes são comuns.

A sentença homologatória da transação, disciplinada nas regras do art. 76 da Lei 9.099/95, é, pois, em seus efeitos, em tudo equiparável a qualquer outra sentença penal condenatória, tendo a mesma eficácia que a faz se constituir em título executivo e que lhe dá aptidão para adquirir a autoridade de coisa julgada em sentido material.

O efeito negativo da coisa julgada, que emerge da imutabilidade do comando emergente da sentença homologatória da transação, disciplinada nas regras do art. 76 da Lei 9.099/95, impede a renovação da demanda, impedindo novo julgamento sobre o conflito já solucionado, por isto não sendo possível que, uma vez descumprida a pena não privativa de liberdade, nela aplicada, se retorne ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de propor nova ação penal, fundada na mesma situação fática, como vem entendendo o STF.

Com a sentença homologatória da transação, disciplinada nas regras do art. 76 da Lei 9.099/95, o Estado já dispõe de título judicial para obter a satisfação concreta de sua pretensão punitiva, pela via executiva. Decerto, a pena aplicada, em uma tal sentença, não poderá ser convertida em pena privativa de liberdade. Isto porque, à diferença da hipótese tratada nas regras do art. 44 do CP, não há, aqui, substituição da pena privativa de liberdade, mas aplicação de pena restritiva ou pecuniária, por serem estas as únicas que podem ser objeto do pedido formulado na ação penal condenatória, quando se está lidando com infrações penais de menor potencial ofensivo e quando presentes os demais requisitos estabelecidos nas referidas regras do art. 76 da Lei 9.099/95.

Dada a inafastável observância do princípio da congruência do pedido com a sentença e desta com a execução, a conversão da pena restritiva ou pecuniária, aplicada na sentença homologatória da transação, prevista nas regras do art. 76 da Lei 9.099/95, em pena privativa de liberdade, decerto, estaria a caracterizar um excesso de execução.

Na hipótese de aplicação da pena pecuniária, o não pagamento da multa estará a implicar, como em qualquer outra hipótese de descumprimento de pena desta natureza, na incidência das normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, na forma da regra contida no art. 51 do CP.

Já na hipótese de aplicação de penas restritivas, inexistindo previsão legal de mecanismos, que, em moldes semelhantes aos que viabilizam a execução de obri-

gações de fazer, pudessem constranger o condenado a cumpri-las, o descumprimento nada poderá acarretar. A lacuna da lei há de levar a esta imperativa conclusão. O que resta é sugerir ao legislador a criação de tais mecanismos, como solução para o futuro, podendo-se pensar, para a pena de prestação de serviços, por exemplo, em advertência, condução coercitiva à entidade onde o condenado deve prestar os serviços, ou elevação do número de horas diárias ou semanais da prestação dos serviços, alternativa ou cumulativamente impostas.

6. Os juizados especiais criminais e a ampliação do poder do Estado de punir

A evolução do modo de produção capitalista, conducente à sua etapa pós-industrial e globalizada, afastou a centralidade da produção fabril, apontando para o estabelecimento de modificadas relações de produção. Nessas novas relações de produção subsiste a originária e característica separação do produtor direto dos meios de produção, a fazer permanente a subordinação. No entanto, a ênfase do primitivo modelo disciplinar desloca-se e, com ela, a função disciplinadora da pena, que se adapta às novas formas exigidas por uma organização produtiva, que já não mais se desenvolve prioritariamente na fábrica, passando a ter seu centro na virtualidade do sistema financeiro e nas empresas automatizadas, que, requerendo um reduzido número de pessoas diretamente envolvidas na produção, exclui desse âmbito largas faixas dos habitantes do planeta.

A disciplina que deve recair sobre esses excluídos da produção e do mercado volta-se, portanto, para uma outra direção, seu treinamento não mais se orientando para o trabalho fabril, como nas origens do capitalismo e da pena privativa de liberdade, bastando, agora, para a operacionalidade do sistema produtivo, a par da absorção de parte dos excluídos da produção e do mercado na prisão, sua vigilância e seu controle – enquanto inviável sua eliminação, que apareceria como tendencialmente desejável[20] –, de forma a evitar suas reações perturbadoras das relações vigentes.

Nesse contexto, paralelamente à simbolicamente indispensável e crescentemente mais rigorosa pena privativa de liberdade, destinada aos apontados "infratores perigosos",[21] utilizados, através de sua exposição no concentrador espaço carcerário, para a construção e a propagação da imagem do criminoso, surgem as

(20) Sobre essa tendência, ameaçadoramente presente nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado, é indispensável a leitura do marcante livro de Viviane Forrester. *O horror econômico*, edição em português da Unesp, São Paulo, 1997.

(21) Assim denomina Nilo Batista os destinatários da prisão, distinguidos dos "bons delinqüentes", destinatários das penas alternativas, no que ele aponta como o bipartido sistema penal neoliberal, no instigante artigo "A violência do Estado e os aparelhos policiais", publicado nas p. 145-154 do número 4 de *Discursos sediciosos – Crime, direito e sociedade*, 1997.

chamadas penas alternativas – penas outras que não a prisão, restritivas e não privativas da liberdade –, não como reais substitutivos da prisão, no sentido de uma amenização de seus sofrimentos, de uma humanização da pena, mas sim como um meio paralelo de ampliação do poder do Estado de punir.

Com a vigilância viabilizando-se para além dos muros da prisão – pense-se, por exemplo, nas pulseiras eletrônicas ou nas "orwellianas" câmeras de vídeo, expressões, no campo do controle social, dos avanços tecnológicos do capitalismo pós-industrial e globalizado –, tem-se o campo propício para uma execução ampliada da nova disciplina social, que, não mais exigindo a reprodução da estrutura fabril encontrada na prisão, por um lado, necessita alcançar um número crescente daqueles excluídos da produção e do mercado, que mesmo a notável expansão registrada na estrutura carcerária nos últimos vinte anos não consegue abarcar, e, por outro lado, serve para sinalizar e ensaiar a onipresença do Estado, a possibilidade do controle total sobre cada passo do indivíduo, mesmo aquele teoricamente integrado à sociedade, que, assim, se sentindo permanentemente vigiado, se adestra para a obediência e a submissão à ordem vigente.

O controle e a disciplina funcionais para a nova organização produtiva podem, assim, se impor sobre o indivíduo isolado, a reunião daqueles a quem aplicada a sanção penal em um mesmo espaço – o espaço carcerário – somente se fazendo, agora, prioritária para a concretização daquela que é a mais relevante função real desempenhada pela pena privativa de liberdade, a permear toda a sua história e a necessariamente subsistir nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado, isto é, a construção e a propagação da imagem do criminoso.

O papel das chamadas penas alternativas, nesse sentido da extensão do controle social formal, da execução ampliada da nova disciplina social, pode ser claramente verificado, trabalhando-se com o exemplo dos Estados Unidos da América, os indiscutíveis campeões mundiais do pós-moderno torneio punitivo. Nos Estados Unidos da América, paralelamente a mais de dois milhões de presos, há, pelo menos, o dobro de pessoas submetidas a medidas alternativas, como a *probation*, ou em livramento condicional (*parole*), registrando-se, em relação a tais medidas, o mesmo assustador crescimento registrado em relação à pena privativa de liberdade, nos últimos vinte anos. À quadruplicação do número de presos, nesse período, soma-se, assim, o número de pessoas submetidas a medidas alternativas, que passam de cerca de 1 milhão e trezentos mil em 1980, para cerca de quatro milhões em 1998.[22]

É nesse quadro da diversificação das penas e da ampliação do poder do Estado de punir, nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado,

(22) Dados do Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice, que podem ser encontrados na *web*, no *site* www.drugwarfacts.org, e em trabalho de Loïc Wacquant, publicado, em português, sob o título *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

que, no Brasil, devem ser analisadas as medidas ditas despenalizadoras, vindas com a introdução dos juizados especiais criminais, através das Leis 9.099/95 e 10.259/2001.

Tais medidas ditas despenalizadoras, ao contrário do que se quer fazer crer, na realidade, nada significaram – nem significam – para a evitação da pena privativa de liberdade.

Pense-se, por exemplo, na aplicação antecipada de penas não privativas de liberdade, em hipóteses de infrações penais de menor potencial ofensivo, como disciplinado nas regras do art. 76 da Lei 9.099/95. Ora, qualquer condenação, decorrente de sentença proferida em processo, normalmente desenvolvido até o julgamento, pela prática de infrações penais de tal natureza, em que o réu seja primário e, além disso, seus antecedentes, conduta social e personalidade, assim como os motivos e as circunstâncias do fato não apareçam de forma negativa (requisitos exigidos nos incs. I e III do art. 76 da Lei 9.099/95), decerto, não resultaria na aplicação de pena privativa de liberdade.

Da mesma forma, a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, com a qual nitidamente se identifica a suspensão condicional do processo, necessariamente, se daria em caso de condenação pela prática de infrações penais de médio potencial ofensivo, em circunstâncias correspondentes às previstas na regra do art. 89 da Lei 9.099/95, para a aplicação daquele instituto.

Essas medidas ditas despenalizadoras, consubstanciadas na pena não privativa de liberdade antecipadamente imposta e na suspensão condicional do processo, ampliam o alcance do sistema penal, ao preço do enfraquecimento de garantias inerentes à fórmula fundamental do devido processo legal. O réu, substancialmente inferiorizado diante de um Ministério Público cada vez mais fortalecido, é levado a negociar o recebimento de uma pena alternativa (as restrições, impostas com a suspensão condicional do processo, em essência, em muito se aproximando de uma verdadeira pena), com o sacrifício de seus direitos à defesa e à proclamação de sua não-culpabilidade. Embora, como já assinalado, a renúncia do indivíduo a direitos fundamentais situe-se no âmbito de sua esfera de liberdade, a ação do Estado, a sugerir, a facilitar, ou a incentivar que ele assim o faça, decerto, não parece se mostrar adequada aos fins do Estado Democrático de Direito.[23]

(23) Veja-se, a propósito, o belo prefácio de Alberto Silva Franco ao *Manual de direito penal brasileiro* de Zaffaroni e Pierangeli, São Paulo: RT, 1997. Quanto ao verdadeiro alcance das medidas ditas despenalizadoras, já era retratado em matéria publicada na *Folha de S. Paulo* do dia 24.07.1997. Ali apontava-se que sua aplicação já havia aumentado significativamente a imposição de penas alternativas no País, mas não implicara redução da população carcerária, elevando sim o caráter punitivo da Justiça brasileira. O próprio Luiz Flávio Gomes, um dos maiores entusiastas do suposto caráter liberalizante da Lei 9.099/95, entrevistado na matéria, reconheceu que as punições aumentaram sobre uma população de infratores, que antes não recebia punição efetiva.

O fato de a aplicação antecipada da pena não privativa de liberdade não gerar reincidência (art. 76, § 4.°, da Lei 9.099/95) – única recompensa para a aceitação de tal pena, com o sacrifício, repita-se, dos direitos à defesa e à proclamação da não-culpabilidade – longe está de representar algum avanço. Tampouco representa qualquer avanço o fato de o término do prazo de suspensão do processo, com o cumprimento das condições impostas, conduzir à extinção da punibilidade (art. 89, § 5.°, da Lei 9.099/95). Na realidade, aquelas condições, como acima apontado, envolvem restrições à liberdade que, em essência, as aproximam de uma pena igualmente antecipada, acenando a lei com a extinção da punibilidade de uma conduta, que, na realidade, já foi antecipadamente punida, a única recompensa, também aqui, acabando por ser a não geração de reincidência.

A retirada dos efeitos gravosos da reincidência – a se insistir na vigência (ou na eficácia) dos dispositivos legais que os prevêem – poderia se dar sem qualquer sacrifício ou renúncia a direitos do réu. Nada impediria que o legislador os retirasse, em hipóteses de condenações às chamadas penas alternativas ou em que fosse condicionalmente suspensa a execução da pena privativa de liberdade, impostas em sentenças, proferidas em processos, normalmente desenvolvidos até o julgamento.

Mas, muito antes disso, o que efetivamente se deve questionar é o próprio instituto da reincidência e os efeitos negativos a ele atribuídos. Tais efeitos negativos, além de distanciados do princípio da culpabilidade pelo fato e do próprio princípio da isonomia, decerto, não se compatibilizam com o princípio de que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. É inegável que, quando, em razão da reincidência, se acrescenta uma quantidade de tempo à pena-base imposta pela prática de uma outra infração penal, ou se estabelece uma espécie de pena ou uma forma de cumprimento mais rigorosas, ou, ainda, quando se vedam, ao apontado reincidente, quaisquer direitos reconhecidos a quem não sofreu aquela condenação anterior, o que está se fazendo é, novamente, considerar e apenar uma conduta, por cuja prática o indivíduo já foi, anteriormente, julgado e condenado. Este "*plus* punitivo", consistente na maior quantidade da pena, no maior rigor de sua espécie ou da forma de seu cumprimento, ou na negação de direitos reconhecidos a outros processados ou condenados, claramente viola o princípio de que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato, princípio esse que diz respeito à própria coisa julgada, notadamente em seu aspecto garantidor.[24]

O que fez a Lei 9.099/95 foi reforçar tal instituto, criando como que modalidades próprias de reincidência, ao impedir a transação, nas hipóteses de o réu já

(24) Sobre esse tema da reincidência, reporto-me ao que escrevi no ensaio "Algumas notas sobre penas e prisões", encontrado nas p. 169-192 de *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Niterói: Luam, 1993, bem como em trabalho intitulado "Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal", publicado na *RBCCrim* 6/117-132, São Paulo: RT, ano 2, abr.-jun. 1994. Ainda sobre o tema, é sempre indispensável a consulta às lições de Eugenio Raúl Zaffaroni, como as que se encontram nas p. 1.008-1.015 de seu *Derecho penal – Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2000.

ter sido condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, sequer considerando o período de cinco anos estabelecido na regra do inc. I do art. 64 do CP, ou de já ter dela se valido anteriormente, no prazo de cinco anos (incs. I e II do § 2.° do art. 76), bem como ao dizer incabível a suspensão condicional do processo, não só para quem já tenha sido anteriormente condenado – e, aqui, tampouco é considerado aquele período de cinco anos –, mas ainda para quem apenas figure como réu em outro processo (art. 89).

Tampouco tem qualquer peso, para a evitação da pena privativa de liberdade, o resgate do papel do ofendido, ensaiado na previsão da composição civil, que, conduzindo à reparação do dano, estará a implicar em renúncia ao direito de queixa ou de representação (art. 74 e seu parágrafo único). Restrito o protagonismo do ofendido às hipóteses de alegada configuração de infrações penais de menor potencial ofensivo e estendido o condicionamento do exercício do direito de ação penal condenatória à representação apenas a hipóteses de alegação de prática de lesões corporais culposas e dolosas leves, permanecem excluídos quase todos os crimes contra o patrimônio, em que a negociação entre ofendido e apontado autor da conduta punível, visando prioritariamente à reparação do dano, certamente encontraria seu campo mais propício.

O discurso que acena com penas alternativas não deve, pois, trazer ilusões. Com estas, o que se obtém é a execução ampliada da nova disciplina social, exigida nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. Com estas, o que se obtém é a ampliação do poder do Estado de punir, a subsistência da idéia de crimes e de penas, a proeminência do excludente estilo punitivo e a legitimação de um sistema, que, como o sistema penal, reproduz as situações problemáticas e os conflitos, que, enganosamente, anuncia poder resolver.

2.4

SOCIEDADE, *MASS MEDIA* E DIREITO PENAL: UMA REFLEXÃO

VINICIUS DE TOLEDO PIZA PELUSO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A sociedade – 3. Os meios de comunicação de massa (*mass media*) – 4. O direito penal – Bibliografia.

Resumo: Em uma sociedade de massa e insegura, que conhece a realidade por intermédio dos meios de comunicação de massa, que, por sua vez, influenciam essa insegurança, tal situação se transforma em cobranças sociais, que os políticos tentam resolver se utilizando do Direito Penal, ocasionando, assim, a funcionalização do sistema jurídico-penal.

Palavras-chave: Sociedade de massa – Insegurança – Violência – Meios de comunicação de massa – Direito penal – Funcionalização – Função simbólica – Função promocional.

"... só sei voar dentro de mim, neste sonho de abraçar,
o céu sem fim, o mar a terra inteira! E trago dentro de mim,
Com o céu vivo a sonhar e vou sonhar até o fim,
até não mais acordar..."

(Trecho da música *Garça perdida*,
com letra de LEONARDO AMUEDO)

1. Introdução

O presente texto não tem a intenção de ser um estudo completo e definitivo sobre a problemática que envolve as complexas relações existentes entre esses três elementos, por se tratar de uma problemática poliédrica, extremamente complexa, que exige uma abordagem investigatória inter e multidisciplinar. Muito mais do que um trabalho científico – no exato sentido do termo –, este artigo deve ser visto, e compreendido, como uma pequena reflexão sobre o tema, entre as inúmeras outras abordagens e possibilidades que o assunto permite enfocar, sendo colocado em relevo, ainda, apenas pequenos e específicos aspectos de cada elemento estudado, ou, se preferem alguns, trata-se de uma divagação em voz alta ou mesmo de um *little brain storm.*

Tal trabalho tem, como finalidade, fazer brotar uma semente plantada por Ana Maria Messuti de Zabala em seu curso "Hermenêutica Filosófica Aplicada ao Direito Penal", ministrado no mês de setembro de 2001, na Escola Paulista da Magistratura, concretizando, dessa forma, o esforço na demolição das pirâmides hermenêuticas que enclausuram o conhecimento jurídico-penal, possibilitando, assim, uma abertura de janelas e, conseqüentemente, a criação de novos caminhos com uma nova visão e compreensão dos problemas penais atuais, já que "hay en todas las disciplinas ciertas esferas de franca contigüidad com otras disciplinas. Esferas en las que si procede ignorando esa contigüidad corre uno el riesgo de asfixiar la propia disciplina, de cerrarle una válvula de comunicación que no sólo la enriquecería, sino que le aportaría la perspectiva necesaria para comprenderse a sí misma".[1] Ademais, "la pregunta sobre el derecho y la pregunta sobre el hombre se alimentan recíprocamente; ninguna de las dos se formula sin la otra. El derecho implica al hombre y el hombre implica al derecho. La pregunta sobre el derecho y la pregunta sobre el hombre son una parte fundamental de la pregunta filosófica".[2]

2. A sociedade

A visão da sociedade moderna, também chamada pós-industrial, aqui apresentada de maneira muito simples, partiu essencialmente das construções de Ortega Y Gasset, Moscovici, Ulrich Beck, Giddens, Luhmann, Berger e Luckmann, entre outros, sendo que algumas características por eles apresentadas são as que importam para o desenvolvimento da tese ora desenvolvida.

A primeira delas é que a sociedade do século XX deve ser considerada como uma "sociedade de massa". Gasset considera a massa como um grupo de pessoas não especialmente qualificadas, formado por homens médios (homem-massa) que não se valoram individualmente, pois se sentem como "todo mundo", sendo que ela impõe as suas aspirações e gostos por meio de pressões, desrespeitando as minorias, engolindo o individual; o fato de ser diferente é considerado indecente e quem não pensa como a massa é socialmente eliminado. O homem-massa teria se desenvolvido isento de impedimentos, eis que as revoluções ocorridas no séc. XIX colocaram a massa social em condições de vida radicalmente opostas às que anteriormente existiam, possibilitando uma livre expansão de seus desejos vitais, não havendo, assim, qualquer limite para a sua existência. Tudo estava permitido e ninguém estava obrigado a nada. O homem moderno instalou-se em um mundo de possibilidades superabundantes, conquistadas por seus antepassados, mas sem as angústias que aqueles sofreram. Nesse período e contexto floresceram a democracia liberal, o desenvolvimento científico e a industrialização. Gasset descreve

(1) Ana Messuti. *El tiempo como pena*. Buenos Aires: Compomanes Libros, 2001. p. 13.
(2) Op. cit., p. 97.

o homem-massa, ainda, como a "criança mimada da história",[3] alguém que se preocupa apenas com o seu bem-estar, não sendo solidário e exigindo somente os seus direitos.[4] Ele vive à deriva dos acontecimentos, carecendo de projetos construtivos. Por outro lado, ele é intelectualmente hermético já que tem as suas próprias idéias, achando-as completas, contentando-se com as mesmas, achando-se pleno, e, em conseqüência, encontra uma sensação de domínio e triunfo, gostando, assim, de exercer o predomínio, atuando como se apenas ele e seus comuns existissem no mundo.

A esta visão soma-se a construção do sociólogo alemão Ulrich Beck, para quem a sociedade moderna é a "Sociedade do Risco".[5] Tal sociedade designa um estado da modernidade em que, com o desenvolvimento tecnológico da sociedade industrial até nossos dias (alta tecnologia atômica, química, genética, médica, armamentista etc.), as ameaças provocadas pelos avanços ocupam um lugar predominante, o seu surgimento é, portanto, o reverso da deterioração do processo autônomo de inovação da modernidade, designando uma fase de desenvolvimento que, por meio de mudanças na produção de riscos políticos, ecológicos, econômicos e individuais, escapa, cada vez mais, às instituições de controle e proteção da sociedade industrial. Constata-se que as instituições, públicas e privadas, se transformam em focos de produção e legitimação de perigos incontroláveis sobre a base de rígidas relações de propriedade e poder. Beck observa que tal sociedade não é uma escolha, uma opção eleita ou afastada politicamente, mas surge automaticamente dos processos de modernização, que são alheios às conseqüências perigosas que desencadeiam. Nessa sociedade, os conflitos de distribuição dos bens sociais (empregos, saúde, educação, segurança pública etc.) são superpostos pelos conflitos de distribuição dos danos coletivamente produzidos. Ademais, os indivíduos, ante a elevada complexidade dessa modernidade, não podem encontrar razão na inevitabilidade das decisões, nem se considerar responsáveis por suas possíveis conseqüências. Os homens devem entender a sua vida, desde agora, como estando submetida aos mais variados tipos de riscos, os quais têm um alcance pessoal e global. A temática social passa a ser a incerteza e a incontrolabilidade dos acontecimentos, tema que é politicamente explosivo, porque aqueles que detêm a responsabilidade da proteção social se convertem em autênticas ameaças para o sistema jurídico, para a prosperidade e para a liberdade. Assim, o reconhecimento da incalculabilidade dos perigos desencadeados pela evolução técnico-industrial obriga à sociedade efetuar uma auto-reflexão sobre os fundamentos do contexto social e uma revisão das convenções vigentes e das estruturas

(3) José Ortega y Gasset. *La rebelión de las masas*. Madrid: Clásicos Castalia, 1999.

(4) Ressalte-se que aqui se fala em direitos passivos, ou seja, aqueles que as pessoas adquirem independentemente de qualquer esforço ou obrigação decorrente, eles são inerentes à própria natureza humana. São os direitos da personalidade que se adquirem com o só fato de nascer.

(5) Ulrich Beck. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.

básicas de racionalidade. Ela se converte em tema e problema para si mesma. Ressalte-se, ainda, que com os riscos o horizonte escurece, já que os mesmos proclamam o que não se deve fazer, mas não o que há que se fazer. Com isso dominam os imperativos da evitação e quem projeta o mundo como risco se mostra, em último caso, incapacitado para a ação. Por fim, a complexidade própria desse modelo causa uma profunda inter-relação das esferas de organização social, aumentando a iteração por necessidades de cooperação e divisão funcional, sendo que tais contatos podem redundar em mais conseqüências lesivas.

Outra característica importante da sociedade pós-industrial é a crise do paradigma do "Estado do Bem-Estar Social" (*Welfare State*). O modelo do *Welfare State* gerou uma sociedade de sujeitos passivos, destinatários de prestações públicas, que são pensionistas, consumidores, desempregados, pessoas e entidades subvencionadas pelo dinheiro público, que, por sua vez, são eleitores. Assim o homem-massa moderno não só vive no Estado, como também dele, o que faz com que a sociedade já não seja mais criadora, empreendedora, dinâmica, mas, ao contrário, a liberdade de ação cedeu à passividade, à necessidade de segurança. Por outro lado, a crise deste modelo se manifesta na diminuição, ou mesmo extinção, da intervenção estatal nas esferas sociais como a saúde, educação, economia, entre outras, resultando uma sociedade de desemprego, geralmente juvenil, de migrações e emigrações, com os conseqüentes choques de cultura decorrentes, além de outros efeitos sociais patológicos que geram episódios violentos, em que a própria convivência aparece como fonte de conflitos interindividuais, ocorrendo que o "outro" mostra-se, muitas vezes, como acima mencionado, um risco.

Não se deve esquecer, por outro lado, a maneira como a sociedade moderna conhece a realidade. Aqui se adota a "teoria da construção social da realidade"[6] dos sociólogos Berger e Luckmann, na qual o ser humano é o único ser que carece de um ambiente específico de sua espécie, já que vive imerso em um ambiente social, em uma realidade criada intersubjetivamente. Dessa forma, todo conhecimento que ele tem do mundo real está mediado pela forma que o conhece e, na atual sociedade de massa, a principal forma de conhecer o mundo exterior é por intermédio dos meios de comunicação, que, assim, cumprem a função mediadora e conformadora de sua realidade. Portanto, a realidade que o indivíduo percebe depende da informação que os meios lhe passam.

O somatório de todas essa características gera o que os sociólogos chamam de "sensação social de insegurança". Tal sensação é uma dimensão subjetiva do modelo de sociedade pós-industrial, podendo-se dizer que caracteriza, mesmo, uma marca significativa deste modelo. Como nesse modelo a sociedade é passiva, na qual as pessoas não se vêem atuando e a liberdade de ação cedeu à necessidade de segurança, sociedade que é dependente do Estado, transferindo a ele a

(6) Thomas Luckmann; Peter L. Berger. *A construção social da realidade*. Petrópolis: Vozes, 2000.

sua necessidade de segurança e a própria garantia de sua existência, as pessoas acabam se identificando com as vítimas – já que são passivas – e não com o autor dos fatos arriscados – dinâmico, empreendedor –, ante a imaginação de serem vítimas em potencial. Entretanto, na realidade, a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência concreta e objetiva dos mesmos (sensibilidade do risco), inclusive porque os novos riscos gerados pela modernidade são compensados com a radical diminuição dos riscos naturais, tais como doenças, catástrofes etc. Essa problemática foi identificada pelo sociólogo Xaver Kaufmann:[7] "Se é certo que os homens nunca haviam vivido tanto, tão bem e seguros como agora, o certo é que o medo e a insegurança se hão convertido no tema central do séc. XX".

Finalmente, a mencionada sensação social de insegurança é reforçada, ainda, pela revolução das comunicações, que deu lugar a uma vertigem derivada da falta de domínio do curso dos acontecimentos, que gera uma falsa sensação de impotência e, conseqüentemente, mais insegurança, e, ainda, como acima visto, pela própria forma como essa sociedade conhece a sua realidade, mediante os meios de comunicação.

Essa sensação coletiva se converte em pretensão social, para a qual se supõe que o Direito Penal deva dar uma resposta.

3. Os meios de comunicação de massa (*mass media*)

A atual época se caracteriza como a era da informação global, em que ocorrem os monopólios das empresas de comunicação (CNN, Ag. Reuters, Rede Globo), concretizando, assim, as profecias de G. Orwell (*1984*) e Aldous Huxley (*Admirável mundo novo*) de um mundo de falso progresso, administrado por uma polícia do pensamento. Essa era da informação tem como pano de fundo a sociedade acima descrita. Entretanto, neste contexto, a informação é tratada como uma mercadoria que, como as demais coisas, é regida pelas leis do mercado.

Informar, portanto, passa a ser um verdadeiro negócio empresarial, no qual, em um mercado extremamente competitivo, a mercadoria mais preciosa é o "furo jornalístico", já que o índice de audiência e o aumento das tiragens tornaram-se o juízo final do jornalismo.

Na sociedade obcecada pelo medo e pela segurança cresce a motivação para o aumento das notícias sobre delitos e/ou eventos violentos. Entretanto, como observou Francesc Barata,[8] o interesse pela narração do delito se perde na história

(7) Citado por Jesús-María Silva Sanchez. *La expansión dei Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1999.

(8) Francesc Barata. "De Ripper al pederasta: un recorrido por las noticias, sus rotinas y los pánicos morales". *Revista Catalana de Seguretat Pública* 4/45-57, Barcelona, jun. 1999.

da humanidade, sendo que as primeiras manifestações dessa cultura, chamada popular ou vulgar, aconteceram nas cidades européias durante o século XVII, que foram reforçadas, ainda, pela curiosidade e a atração social pelo castigo público – resposta ao delito – que, então, era praticado, conforme analisado na obra de Michel Foucault (*Vigiar e punir*).

Na atualidade, a curiosidade pela narração do crime e seu castigo continua presente na sociedade, entretanto, emergiu com uma força enorme no seio dos meios de comunicação de massa, inclusive porque nos encontramos ante uma crise de credibilidade da política, que se transfere para os meios de comunicação, pois, quanto mais decresce o interesse pelas notícias políticas, mais a imprensa procura outras categorias informativas para traduzir o interesse da sociedade – geralmente notícias violentas –, o que, por outro lado, amplia a fronteira entre informação séria e informação trivial, que adquire um maior grau de aceitabilidade. Essa trivialização das notícias causa uma nova cultura de violência, na qual esta aparece como um fato normal, corriqueiro, que faz parte do cotidiano, na verdade um objeto de consumo, gerando uma insensibilização à violência real e alterando as representações em torno da segurança e, ainda, surgindo uma funcionalização dos atos violentos, que passam a ser tidos como meios legítimos para alcançar determinados fins.

Ainda que não haja possibilidade de se reconhecer com a certeza necessária a relação e a influência dos meios de comunicação na opinião pública, ante a falta de estudos sérios que as confirmem, como anotado pela maioria dos estudiosos, o fato é que existe uma influência mútua entre o discurso sobre o crime – atos violentos – e o imaginário que a sociedade tem dele, e, como anota Barata,[9] apesar das dificuldades para estabelecer uma relação absoluta de causa/efeito entre as notícias e o medo ao delito, pode-se sustentar que existe uma relação sólida entre as ondas de informação e a sensação de insegurança.

Na relação entre meios de comunicação e delito ocorre, no momento da criação da notícia, o que Barata denominou "pequeñas dictaduras del sistema informativo".[10] Isso acontece porque os meios têm a necessidade e a obrigação de preencher todos os dias o mesmo espaço informativo, ainda que a realidade esteja pobre em acontecimentos noticiosos, afinal, "los telenoticias siempre tendrán la misma duración y los periódicos el mismo número de páginas (...)". Por outro lado, em relação aos fatos criminais existe uma grande escassez de fontes de informação, o que obriga o jornalista a procurar as fontes institucionais, geralmente a polícia ou o Ministério Público, que, por sua vez, não são fontes neutras e, portanto, transmitem a sua maneira de ver o crime, não sendo questionadas por aquele que necessita da informação para preencher os espaços. Finalmente, o jornalista deve adequar o seu trabalho ao tempo mediático, que, geralmente, não coincide com o tempo dos acontecimentos – o processo é lento –, o que impede o

(9) Francesc Barata, op. cit.

(10) Idem, op. cit.

aprofundamento da notícia. Outra pequena ditadura é a chamada "corrida pela notícia", o ambiente de competitividade gera a imediatez da informação, que se sobrepõe ao necessário rigor profissional, causando, também, prejuízos à profundidade da notícia. O autor deixa anotado, ainda, que essas pequenas ditaduras do sistema informativo não possuem intencionalidade ideológica, afastando, portanto, as apocalípticas teorias da conspiração, mas deixa assentado que essas ditaduras efetivamente acabam marcando a visão diária que os meios oferecem sobre os desvios sociais, e, nesse sistema, as visões que penetram por intermédio das fontes institucionais do controle penal se acoplam facilmente às necessidades informativas, privilegiando a sua maneira de ver o cenário delitivo, que os meios aceitam sem questionar.

Dentro dessa realidade é inegável que a televisão é o meio de comunicação mais importante, comparando-se com os rádios, jornais e revistas, e, por esta razão, a presente análise se centrará mais em seus elementos, e entre os programas televisivos serão enfocados, com mais demora, os telejornais.

No presente século a televisão se tornou um eletrodoméstico indispensável em qualquer lar, ocupando e presidindo os espaços comunitários – sala de visitas ou de jantar –, e a existência de um aparelho em pleno funcionamento é sintoma de normalidade, conforme afirmado por Montserrat Quesada.

Antigamente, informar era proporcionar não só a descrição precisa dos fatos, mas também apontar o conjunto de parâmetros contextuais que permitiam ao leitor compreender o seu significado global, entretanto, na modernidade, esta situação não mais ocorre, sendo que informar é fazer "assistir" – especialmente ao vivo – ao acontecimento e a imagem passa a ser suficiente para dar o significado do fato. Assim, preferimos ver o que acontece em vez de ler, mesmo que essa preferência implique deixar de lado informações fundamentais que nos aclarariam os antecedentes e as conseqüências do fato noticiado. A televisão, portanto, na sociedade moderna, se torna o meio de informação preferido, ante a fascinação pela imagem, pois, afinal de contas, "uma imagem vale mais do que mil palavras" e não necessita do esforço de atenção e da concentração exigidos pela leitura.

Dessa forma, ver é compreender, mas se esquece que o Iluminismo demonstrou que isso não é verdadeiro, pois se compreende pela razão, com a inteligência e não com os olhos e os sentimentos. As pessoas, na sociedade moderna, inclusive porque são passivas, acham que confortavelmente sentados em seus sofás, olhando para a TV, com imagens fortes, estão se informado com seriedade, mas se informar sem esforço é uma ilusão.

A fascinação pelas imagens, especialmente pelas imagens ao vivo, cria a ilusão de que todo o acontecimento deve ter uma imagem e de que fatos sem imagens não são importantes. Assim, o que não for filmado não é importante. Sem imagem não há notícia. Entretanto, mais grave do que a falta de notícias é o fato de que, na maioria das vezes, nos mostram imagens que não representam nenhum fato jornalístico noticiável, apenas imagens espetaculares, ricas em vi-

sual, atrativas e tecnicamente impecáveis. A informação torna-se um espetáculo, um divertimento.

As notícias, diga-se imagens, se produzem quase que simultaneamente com o fato, mudando o conceito de atualidade e, ainda, descontextualizando-o.

A televisão cria, por outro lado, a hiperemoção do espectador, pois a emoção que se sente assistindo às imagens é verdadeira, o que automaticamente faz a informação também ser verdadeira. Cria-se uma confusão entre emoção e realidade, pois a fascinação emocional impede a análise racional e realista do fato, inclusive porque o telespectador/receptor não possui pleno controle de seu próprio campo de visão, que está estruturado pelos meios – escolha das cenas, reportagem, edição etc. –, não pode olhar em uma ou outra direção e enfocar diferentes indivíduos ou objetos. Ante a hipersensibilização, a sociedade, que é uma sociedade insegura e por isso mais suscetível emocionalmente, não necessita mais sofrer o mal, pois ela o vê. O problema da violência passa a ser comunicacional e não mais experimental.

Ressalte-se, ainda, que, como informar é um negócio, a concorrência entre os meios gera o efeito patológico da "informação circular" (ou bola de neve), homogeneizando a informação jornalística, pois para saber o que se vai noticiar é preciso saber o que os outros estão noticiando, para não ficar atrás. Assim, um mesmo assunto passa a ser veiculado por quase todos os meios, que não querem perder seus clientes. Os meios, portanto, auto-estimulam-se, excitam-se uns aos outros. Veja-se, como exemplo, o Caso Monica Lewinsky, que foi noticiado por um longo período por todos os meios de comunicação do globo terrestre.

Portanto, se a televisão hoje emite uma informação e a imprensa escrita e o rádio a retomam, o que acontece por causa da informação circular, já se tem o suficiente para tê-la como verdadeira. O fato é verdadeiro simplesmente porque os outros meios o repetem, confirmando-o. Ademais, que outras formas possui a sociedade para averiguar a veracidade, ou não, se não se podem comparar os meios de comunicação, pois, se todos dizem a mesma coisa, não há possibilidades de se descobrir o que realmente se passa, ante uma total ausência de critérios de apreciação? A realidade, assim, é facilmente reconstruída, ou mesmo construída, de acordo com a vontade dos meios, que impõem a sua visão do mundo, a sua problemática, o seu ponto de vista, enfim, o que consideram importante. Tal fato pode causar falsas idéias e representações da realidade nos receptores, inclusive podendo estar carregadas de implicações políticas, que, somadas à hipersensibilidade, podem causar medos, fobias e fantasias na sociedade receptora.

Quanto aos programas televisivos, sem a menor dúvida, os mais importantes e que mais fazem sucesso são os telejornais,[11] que podem ser considerados os

(11) Veja-se, como exemplo, o *Jornal Nacional* da Rede Globo de Televisão, que se encontra no ar há 20 (vinte) anos.

"reis" da programação, já que milhões de pessoas assistem a eles todas as noites, tendo-os como fonte única de informação, o que os transforma em um monopólio da formação de cabeças. Tal situação é de sabença por parte dos políticos, que fazem de tudo para ocupar parte desse espaço, por ser pólo de atração de eleitores, tanto que vulgarmente esse espaço é conhecido como "palanque eletrônico". Eles são, como já mencionado, verdadeiros *shows* hollywoodianos. Os telejornais têm como características básicas serem feitos para distrair e não informar, são curtos, eis que o telespectador deve assistir a eles por inteiro, sendo que as notícias são fragmentadas, para distrair o receptor, e descontextualizadas, dando-se prioridade, como se sabe, às imagens violentas. Os fatos noticiados são impostos ao telespectador, eis que são impostos aos produtores, por sua vez, pela lei de mercado, ante a existência da concorrência dos demais canais e meios de informação (rádio, jornais, revistas). Dentro de sua estrutura, existem os chamados "âncoras"[12] (*bustos parlantes*), que são as estrelas do *show*, já que o público confia neles, o que eles dizem é verdade, pois "ele é meu amigo" – "está dentro do meu lar" –, além do que "eles falam exatamente o que eu quero ouvir", fazendo com que as imagens ganhem dimensão humana. Eles, de vez em quando, emitem algumas curtas opiniões. Não podemos nos esquecer, ainda, de uma figura ainda mais pitoresca, os *fast thinkers*,[13] ou comentaristas, que são pseudo-pensadores que, supostamente, pensam em velocidade acelerada – o programa é curto –, apresentando idéias feitas, banais, comuns, convencionais, que são facilmente aceitas e interiorizadas por todos os receptores, fazendo com que a comunicação seja instantânea, mas sem conteúdo, e que, por sua banalidade, são comuns aos receptores e ao emissor. Por fim a própria televisão, e não a vida real, lhes dá "autoridade" – se está no ar, ele deve ser importante, um "figurão". Por fim, é inegável que suas opiniões criam e influenciam a opinião pública.

Dessa forma, tendo em vista todos os fatos até agora já mencionados, na sociedade atual, insegura e passiva, os meios de comunicação de massa, especialmente a televisão, manipulam as informações por razões de mercado ou mesmo ideológicas e, portanto, manipulam a própria realidade, já que o homem moderno a conhece por intermédio desses meios, especialmente pelas notícias e imagens violentas – que são as que mais vendem –, causando e aumentando o medo nas pessoas/espectadores, que, por sua vez, não têm condições de analisar criticamente os fatos que lhes são impostos pela ótica mediática, ocorrendo que os políticos têm plena consciência de tal sistemática e a utilizam para imposições de ideologias que, magicamente, iriam resolver as ansiedades e os medos da população – eleitores em potencial. Por outro lado, os próprios meios de comunicação, sabendo disso, de sua força motora, influenciam os políticos a tomarem medidas para resolver os problemas que são apontados pela sua programação, que, por

(12) Outro exemplo é o "belo" e "harmonioso" casal que apresenta o *Jornal Nacional*, bem como o incisivo Bóris Casoy no *Jornal da Rede Record*.

(13) Como exemplo, também no *Jornal Nacional*, o intelectual Arnaldo Jabor.

fim, concretizaria a teoria da profecia que se auto-realiza, ou seja, eu mostro algo como um problema e o Estado reage a ele, portanto, o problema é verdadeiro. A profecia se realizou.

4. O direito penal

Como visto, os fatos violentos – que geralmente significam condutas criminosas – são as melhores mercadorias colocadas à venda pelos meios de comunicação de massa, especialmente a televisão, por intermédio dos telejornais, pois, em uma sociedade insegura por natureza, os delitos violentos são as formas delitivas que mais fascinam as pessoas e as que valem a pena veicular e informar. A mídia, portanto, apresenta o "problema" e a sociedade, por sua vez, quer a resolução.

Tal fato, inegavelmente, muda a realidade da criminalidade, influindo na criação ou vigência fática de uma norma penal, pois, quando se pensa em segurança, imediatamente vem à cabeça das pessoas comuns a imagem do Direito Penal, que é o direito por excelência. É ele que vai resolver todos os problemas sociais envolvidos com a insegurança coletiva, criando-se, assim, uma falsa ilusão de eficácia do sistema penal. Sem qualquer dúvida, ante esses fatos, ocorre a expansão desse sistema como forma de solução dos conflitos sociais geradores de risco e insegurança – sociedade do risco – e tal expansão causa efeitos patológicos no Direito Penal.

Entre os vários efeitos patológicos encontra-se a funcionalização do sistema penal. O Direito Penal e todo o seu instrumental repressor passam a ser utilizados para a consecução de fins políticos, que acabam se tornando um dos fins centrais do mesmo, justificando-se na opinião pública e na sua demanda por segurança, provocada pelos meios de comunicação. Essa funcionalização geralmente opera mediante a eliminação e redução das tradicionais garantias materiais e processuais do acusado, já que elas podem perturbar os fins políticos almejados, bem como, entre outras possibilidades, resultar no abuso da construção de tipos penais como crimes de perigo abstrato, no aumento no sistema de interesses preventivos, na utilização de legislação simbólica, na antecipação de momentos consumativos clássicos, na penalização de condutas irrelevantes, no alargamento e agravamento das penas, na maior punibilidade para o desvalor da conduta em detrimento do desvalor do resultado etc. Todas essas atitudes levam a que o Direito Penal passe a ser utilizado pelo Estado não como última *ratio*, mas, sim, como *prima ratio*, desvirtuando a sua real finalidade e aplicabilidade.

Por sua vez, além das questões acima mencionadas, a funcionalização ocorre por meio da utilização da função simbólica e da função promocional.[14]

(14) V. Antonio Garcia-Pablos. *Derecho penal – Introducción*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995; Alberto Silva Franco. *Crimes hediondos*. São Paulo: RT, 2000.

A função simbólica é utilizada pelo legislador como um efeito meramente psicológico sobre a sociedade, não tendo lugar na realidade exterior, pois a opinião pública tem a falsa impressão tranqüilizadora de um legislador atento aos problemas e decidido, satisfazendo a todos, e de que o problema está sob controle. Da mesma forma, o legislador tem a impressão de ter, realmente, feito algo útil. Assim, ele cria novos tipos penais e incrementa desnecessariamente as penalidades existentes, derrogando, ainda, garantias materiais e processuais dos acusados. Utiliza o Direito Penal para produzir impacto psicossocial e não para proteger os bens jurídicos fundamentais para a convivência social, pervertendo o sistema punitivo, que passa a ter uma conotação educativa ou ético-social. Geralmente esse subterfúgio legislativo é utilizado em momentos de crise econômica, social e política, já que essa situação gera maiores sentimentos de insegurança, que podem ser manipulados politicamente por uma política criminal hipócrita, inútil e desproporcional. Como essas medidas foram criadas para satisfazer meras expectativas por parte da sociedade insegura é claro que não funcionarão e não resolverão os problemas que as geraram, tornado-as inúteis, o que a médio prazo desacredita o próprio sistema penal.

Já a função promocional do Direito Penal é utilizada para que este atue como um poderoso instrumento de mudança e transformação social, não bastando que, apenas, se limite a consolidar o *status quo*, passando a ser um motor em pleno funcionamento que dinamize a ordem social, promovendo as mudanças estruturais necessárias. Assim, ocorre a neocriminalização de vários setores sociais que, antes, estavam ausentes do núcleo de proteção das normas penais (ex: crimes contra a ecologia, contra minorias e mulheres, crimes econômicos etc.), que demonstram a precavida atitude de um legislador atento, ante as necessidades do momento sócio-cultural. Essa função, como se sabe, também perverte o princípio da intervenção mínima, já que não cabe ao Direito Penal resolver as tensões experimentadas por toda a sociedade entre as forças do *status quo* e as que promovem a mudança, pois o mesmo deve apenas proteger bens jurídicos fundamentais indispensáveis à convivência social e que são, portanto, objetos de um amplo consenso ocorrido nas relações dessa sociedade. Não pode o Direito Penal impor esse consenso, mas, apenas, protegê-lo. Desnecessário, por fim, mencionar que essa função também é ineficaz, desacreditando todo o sistema repressivo.

Assim colocadas as coisas, verifica-se que, como essas funções são ineficazes, não funcionam, já que exigem do sistema penal fins que este não pode realizar, o próprio sistema fica desacreditado perante a sociedade, causando uma maior sensação de insegurança em uma sociedade já insegura por natureza, acarretando um verdadeiro círculo vicioso, já que toda a problemática aqui desenvolvida se repetirá, ou seja, a sociedade amedrontada será manipulada pelos meios de comunicação de massa, com a conseqüente utilização errônea do Direito Penal por meio dos legisladores, que, por sua vez, não funcionando, acarreta uma maior insegurança que influenciará uma sociedade já insegura que... *ad infinitum*...

Bibliografia

ALSINA, Miquel Rodrigo. "La representación de la violencia en los medios de comunicación". *Revista Catalana de Seguretat Pública* 4/27-34, Barcelona, jun. 1999.

BARATA, Francesc. "De Ripper al pederasta: un recorrido por las noticias, sus rotinas y los pánicos morales". *Revista Catalana de Seguretat Pública* 4/45-57, Barcelona, jun. 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. "Modernidad y ambivalencia". In Trad. Celso Sánchez Capdequí. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Antrophos, 1996.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.

———. "Teoría de la sociedad del riesgo". In Trad. Celso Sánchez Capdequí. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Antrophos, 1996.

BERGER, Peter L. *A construção social da realidade*. Petrópolis: Vozes, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Jorge Ahar, 1997.

CARVALHO, Olavo. *O imbecil coletivo*. Rio de Janeiro: Ed. da Faculdade da Cidade, 1997.

CERVINI, Raul. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT, 1995.

CHOMSKY, Noam. "El control de los medios de comunicación". *Cómo nos venden la moto*. Barcelona: Icaria Editorial, 1999.

———. *Ilusiones necesarias*. Madrid: Libertarias/Prodhufi, 1992.

CONTI, Mário Sérgio. *Notícias do planalto*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 1986.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: RT, 2000.

GARAPON, Antoine. *Juez y democracia*. Madrid: Flor Del Viento Ed., 1997.

GARCIA-PABLOS, Antonio. *Derecho penal – Introduccion*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995.

GIDDENS, Anthony. "Modemidad y autoidentidad". In Trad. Celso Sánchez Capdequí. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Antrophos, 1996.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

———. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999.

IMBERT, Gérard. "Suceso y tentación de desorden: la fascinación por lo anómico". *Revista Catalana de Seguretat Pública* 4/17-26, Barcelona, jun. 1999.

LUHMANN, Nicklas. "El concepto de riesgo", "El futuro como riesgo", "La contingencia como atributo de la sociedad moderna". In Trad. Celso Sánchez Capdequí. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Antrophos, 1996.

LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. Petrópolis: Vozes, 2000.

MESSUTI, Ana. *El tiempo como pena*. Buenos Aires: Compomanes Libros, 2001.

MOCCIA, Sergio. "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales". In Org. J. M. Silva Sánchez. *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1997.

MOSCOVICI, Serge. *La era de las masas*. México, 1985.
ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Madrid: Clásicos Castalia, 1999.
RAMONET, Ignácio. *La tiranía de la comunicación*. Madrid: Temas de Debate, 1998.
———. "Pensamiento único y nuevos amos del mundo". *Cómo nos venden la moto*. Barcelona: Icaria Ed., 1999.
———. *Un mundo sin rumbo*. Madrid: Temas de Debate, 1992.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas, 1999.

3. DIREITO PENAL ESPECIAL

3.1

CRIMES RELATIVOS AO PARCELAMENTO E DESMEMBRAMENTO DO SOLO

MARIA ELIZABETH QUEIJO

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. Legislação anterior – 3. O advento da Lei 6.766, de 19.12.1979 – 4. Breve análise dos aspectos penais da Lei 6.766/79: 4.1 Objetividade Jurídica; 4.2 Infrações penais tipificadas na Lei 6.766/79; 4.2.1 O delito tipificado no art. 50, I; 4.2.2. O delito tipificado no art. 50, II; 4.2.3 O crime tipificado no art. 50, III; 4.2.4 As qualificadoras previstas no art. 50; 4.2.5 O delito tipificado no art. 52 – 5. Conclusão.

Resumo: Antes do advento da Lei 6.766, de 19.12.1979, as condutas censuráveis em matéria de parcelamento do solo eram coibidas com fundamento no Código Penal (estelionato e falsidades), bem como na Lei 1.521, de 26.12.1951 (art. 3.°, IX). Fugindo à tendência de considerar as infrações relacionadas ao parcelamento do solo como delitos contra a economia popular ou patrimoniais, a Lei 6.766/79 criou tipos penais específicos, que constituem crimes contra a Administração Pública. Representou significativo avanço, atuando de forma complementar na tutela de outros bens, como o meio ambiente. Contudo, o diploma tem sido alvo de muitas críticas pertinentes, com especial relevo para a complexidade de tratamento da matéria em geral (parcelamento do solo), o que acarreta dificuldades em sua observância.

Palavras-chave: Parcelamento – Desmembramento – Loteamento – Lehmann – Solo urbano.

1. Considerações iniciais

O parcelamento do solo é tratado sob diferentes prismas no plano jurídico. Sob a ótica do Direito Civil, o parcelamento do solo é tratado como limitação ao direito à propriedade,[1] ou seja, como limitação de um direito individual.[2]

(1) A respeito: Carlos Alberto Dabus Maluf. *Limitações ao direito de Propriedade.* São Paulo, 1996. p. 172.

(2) Atualmente as limitações aos direitos individuais são francamente admitidas, tendo em vista que nenhum direito individual pode ser considerado absoluto e que as

Dá-se relevo ao aspecto individual, mas há estreitamento da liberdade, para coibir abusos.[3]

Já sob o prisma do Direito Administrativo, particularmente do Direito Urbanístico,[4] o parcelamento do solo é regrado segundo o interesse público. Predomina, no último enfoque, o interesse da coletividade. Considera-se, dessa forma, que o direito de propriedade recebe a tutela constitucional, mas são admitidas restrições, já que o proprietário não pode parcelar o solo livremente, porque deve ser atendido também o interesse público.[5]

Em suma, no enfoque do Direito Urbanístico, predominam duas idéias básicas: o equilíbrio entre o interesse público e os interesses privados e a finalidade de ordenação do território.[6]

2. Legislação anterior

No direito brasileiro, inicialmente, a matéria de parcelamento do solo urbano foi tratada pelo Dec.-lei 58, de 10.12.1937.[7] Referido diploma não tratava do desmembramento. Não cuidava ele também de aspectos penais. Ou seja, as even-

limitações decorrem da necessidade de convivência das várias liberdades. Nesse sentido, considerar-se que um direito individual possa ser absoluto, sem qualquer limitação, implicaria violar outros direitos que são, igualmente, tutelados pelo ordenamento jurídico. Contudo, deve-se salientar que as limitações aos direitos individuais não poderão ser de tal monta que venham a aniquilar o núcleo essencial dos mesmos.

(3) As limitações de direitos individuais situam-se no âmbito do poder de polícia. Destaca, sobre a matéria, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 110, que, modernamente, o poder de polícia é "atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público".

(4) Toshio Mukai. *Direito e legislação urbanística no Brasil (história – teoria – prática).* São Paulo: Saraiva, 1988, destaca que, no direito brasileiro, o direito do urbanismo evoluiu como um "desenvolvimento técnico-jurídico do direito administrativo". Salienta o mesmo autor que, no conceito moderno de urbanismo, são focalizadas técnicas e conhecimentos relacionados com a construção, reforma e extensão das cidades, considerando também o homem no contexto urbano e a melhoria de suas condições de vida. Além disso, objetiva-se também a ordenação de todo o território nacional. Contudo, observa o autor que esse último objetivo ainda não foi desenvolvido no Brasil.

(5) Erasto Villa-Verde de Carvalho. *Parcelamento do solo. Condomínios.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 47.

(6) A respeito, Toshio Mukai. *Direito e legislação urbanística no Brasil (história – teoria – prática)*, cit., p. 7.

(7) Citado diploma dispunha, especificamente, sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.

tuais condutas de interesse penal, em parcelamento do solo, ficavam a cargo da legislação penal ordinária. O Dec. 3.079, de 15.09.1938, veio regulamentar o Dec.-lei 58/37.

Posteriormente, sobreveio o Dec.-lei 271, de 28.02.1967, que dispôs sobre o loteamento urbano, tratando também do desmembramento.[8] O art. 3.º do mencionado decreto-lei, embora não tenha criado normas penais relativas ao parcelamento do solo, estabeleceu que: "Aplica-se aos loteamentos a Lei 4.591, de 16.12.1964, equiparando-se o loteador ao incorporador, os compradores de lote aos condôminos e as obras de infra-estrutura à construção da edificação". Porém, no § 1.º do mesmo artigo constou que o Poder Executivo, dentro de 180 dias, regulamentaria o citado decreto-lei, especialmente quanto à aplicação da Lei 4.591/64 aos loteamentos, operando as necessárias adaptações. Mas a mencionada regulamentação jamais se verificou.[9]

A Lei 4.591/64 cuidou do condomínio em edificações e das incorporações imobiliárias, não se dedicando à disciplina do parcelamento do solo. Aludido diploma, em seu art. 65, definiu como crime contra a economia popular a conduta de quem viesse a "promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a constituição do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações", punindo-a com pena de um a quatro anos de reclusão e multa de cinqüenta e cinco vezes o maior salário mínimo vigente no país. O § 1.º do art. 65 dispôs que incorriam na mesma pena "o incorporador, o corretor e o construtor individuais, bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva incorporadora, corretora ou construtora que, em proposta, contrato, publicidade, prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou aos condôminos, candidatos ou subscritores de unidades, fizerem afirmação falsa sobre a constituição do condomínio, alienação das frações ideais ou sobre a construção das edificações".

O art. 66 da Lei 4.591/64 previa três tipos contravencionais: no inc. I, puniase a conduta de "negociar o incorporador frações ideais de terreno, sem previamente satisfazer às exigências constantes desta lei". No inc. II, a conduta descrita era de "omitir o incorporador, em qualquer documento de ajuste, as indicações a que se referem os arts. 37 e 38" daquele diploma. Por fim, o inc. III tipificou a conduta de "deixar o incorporador, sem justa causa, no prazo do art. 35 e ressalvada a hipóteses de seus §§ 2.º e 3.º, de promover a celebração do contrato relati-

(8) Segundo Toshio Mukai. *Direito e legislação urbanística no Brasil (história – teoria – prática)*, cit., p. 121, o Dec.-lei 271, de 1967, foi revogado no que diz respeito aos loteamentos e desmembramentos urbanos, subsistindo apenas quanto à concessão de direito real de uso (arts. 7.º e 8.º).

(9) Conforme Luciano Caseiro. *Loteamentos clandestinos. Conseqüências penais.* São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1979. p. 31.

vo à fração ideal de terreno, do contrato de construção ou da Convenção do condomínio".

Na doutrina, Celso Delmanto[10] considerou até possível, com alguma dificuldade, operar-se materialmente a adaptação dos mencionados dispositivos penais à matéria de loteamento. Contudo, o principal óbice suscitado, para tal aplicação, foi a violação ao princípio da legalidade, além da evidente falta de regulamentação do art. 3.º do Dec.-lei 271/67.[11]

Quanto à violação ao princípio da legalidade, salientou-se que o Dec.-lei 271 não determinava a aplicação de pena, nem descrevia condutas delituosas. Ou seja, não criou norma penal. Conforme assinalou Celso Delmanto a respeito, o referido decreto-lei nem "sequer declarou, de maneira explícita, que seriam cominâveis aos loteadores as penas previstas para as figuras criminais e contravencionais da lei aludida".[12]

Em que pesem os apontados óbices, registram-se alguns julgados que se louvaram no art. 3.º do Dec.-lei 271/67, para proferir decisões em matéria de loteamento, aplicando os dispositivos penais da Lei 4.591/64.[13]

A Lei 5.532, de 14.11.1968, acrescentou o § 6.º ao art. 1.º do Dec.-lei 58/37, estabelecendo que, "sob pena de incorrerem em *crime de fraude*, os vendedores, se quiserem invocar, como argumento de propaganda, a *proximidade* do terreno com algum acidente geográfico, cidade, fonte hidromineral ou termal ou qualquer outro motivo de atração ou valorização, serão obrigados a declarar no memorial descritivo e a mencionar nas divulgações, anúncios e prospectos de propaganda, a distância métrica a que se situa o imóvel do ponto invocado ou tomado como referência".

Mas, também em relação ao referido dispositivo, várias foram as críticas tecidas. Salientou-se que a técnica legislativa empregada foi falha e imprecisa, porque criou um delito de "fraude" quando, em verdade, a falsa indicação de proximidade poderia caracterizar meio fraudulento do crime de estelionato. Não

(10) Celso Delmanto. *Infrações penais na incorporação, loteamento e corretagem de imóveis*. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 159. No mesmo sentido: Luciano Caseiro. *Loteamentos clandestinos. Conseqüências penais*, cit., p. 31.

(11) Celso Delmanto. *Infrações penais na incorporação, loteamento e corretagem de imóveis*, cit., p. 159-161. Outras críticas foram tecidas, ainda que fosse possível a aplicação dos dispositivos penais da Lei 4.591/64: os delitos em matéria de loteamento seriam tratados como crimes contra a economia popular, exigindo para sua configuração o surgimento de algum adquirente lesado, quando na realidade tais delitos são, em sua essência, contra a Administração Pública, configurando espécie de desobediência à ordem legal emanada (a esse respeito, Luciano Caseiro. *Loteamentos clandestinos. Conseqüências penais*, cit., p. 98-99).

(12) Celso Delmanto. *Infrações penais na incorporação, loteamento e corretagem de imóveis*, cit., p. 160.

(13) *RT* 423/430, *RF* 238/297 e *RT* 419/248.

se logrou alcançar, assim, a criação de um delito formal, que prescindisse, para sua consumação, de prejuízo por parte dos adquirentes de lotes.[14]

Ante a patente infringência ao princípio da legalidade, considerou a doutrina que o art. 3.º do Dec.-lei 271/67 não podia ter validade aplicado no âmbito penal. De mais a mais, não se pode deixar de considerar que a adaptação dos dispositivos da Lei 4.591/64 traria insegurança jurídica aos cidadãos, ferindo também um dos principais corolários do princípio da legalidade, que é a taxatividade do tipo penal. Melhor do que a adaptação, em termos de eficiência e constitucionalidade, seria a criação da norma penal, descrevendo as condutas incriminadas em matéria de parcelamento do solo, o que veio a se concretizar com o advento da Lei 6.766, de 1976.

Em suma, as figuras penais utilizadas para coibir as condutas censuráveis em matéria de parcelamento do solo eram, fundamentalmente, o estelionato e os delitos de falsidade, além do art. 3.º, IX, da Lei 1.521, de 26.12.1951, que tipificou a conduta de gestão fraudulenta ou temerária de sociedades destinadas à venda de imóveis a prestações, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais, com prejuízo dos interessados.

A doutrina,[15] entretanto, pregava a necessidade de criação de legislação penal específica, para conter os abusos praticados pelos loteadores e, sobretudo, as práticas de grilagem e os loteamentos clandestinos.

3. O advento da Lei 6.766, de 19.12.1979

A Lei 6.766, de 19.12.1979, teve origem em projeto apresentado pelo Senador Otto Lehmann.

Na justificação do referido projeto destacou-se que o Dec.-lei 58/37 não dispunha sobre normas referentes ao tratamento urbanístico das cidades.

Salientou-se também que o país havia passado por transformações radicais, passando a ter características essencialmente urbanas. Assim, dada a nova realidade urbana brasileira, havia necessidade de se editar lei que cuidasse do fenômeno da expansão urbana.

Além de regras atinentes ao parcelamento do solo urbano, na forma de loteamento ou desmembramento, e de regras de proteção aos adquirentes de lotes, foram previstas infrações penais, buscando coibir o comportamento de loteadores irregulares.[16]

(14) A esse respeito, Celso Delmanto. *Infrações penais na incorporação, loteamento e corretagem de imóveis*, cit., p. 162-163.

(15) Luciano Caseiro. *Loteamentos clandestinos. Conseqüências penais*, cit., p. 31; e Celso Delmanto. *Infrações penais na incorporação, loteamento e corretagem de imóveis*, cit., p. 165 *et seq.*

(16) Várias críticas foram tecidas em relação à Lei 6.766/79: imprecisão na definição dos conceitos, complexidade extrema. João Rabello de Aguiar Vallin. *Direito imobiliário*

A Lei 9.785, de 29.01.1999, alterou alguns dispositivos da Lei 6.766, de 1979, inclusive na parte penal.

4. Breve análise dos aspectos penais da Lei 6.766/79

4.1 Objetividade Jurídica

Na disciplina anterior, tomando-se a equiparação propugnada pelo art. 3.º do Dec.-lei 271/67, pretendeu-se tipificar as infrações penais relacionadas ao parcelamento do solo como crimes contra a economia popular.

Contudo, na doutrina já se ponderava que, a rigor, os crimes em matéria de parcelamento do solo deveriam ser infrações contra a Administração Pública e não contra a economia popular.

A esse respeito, Luciano Caseiro[17] salientou que os crimes relacionados ao parcelamento do solo são crimes contra a Administração Pública. Na essência, segundo o referido autor, configuram tipo de desobediência à ordem legal emanada do Poder Público. A inclusão das citadas infrações entre os crimes contra a economia popular apresentaria o óbice de depender, para sua configuração, do surgimento de adquirentes lesados. De mais a mais, seria difícil a demonstração da lesão à economia popular, na medida em que lesar a economia popular significa "prejudicar a um número indeterminado de pessoas do povo",[18] enquanto no parcelamento do solo "os lesados são em número sempre determinado".

A Lei 6.766/79, por seu turno, estabeleceu que as infrações penais por ela definidas são crimes contra a Administração Pública.

Destaca-se que a Administração Pública é atingida em seu regular funcionamento.[19] É exigível que o Poder Público tenha suas determinações respeitadas.[20] Além disso, deve-se salientar que há interesse público na ordenação e ocupação

brasileiro. São Paulo: RT, p. 257, chegou a sustentar que melhor seria ter introduzido modificações no próprio Dec.-lei 58/37.

(17) Luciano Caseiro. *Loteamentos clandestinos. Conseqüências penais*, cit., p. 98-99.

(18) Toshio Mukai, Alaôr Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar. *Loteamentos e desmembramentos urbanos. Comentários à nova lei de parcelamento do solo urbano, Lei 6.766, de 20.12.1979.* 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1980. p. 262-263.

(19) Jorge Medeiros Silva. *Direito penal especial.* São Paulo: RT, 1981. p. 68. O mencionado autor também considera as infrações relacionadas ao parcelamento do solo como espécie de delito de desobediência contra a Administração Pública.

(20) Arnaldo Rizzardo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano.* 5. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 219. Toshio Mukai et alii. *Loteamentos e desmembramentos urbanos. Comentários à nova lei de parcelamento do solo urbano. Lei 6.766, de 20.12.1979*, cit., p. 263, afirmam que a objetividade jurídica das infrações penais definidas pela Lei 6.766/79 diz respeito às determinações públicas relacionadas com a ordenação e ocupação do solo.

do solo urbano.[21] Em acréscimo, quando é efetuado parcelamento do solo irregular, incumbe ao Poder Público, no caso municipal, regularizá-lo,[22] devendo-se considerar que o Poder Público acaba suportando os prejuízos advindos das condutas ilícitas de loteadores, que transgridem os planejamentos urbanísticos e geram problemas sociais de difícil solução.[23] Sendo crimes contra a Administração Pública, dispensa-se a prova de prejuízo, para a sua configuração. Secundariamente, busca-se proteger também o patrimônio dos adquirentes de imóveis loteados ou desmembrados.[24]

4.2 Infrações penais tipificadas na Lei 6.766/79

4.2.1 O delito tipificado no art. 50, I

4.2.1.1 Conduta — A Lei 6.766/79 dispôs, no art. 50, que constitui crime contra a Administração Pública:

"I – dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios."

4.2.1.1.1 O parcelamento do solo para fins urbanos — A Lei 6.766/79 cuida do parcelamento do solo para fins urbanos, sendo certo que o parcelamento do solo para fins rurais continuou a ser regido pelo Estatuto da Terra (Lei 4.504, de

(21) A respeito, destaca Ruy Rosado Aguiar Junior. Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano. *Direito do urbanismo – Uma visão sócio-jurídica*. Coord. de Álvaro Pessoa. Ibam-SP, 1981. p. 206, que, nos crimes contra a Administração Pública definidos pela Lei 6.766/79, o que se protege é o regular desempenho do poder de polícia urbanística, que é o poder do qual se vale o Estado para exercer sua atividade regulamentar do ordenamento das cidades. Marco Aurélio S. Viana. *Comentários à lei sobre parcelamento do solo urbano*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 137, salienta que o parcelamento irregular do solo prejudica o "desenvolvimento harmônico e equilibrado dos centros urbanos".

(22) Mário César Bucci. *Parcelamento do solo. Loteamento*. Campinas: Jurídica Mizuno, 1998. p. 13, observa que, não raro, é a Administração Pública que suporta os custos para regularizar os parcelamentos do solo irregulares, a fim de propiciar moradia digna aos adquirentes de lotes. De outra parte, podem resultar de tal ocupação indevida danos irreparáveis, como no caso de danos ambientais.

(23) Sérgio A. Frazão do Couto. *Manual teórico e prático do parcelamento urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 373.

(24) Olmiro Gayer Athaydes, Lisete A. Dantas Gayer Athaydes. *Teoria e prática do parcelamento do solo*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 84, observa que apenas secundariamente é que há proteção dos interesses dos adquirentes de lotes, nas infrações tipificadas pela Lei 6.766/79.

30.11.1964).[25] Segundo Toshio Mukai, Alaôr Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar, o parcelamento regular do solo urbano é a "divisão da terra em unidades juridicamente independentes, dotadas de individualidade própria, para fins de edificação".[26]

O art. 3.º da Lei 6.766/79 estabelece regra segundo a qual somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zona urbana ou de expansão urbana, assim definidas em lei municipal.[27]

Fins urbanos, segundo Diógenes Gasparini,[28] são os que "dão ao parcelamento características de bairros, vilas ou cidades. Implicam a implantação de lotes destinados à edificação (residencial, comercial ou industrial), dotados de equipamentos urbanos (redes de água, de esgoto, de iluminação pública, telefonia etc.) e comunitários (áreas de recreio, educação e cultura etc.)". Desse modo, a nota característica dos parcelamentos para fins urbanos é a formação de novos núcleos populacionais.

Contudo, doutrina[29] e jurisprudência,[30] em sua maioria, sustentam que essencial para a incidência da Lei 6.766/79 é a finalidade urbana do imóvel e não a localização da área, se em zona urbana ou rural. Desse modo, os chamados sítios ou chácaras de recreio, situados em zona rural, por se entender que apresentam fins urbanos (lazer),[31] ficariam submetidos ao regramento da Lei 6.766/79, uma

(25) Conforme observa, Toshio Mukai et alii. *Loteamentos e desmembramentos urbanos. Comentários à nova lei de parcelamento do solo urbano, Lei 6.766, de 20.12.79*, cit., p. 2.

(26) Toshio Mukai et alii. *Loteamentos e desmembramentos urbanos. Comentários à nova lei de parcelamento do solo urbano, Lei 6.766, de 20.12.79*, cit., p. 2-3.

(27) Conforme preleciona, Toshio Mukai. *Direito e legislação urbanística no Brasil (história – teoria – prática)*, cit., p. 122, segundo essa regra, com a vigência da Lei 6.766/79, não são mais permitidos loteamentos ou desmembramentos para finalidades urbanas em zona rural. Diógenes Gasparini. *O município e o parcelamento do solo*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 3, define as zonas urbanas como áreas de cidades e vilas e as zonas de expansão urbana como áreas reservadas para crescimento as cidades e vilas, adjacentes ou não à zona urbana, definidas por lei municipal.

(28) Diógenes Gasparini. *O município e o parcelamento do solo*, cit., p. 4.

(29) Diógenes Gasparini. *O município e o parcelamento do solo*, cit., p. 14-15; Mário César Bucci. *Parcelamento do solo. Loteamento*, cit., p. 21-22; Toshio Mukai et alii. *Loteamentos e desmembramentos urbanos. Comentários à nova lei de parcelamento do solo urbano, Lei 6.766, de 20.12.1979*, cit., p. 18-19; Arnaldo Rizzardo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 32.

(30) *RT* 613/314; *RT* 643/276; *RT* 666/286.

(31) Toshio Mukai. *Direito e legislação urbanística no Brasil (história – teoria – prática)*, cit., p. 122-123, destaca que a chácara de recreio enquadra-se perfeitamente no conceito de imóvel para fins urbanos porque se trata de lote destinado à edificação de qualquer natureza, não se incluindo no conceito de imóvel rural. Diógenes Gasparini. *O município e o parcelamento do solo*, cit., p. 14-15, sustenta que as chácaras ou os sítios de recreio têm fins urbanos. Em seu entendimento, a finalidade urbana é notória,

vez que o lazer não se inclui nos fins rurais (exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, conforme art. 4.°, I, da Lei 4.504/64). Ressalve-se, porém, que, como a Lei 6.766/79 firma sua incidência em parcelamentos de solo para fins urbanos, em zonas urbanas ou de expansão urbana, o parcelamento de imóvel rural para fins urbanos deveria ser precedido por lei municipal que o incluísse na zona urbana ou de expansão urbana e averbação de alteração da destinação do imóvel de rural para urbano (conforme art. 53 da Lei 6.766/79). Sem o atendimento de tais exigências, o parcelamento será ilegal.[32]

De se registrar entendimento em sentido diverso, segundo o qual o art. 96 do Dec. 59.248, de 27.10.1966, não foi revogado pela Lei 6.766/79. Desse modo, com suporte em tal dispositivo as chácaras de recreio não ficariam adstritas às normas da aludida lei, mas sim do decreto retromencionado. Entretanto, entendemos que a finalidade de lazer não é urbana, nem rural. Constitui um terceiro gênero,[33] necessitando de tratamento específico da legislação.

4.2.1.1.2 O conceito de loteamento e desmembramento do solo — A própria Lei 6.766/79 definiu os conceitos de loteamento e desmembramento, respectivamente, no art. 2.°, §§ 1.° e 2.°. Assim, considera-se loteamento a "subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes". Já o desmembramento consiste na "subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes".

Portanto, o que distingue, fundamentalmente, o loteamento do desmembramento é a alteração ou não do sistema viário existente, que não ocorre no segundo.[34]

porque lazer e recreação são funções urbanas. Além disso, tais sítios só podem ser implantados em áreas que perderam suas características produtivas, enquanto propriedades rurais, a teor do disposto no Decreto Federal 59.428/66. Em acréscimo salienta que a Instrução 17-b do Incra arrola os sítios de recreio entre os parcelamentos para fins urbanos. Há diversos julgados no sentido de que os sítios e as chácaras de recreio têm fins urbanos, devendo a eles ser aplicada a Lei 6.766/79 (*RT* 720/424; *RT* 619/298; *RT* 628/313; *RT* 637/623; *RT* 666/286; *RT* 677/349, *RT* 608/310).

(32) Nesse sentido, Toshio Mukai. *Direito e legislação urbanística no Brasil (história – teoria – prática)*, cit., p. 123. Tal entendimento foi abraçado pelo Provimento 2/83 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo.

(33) Nesse sentido, Olmiro Gayer Athaydes e Lisete A. Dantas Gayer Athaydes. *Teoria e prática do parcelamento do solo*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 20-21. Referidos autores assinalam que o lazer tem finalidade bem distinta dos clássicos fins rurais ou urbanos, porque constitui realidade "tanto da cidade como do campo". Assim, sustentam que "o sítio de recreio não tem fim urbano nem fim rural; tem finalidade diferente, embora, para efeito de tributação, e somente para isto, esteja sujeito ao IPTU".

(34) A jurisprudência tem decidido que, havendo redivisão de área já loteada, com alteração substancial do antigo loteamento, há desmembramento irregular (*RT* 644/366).

É pacífico o entendimento de que a Lei 6.766/79 não disciplinou o desdobro de lote, que é a divisão de lote em outros lotes, não ficando assim sujeito às regras do aludido diploma legal. Mas deve ser observada a área mínima prevista no art. 4.°, II, da lei, bem como necessária é a obtenção da autorização municipal, via de regra.[35]

A lei não definiu o que é gleba. Na doutrina, considera-se que gleba é "uma porção de terras rústicas, destinada geralmente à agricultura. É área que não sofreu divisões para fins urbanos. É área quase sempre grande".[36] A Lei 6.766/79 também não conceituou "lote", mas a Lei 9.785, de 29.01.1999, formulou tal conceito: "Considera-se lote o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe". Na seqüência, definiu ainda "infra-estrutura básica", nos seguintes termos: "Consideram-se infra-estrutura básica os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável, e de energia elétrica pública e domiciliar e as vias de circulação pavimentadas ou não" (cf. art. 3.° da Lei 9.785/99).

Quanto aos denominados "loteamentos fechados", há quem os equipare, na doutrina, aos "condomínios fechados", mas a equiparação é imprópria. O elemento comum entre os dois é o ingresso permitido apenas aos moradores e pessoas por eles autorizadas. Nos loteamentos fechados, entretanto, os espaços comuns, vias, praças e os diversos equipamentos são transferidos ao Poder Público (Municípios), mas têm sua utilização assegurada somente aos moradores, por meio de permissão ou concessão de uso. Os serviços de manutenção cabem ao Município. Nos condomínios fechados, os equipamentos e os serviços urbanos são próprios e as vias internas não são bens públicos.[37] Parte da doutrina sustenta

(35) Conforme, Diógenes Gasparini. *O município e o parcelamento do solo*, cit., p. 7-9, não foi disciplinado, especificamente, o reloteamento (operação futura), que não foge à aplicação da Lei 6.766/79. Não recebeu tratamento específico o arruamento (divisão de área ou gleba por meio de abertura de logradouros públicos e espaços livres, sem subdivisão das partes resultantes), porque é forma de parcelamento. A lei também não tratou, especificamente, do amembramento ou remembramento (reunião de lotes para posterior loteamento), que é objeto da legislação de registros públicos. Ressalta o mesmo autor que a abertura de ruas pelo poder público não caracteriza loteamento.

(36) Conceito de Diógenes Gasparini. *O município e o parcelamento do solo*, cit., p. 9.

(37) Erasto Villa-Verde de Carvalho. *Parcelamento do solo. Condomínios,* cit., p. 51-52, define os loteamentos fechados como "parcelamento de uma gleba em lotes para construção de moradias, cercados ou murados, com portões destinados ao controle de entrada e saída das pessoas". Mas observa o referido autor que o fechamento das áreas de ruas, praças e outros equipamentos contraria preceitos legais, pela aprovação do loteamento. Salienta, citando Elvino Silva Filho, que o município pode autorizar o loteamento fechado e o uso das vias de circulação e praças dentro dele, exclusivamente aos seus proprietários, por meio da permissão de uso ou da concessão de uso.

que a eles deve ser aplicada, integralmente, a Lei 6.766/79.[38] Contudo, entendemos que se o empreendimento se amoldar à Lei 4.591/64, que rege os condomínios, sendo registradas as unidades e as respectivas frações ideais do terreno, com vendas de casas juntamente com o lote, incorporada portanto a edificação, não incide a Lei 6.766/79.[39] Entretanto, se houver mascaramento de loteamento na forma de condomínio, isto é, sem incorporação das construções, terá aplicação a Lei 6.766/79, inclusive no tocante às infrações penais.[40]

Na doutrina, entretanto, sustenta-se que aos loteamentos fechados não se aplica a Lei 4.591/64, que rege os condomínios, ficando os mesmos sujeitos às regras da Lei 6.766/79.[41]

4.2.1.1.3 Os núcleos do tipo: dar início e efetuar — O delito é de ação múltipla ou conduta variada.[42] O tipo penal descreve a conduta de "dar início, de qualquer modo", ou "efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos".

A doutrina[43] vincula, em geral, a conduta de "dar início" a loteamento ou desmembramento à prática de atos ou procedimentos materiais que objetivem o parcelamento,[44] *v.g.*, demarcação, limpeza, terraplanagem de gleba, aterros, desmatamentos, canalizações de córregos, demarcação de quadras, lotes e espaços livres. É o chamado loteamento material, referido por Pontes de Miranda.

(38) Preconizam tal posicionamento Elvino Silva Filho, Biasi Ruggiero e Diógenes Gasparini, bem como Erasto Villa-Verde de Carvalho e Mário Cesar Bucci.

(39) Nesse sentido: Arnaldo Rizzardo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*, cit., p. 55. Em se tratando de condomínio fechado, observa Erasto Villa-Verde de Carvalho. *Parcelamento do solo, condomínios*, cit., p. 53-54, que não há necessidade de permissão de uso do município para o fechamento das vias e praças.

(40) Nesse sentido, Toshio Mukai. *Direito e legislação urbanística no Brasil (história – teoria – prática)*, cit., p. 142.

(41) A esse respeito: Roberto de Oliveira e Costa. "Aspectos penais da lei do parcelamento do solo urbano". *Justitia* 118/22-23, São Paulo.

(42) Consoante, Alberto Silva Franco et alii. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997. vol. 2, p. 1.896.

(43) Nesse sentido, Toshio Mukai et alii. *Loteamentos e desmembramentos urbanos. Comentários à nova lei de parcelamento do solo urbano, Lei 6.766, de 20.12.79*, cit., p. 266; Marco Aurélio S. Vianna. *Comentários à lei sobre parcelamento do solo urbano*, cit., p. 142; Diógenes Gasparini. *O município e o parcelamento do solo urbano*, cit., p. 175; Jorge Medeiros da Silva.*Direito penal especial*, cit., p. 69; Mariano Pazzaglini Filho. *Da nova lei de parcelamento do solo urbano: Lei Federal 6.766 de 19.12.79*. São Paulo: Emplasa, 1980, p. 72; e Sérgio A. Frazão do Couto. *Manual teórico e prático do parcelamento urbano*, cit., p. 379-380. Para tais autores, a comercialização de lotes na planta, antes de fragmentação da gleba, seria ato preparatório do loteamento ilegal.

(44) Nesse sentido: *RT* 677/349 ("Resta configurado o crime de parcelamento do solo urbano com infração à Lei 6.766/79 (art. 50, I), se o parcelador inicia os atos físicos

Nesse sentido, ensina Sérgio A. Frazão do Couto que *dar início* é "executar obras físicas que traduzem, no campo da realidade, o que antes só vivia no campo da intencionalidade".[45] Ou seja, são as aberturas de vias, realização de piqueteamento etc. Desse modo, observa o autor que "a execução de desenhos, projetos e memoriais descritivos não constitui, ainda, 'dar início' ao parcelamento urbano",[46] mesmo porque tais procedimentos são necessários para a obtenção da aprovação do parcelamento, pela autoridade competente.

Contudo, como há referência à conduta de "dar início, de qualquer modo", defende o mencionado autor que se houver alienação de lotes "na planta", quando ainda não se operaram obras físicas, o delito estará configurado,[47] inclusive na forma qualificada, descrita no art. 50, § 1.º. Entretanto, observamos que a venda de lotes na planta pode caracterizar o delito de estelionato, se o propósito do agente for apenas simular a venda de lotes, ludibriando adquirentes e obtendo proveito ilícito em detrimento deles.[48]

Efetuar significa "realizar, implantar ou fazer um parcelamento (loteamento ou desmembramento), isto é, abrir ruas, marcar quadras, lotes e áreas públicas".[49]

4.2.1.1.4 As modalidades delitivas — O tipo penal em foco prevê três modalidades delitivas distintas:

a) dar início ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem autorização do órgão público competente;

b) dar início ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos em desacordo com as disposições da Lei 6.766/79;

sem autorização do Poder Público, ou desatende as disposições da lei respectiva, ou desobedece a licença ou autorização concedida pelo Poder Público, ou finalmente, quando desatende as disposições das legislações específicas dos Municípios, Estados-membros ou Distrito Federal").

(45) Sérgio A. Frazão do Couto. *Manual teórico e prático do parcelamento urbano.* Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 379.

(46) Sérgio A. Frazão do Couto, op. cit., p. 379.

(47) Idem, ibidem, p. 380.

(48) Nesse diapasão, José Jesus Gazetta Júnior. "Loteamento irregular e início da execução". *Boletim IBCCrim*, 20, dez. 1994. Referido autor salienta que é preciso distinguir duas hipóteses: a) se o agente queria, efetivamente, implantar um loteamento, mas procurou primeiro comercializar os lotes, para angariar os necessários recursos, não resta dúvida de que, em tese, cometeu o crime do art. 50, I, na forma qualificada; b) se o propósito era simplesmente simular a venda de lotes, para iludir pessoas de boa-fé e obter proveito ilícito em detrimento delas, o crime será de estelionato.

(49) Diógenes Gasparini. *O município e o parcelamento do solo.* São Paulo: Saraiva, 1988, p. 174-175.

c) dar início ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos em desacordo com as normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios.

Quanto à primeira modalidade mencionada,[50] deve-se considerar que o parcelamento do solo urbano somente pode ser iniciado com prévia autorização da autoridade competente, que é o Município e o Distrito Federal, se for o caso. Sem essa autorização, ao realizar obras físicas que denotem o objetivo de parcelar o solo, ou compromissando ou vendendo lotes, ainda na planta, caracteriza-se o delito. Ressalve-se, porém, que não é mister para a configuração do delito que haja venda de lotes, nem que reste inequívoca a intenção de aliená-los.[51]

Note-se que o legislador refere-se, ao longo da Lei 6.766/79, indistintamente, à aprovação pela autoridade competente, à autorização e à licença. Tecnicamente, porém, a autorização é "ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos".[52] A licença é "ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade".[53] Enquanto a autorização é ato discri-

(50) A doutrina assinala que se trata de norma penal em branco (Jorge Medeiros Silva. *Direito penal especial*, cit., p. 69, e Toshio Mukai et alii. *Loteamentos e desmembramentos urbanos, comentários à nova lei do parcelamento do solo urbano, Lei 6.766, de 20.12.79*, cit., p. 267). Conforme Aníbal Bruno. *Direito penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 1, p. 204, as normas penais em branco são "normas do tipo incompleto, normas em que a descrição das circunstâncias elementares do fato tem de ser completada por outra disposição legal, já existente ou futura. Nelas a enunciação do tipo da lei mantém deliberadamente uma lacuna, que outro dispositivo legal virá integrar. Nessas leis existe sempre um comando ou uma proibição, mas enunciados, em geral, de maneira genérica, a que só a disposição integradora dará a configuração específica".

(51) Há quem sustente, entretanto, que a Lei 6.766/79 rege o parcelamento do solo feito com a intenção de venda de lotes, caracterizando-se com a mercancia. Tal entendimento, ao que parece, vem amparado em interpretação ainda decorrente do Dec.-lei 58/1937, que se aplicava aos proprietários de terras ou terrenos que pretendessem vender lotes e por oferta pública. Contudo, a Lei 6.766/79 não manteve tal vinculação, tutelando senão mediatamente os interesses dos adquirentes de lotes, objetivando o resguardo do interesse da Administração Pública.

(52) Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*, cit., p. 211. Segundo Sérgio A. Frazão do Couto. *Manual teórico e prático do parcelamento urbano*, cit., p. 381, a aprovação é ato definitivo, embora possa caducar, caso decorram 180 dias de sua concessão sem que o projeto seja levado ao Registro de Imóveis. Já a licença tem caráter transitório, autorizando o parcelador a iniciar obras de infra-estrutura a seu cargo, conforme art. 18, V, da Lei 6.766/79.

(53) Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*, cit., p. 212.

cionário, a licença é ato vinculado. Presentes os requisitos legais, não pode haver recusa. A aprovação, por seu turno, é "ato unilateral e discricionário pelo qual se exerce o controle 'a priori' ou 'a posteriori' do ato administrativo".[54] No controle "a priori", corresponde à autorização e no controle "a posteriori" corresponde ao referendo.

Se o parcelamento do solo estiver autorizado, não se aperfeiçoa o crime na modalidade do inc. I do art. 50.

Na segunda modalidade, o loteamento ou o desmembramento é iniciado ou efetuado em desacordo com as disposições da Lei 6.766/79. Tal conduta abrange a situação em que houve autorização da municipalidade ou do Distrito Federal, mas, sendo necessária a anuência do Estado ou da autoridade metropolitana (art. 13 do citado diploma legal), não foi ela obtida.[55]

Na terceira, o parcelamento do solo iniciado ou efetuado está em desacordo com as normas pertinentes do Distrito Federal, Município ou Estado. O § 1.º do art. 1.º da Lei 6.766/79 reconheceu aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal a possibilidade de estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo urbano. Cuida-se de competência concorrente, mas residual,[56] consoante o art. 24, I, da CF (que estabelece competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal sobre direito urbanístico). Em outras palavras: coube à União estabelecer as regras gerais na matéria, restando aos Estados, Municípios e Distrito Federal complementá-las.

Desse modo, a aludida modalidade é norma penal em branco. Críticas foram tecidas pela integração do tipo por meio de inúmeras normas editadas pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, trazendo insegurança jurídica quanto à definição da conduta incriminada.[57] Possível a caracterização do erro de tipo, nessa modalidade.

Assim, se o parcelamento do solo for iniciado ou efetuado, apesar de autorizado pelo Município, em desacordo com normas estaduais que cuidam da matéria, configurado estará o delito.

4.2.1.2 Consumação — Como antes assinalado, ao se *dar início* ao parcelamento do solo para fins urbanos, sem autorização, em desacordo com as normas

(54) Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*, cit., p. 213.

(55) Referida modalidade é considerada norma penal em branco, embora os dispositivos complementares integrem a mesma lei. Nesse sentido: Toshio Mukai et alii. *Loteamentos e desmembramentos urbanos. Comentários à nova lei de parcelamento do solo urbano, Lei 6.766, de 20.12.79*, cit., p. 267.

(56) Toshio Mukai et alii. *Loteamentos e desmembramentos urbanos. Comentários à nova lei de parcelamento do solo urbano, Lei 6.766, de 20.12.79*, cit., p. 3, assinalam que a competência em foco é concorrente.

(57) Nesse sentido, Jorge Medeiros Silva. *Direito penal especial*, cit., p. 69.

da Lei 6.766/79 ou em desacordo com as normas estabelecidas pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, já estará configurado o delito.

Com tal previsão não é possível a verificação da tentativa.[58] Isto porque a forma tentada de "efetuar" o parcelamento do solo nas circunstâncias acima enumeradas seria "dar início", que dá lugar à consumação.[59] Como anteriormente se consignou, os atos necessários para a obtenção da autorização, como ainda a contratação de pessoal, a medição da gleba, são atos preparatórios.

O crime é formal,[60] consumando-se independentemente de dano patrimonial ou de demonstração de efetivo dano ao interesse da Administração Pública.[61]

(58) Roberto de Oliveira e Costa. "Aspectos penais da lei do parcelamento do solo urbano". *Justitia* 118/28, São Paulo, discorda do referido posicionamento, sustentando que a conduta de "efetuar" admite a tentativa.

(59) Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano*, cit., p. 213-214, e Diógenes Gasparini, *O município e o parcelamento do solo*, cit., p. 175. O primeiro autor destaca que não é admissível a tentativa porque quem tenta efetuar está iniciando e há consumação. Acrescenta que iniciar é tentar efetuar e como não se admite tentativa da tentativa é impossível o reconhecimento da tentativa de dar início.

(60) Parte da doutrina considera que os crimes do art. 50 da Lei 6.766/79 são crimes de mera conduta (*v.g.*, Mariano Pazzaglini Filho. *Da nova lei de parcelamento do solo urbano: lei federal 6.766 de 19.12.79*. São Paulo: Emplasa, 1980. p. 72). Importa ressaltar que nem toda a doutrina aceita a categoria dos crimes de mera conduta. Grande parte somente aceita a dicotomia crimes materiais/crimes formais. Os crimes formais são "aqueles que não há pretender destacar do comportamento do sujeito um resultado a ser tomado em consideração pelo Direito, o que acontece é que com a própria atividade realiza-se o resultado" (Aníbal Bruno. *Direito penal*. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 221). Por isso são denominados crimes de simples atividade. Destaca Nelson Hungria, a respeito, que neles há consumação antecipada, integrando-se com a só ação ou omissão (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. vol. VII, p. 71). Magalhães Noronha equipara os crimes formais aos de mera conduta, salientando que tais delitos não exigem a produção de um resultado estranho à conduta do agente. O evento ocorre com a simples conduta (*Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, vol. 1, p. 107). Já Manoel Pedro Pimentel, que defende a existência da categoria autônoma dos crimes de mera conduta, ensina que, nos referidos delitos, há uma ofensa (de dano ou de perigo) presumida, enquanto nos crimes formais há um resultado de dano ou de perigo que se realiza ao término do desdobramento desta. Neles há conduta e resultado, que é material (embora não destacado da conduta). Os crimes de mera conduta, conforme o referido autor, não apresentam resultado material (*Crimes de mera conduta*. 3.ed. São Paulo: RT, 1975, p. 62-63). A jurisprudência assinala que os crimes tipificados no art. 50 da Lei 6.766/79 são formais (*RT* 662/269; *RSTJ* 26/520, *RT* 666/286).

(61) Parte da doutrina entende que o crime é de mera conduta, presumindo-se o perigo com a prática das condutas incriminadas. Nesse sentido, Ruy Rosado Aguiar Júnior. *Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano*, cit., p. 214.

O delito é instantâneo[62] na forma de "dar início", mas permanente[63] no tocante ao núcleo "efetuar".[64] O protraimento do evento somente cessará quando o agente promover a regularização do parcelamento do solo urbano, ou o Município vier a fazê-lo, como recomenda a norma do art. 38 da Lei 6.766/79. Tal classificação repercute diretamente sobre a contagem do prazo prescricional.

4.2.1.3 Elemento subjetivo — É o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente de dar início ou efetuar parcelamento do solo urbano, sem autorização do Município ou do Distrito Federal, em desacordo com as normas da Lei 6.766/79 ou com aquelas editadas pelos Estados, Municípios e Distrito Federal.

4.2.1.4 Sujeitos ativo e passivo — O crime é comum. Qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do delito, sendo proprietário da gleba de terras ou não.[65]

(62) Preleciona Aníbal Bruno. *Direito penal*, cit., t. 2, p. 220, que nos crimes instantâneos "o fato que constitui a consumação se cumpre num só instante e aí mesmo se esgota. Não há continuação do momento consumativo", podendo a ação desdobrar-se em vários atos, mas a consumação ocorre em um instante só. Observa o referido autor que pode ocorrer de a consumação dar-se em um único instante, mas os efeitos perdurarem após a consumação. É o que ocorre no furto, no homicídio, na maior parte dos delitos que são denominados instantâneos de efeitos permanentes.

(63) Aníbal Bruno. *Direito penal*, cit., t. 2, p. 220-221, define os crimes permanentes como aqueles em que "o momento da consumação não se esgota num só instante, prolonga-se por um período mais ou menos dilatado. Em todo esse período o crime se encontra em estado de consumação. Diferem dos crimes instantâneos de efeito permanente, porque nestes é o efeito que persiste, naqueles é o próprio momento consumativo (...). A consumação continua indefinidamente até que um ato do agente ou qualquer outra circunstância a faça cessar". A esse respeito, Magalhães Noronha. *Direito penal*, cit., vol. 1, p. 107, sustenta que no crime permanente a consumação se prolonga no tempo, dependente da atividade, ação ou omissão do sujeito ativo. Segundo o festejado autor, no crime instantâneo de efeitos permanentes a permanência do efeito não depende do prolongamento da ação do delinqüente.

(64) Em que pese tal posicionamento, parte da doutrina entende que as modalidades delitivas do art. 50, I, são crimes instantâneos de efeitos permanentes (nesse sentido, Mario César Bucci. *Parcelamento do solo. Loteamento*, cit., p. 20). Na jurisprudência, há decisões em ambos os sentidos: considerando crime instantâneo de efeitos permanentes e classificando os delitos como permanentes. Predomina a segunda corrente. Na primeira corrente, registra-se decisão proferida pelo STF (Min. Marco Aurélio, relator, HC 71.259-2-SP, *JSTF* 207/239 e *RT* 743/610) e, na segunda corrente, decisão prolatada pelo STJ (*JSTJ* 88/297 e ainda *RT* 614/300).

(65) Destaca a doutrina que o legislador não tipificou a conduta do loteador público que, "no exercício da função estatal, seja federal, estadual ou mesmo municipal, da administração direta ou indireta, pratique o crime funcional de determinar a execução de parcelamento irregular" (conforme Ruy Rosado Aguiar Júnior. *Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano*, cit., p. 212).

Destaque-se, a respeito, que a norma do art. 51, que cuida do concurso de pessoas no bojo da Lei 6.766/79, é despicienda, tendo em vista que o referido instituto é regulado pelo art. 29 do CP e este é aplicável à Lei 6.766/79, naquilo que não for por ela disciplinado.

Assim, quem quer que concorra para a prática dos delitos definidos na Lei 6.766/79 responderá na medida de sua culpabilidade.

O art. 51 do mencionado diploma destaca, porém, entre os co-autores e partícipes, o mandatário do loteador,[66] diretor ou gerente de sociedade, enumeração que a doutrina[67] entende, com acerto, ser meramente exemplificativa.

Sujeito passivo é o Estado e, secundariamente, o particular lesado pela conduta do loteador.[68]

4.2.1.5 Regularização do parcelamento antes do oferecimento/recebimento da denúncia — Em que pese o entendimento assente na doutrina de que os crimes tipificados no art. 50 são formais, a jurisprudência tem considerado que não há justa causa para a ação penal, quando o agente tiver, antes do oferecimento ou do recebimento da denúncia, regularizado o parcelamento.[69]

A mencionada jurisprudência refere-se à falta de justa causa. Mas não se pode deixar de entrever, em tal posicionamento, uma forma de arrependimento, pelo qual o agente, após a execução do delito, reverte o comportamento delituoso praticado. Diante da regularização, não persiste a lesão ao interesse da Administração Pública.[70] Sem dúvida, é orientação que estimula a regularização dos parcelamentos, o que é admissível e recomendável em termos de política criminal: *ao inimigo que bate em retirada, ponte de ouro para que atinja a outra margem do rio.*

(66) *RT* 744/554: "Conforme se depreende do art. 51 da Lei 6.766/79, a responsabilidade do agente que promove a venda de vários lotes a diversas pessoas, independentemente de aprovação da Prefeitura para implantação do loteamento e sem promover o respectivo registro no Cartório de Registro de Imóveis, não fica afastada pelo fato de agir como mandatário dos proprietários da área".

(67) Diógenes Gasparini. *O município e o parcelamento do solo*, cit., p. 178.

(68) Nesse sentido, Ruy Rosado Aguiar Júnior. *Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano*, cit., p. 212-213.

(69) Nesse sentido: *RT* 647/277; *RT* 563/321; *RT* 597/292; *RT* 617/282; *RJTJESP* 100/498, 105, 474 e 113/520. Contudo, registra-se também entendimento em sentido diverso: *RSTJ* 26/520.

(70) Na doutrina, Mario César Bucci. *Parcelamento do solo. Loteamento*, cit., p. 14, ressalta que, se não há justa causa para a ação penal, ocorrendo a regularização do parcelamento antes do oferecimento da denúncia, também não há se a regularização ocorrer logo após o oferecimento da denúncia. Entretanto, há julgado no sentido de que o crime é formal e regularização posterior do loteamento não tem o condão de elidir o delito (*RT* 662/269).

4.2.1.6 Pena — Foram cominadas aos delitos tipificados no art. 50 as penas de um a quatro anos de reclusão e a multa de 5 a 50 vezes o maior salário mínimo vigente no país.

A pena mínima de um ano de reclusão autoriza a aplicação da suspensão condicional do processo, prevista na Lei 9.099/95, desde que preenchidos os demais requisitos legais.

A pena, mesmo fixada no máximo legal, permite a substituição por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do CP, desde que presentes os demais requisitos.

4.2.2 O delito tipificado no art. 50, II

O inc. II do art. 50 da Lei 6.766/79 incrimina a seguinte conduta:

"dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença."

4.2.2.1 Conduta — Aplicam-se à modalidade em epígrafe as considerações tecidas a respeito do delito tipificado no art. 50, I.

A distinção, com relação ao dispositivo anterior, é que, na modalidade presente, o agente dá início ou efetua parcelamento do solo para fins urbanos, com autorização da municipalidade, mas sem observância das determinações consignadas na licença.

Como anteriormente referido, o legislador empregou indistintamente as expressões "autorização", "licença" e "aprovação". Mas o tipo penal alude à licença, que é ato administrativo vinculado: presentes os requisitos legais, deverá o Poder Público emiti-la.

A hipótese tipifica espécie de crime de desobediência à Administração Pública, já que a licença foi emitida em determinados termos, que são desobedecidos pelo agente.

Cuida-se de norma penal em branco, integrada pelas condições expostas no ato administrativo da licença.

4.2.2.2 Consumação — Configura-se o delito, que é formal, com o início ou efetuação do parcelamento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes da licença, independentemente de dano efetivo à Administração Pública ou a eventuais adquirentes de lotes.

Tal qual ocorre nas modalidades tipificadas no inc. I do art. 50, não é admissível a tentativa.

Quanto ao elemento subjetivo, aos sujeitos e à pena, reportamo-nos ao exposto a respeito do art. 50, I, que se aplica integralmente à modalidade do inc. II, ora comentada.

4.2.3 O crime tipificado no art. 50, III

A conduta incriminada no inc. III do art. 50 é:

"fazer, ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo."

4.2.3.1 Conduta — É espécie de crime de falsidade ideológica, mas, consoante sustenta Diógenes Gasparini, não há afronta apenas da fé pública, mas sobretudo do interesse público.[71] Foram previstas condutas comissivas: fazer ou veicular afirmação falsa sobre a legalidade de parcelamento do solo para fins urbanos. Há também conduta omissiva: ocultar fato a ele relativo.

Quem emite a afirmação falsa tem seu comportamento inserido no núcleo *fazer*. A veiculação é praticada por quem difunde a referida afirmação, sendo autor ou não da mesma.[72]

A afirmação falsa deverá ser feita ou veiculada em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados. A alusão à comunicação ao público ou a interessados amplia consideravelmente a gama de meios que poderão ser utilizados. Assim, incluem-se no tipo penal as afirmações feitas em impressos, folhetos, filmes, mensagens em jornais, rádio ou televisão.

A falsidade deverá versar sobre a legalidade do loteamento ou desmembramento para fins urbanos. A expressão "legalidade" diz respeito à regularidade do parcelamento perante o Poder Público, com observância das normas jurídicas aplicáveis. Exclui-se do delito o mero erro sobre o nome da repartição pela qual tramitou o projeto, o número do processo etc.[73]

A outra conduta prevista no inc. III é a de ocultar fato relativo ao loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos. Cuida-se de omissão. A omissão é penalmente relevante quando o agente devia e podia agir.

Considera a doutrina que a simples existência do parcelamento do solo para fins urbanos gera o dever jurídico de informar adequadamente a seu respeito, sem ocultar fatos a ele relativos, desde que relevantes.[74] O aludido dever jurídico decorre também da formulação da proposta, contrato, prospecto, comunicação ao público ou a interessados.

(71) Diógenes Gasparini. *O município e o parcelamento do solo*, cit., p. 123.

(72) Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano*, cit., p. 215-216.

(73) Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano*, cit., p. 215-216.

(74) A esse respeito, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano*, cit., p. 217-218.

A omissão deverá recair sobre fato relevante referente ao loteamento ou desmembramento: como a falta de anuência por parte do Estado, quando for ela necessária; indeferimento do registro; existência de ônus real sobre o imóvel.

4.2.3.2 Consumação — Configura-se o delito com a afirmação falsa sobre a legalidade do parcelamento do solo para fins urbanos ou com a omissão de fato relevante a ele relativo, independentemente de dano ao interesse da Administração Pública ou de causar prejuízo a terceiros. Trata-se de crime formal.

A modalidade comissiva admite tentativa, sobretudo quando a afirmação falsa não for verbal.

Já a segunda modalidade, cuidando-se de crime omissivo próprio, não admite tentativa.

Embora a tutela seja da Administração Pública, busca-se, com maior ênfase, resguardar os interesses de particulares, eventuais adquirentes de lotes.

4.2.3.3 Elemento subjetivo — É o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente de fazer ou veicular afirmação falsa sobre a legalidade de parcelamento do solo para fins urbanos, ou de ocultar fato relevante a seu respeito.

Quanto aos sujeitos e à pena, reportamo-nos às considerações anteriormente tecidas, nos comentários ao art. 50, I, destacando que, comumente, o sujeito ativo dos referidos delitos é o corretor de imóveis.

4.2.4 As qualificadoras previstas no art. 50

O par. ún. do art. 50 estabelece que o crime é qualificado se cometido:

"I – por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente."

A qualificadora somente terá incidência se ocorrer uma das condutas tipificadas nos incisos I a III do art. 50. Mas a doutrina tem criticado a redação adotada pelo legislador, que, ao criar a qualificadora em foco, acabou descrevendo outra conduta, compondo, na prática, outro tipo penal.[75]

O legislador considerou mais grave o comportamento do agente quando, além de praticar alguma das condutas previstas nos incisos I a III do art. 50, o agente vender ou manifestar a intenção de vender lotes, sem que haja o registro imobiliário.[76]

(75) Nesse sentido: Jorge Medeiros Silva. *Direito penal especial*, cit., p. 72-73. Toshio Mukai et alii. *Loteamentos e desmembramentos urbanos. Comentários à nova lei de parcelamento do solo urbano. Lei 6.766, de 20.12.79*, cit., p. 278, em nossa opinião, equivocadamente, sustentam que as formas qualificadas previstas no art. 50 da Lei 6.766/79 configuram crimes preterdolosos.

(76) "Para a caracterização do crime previsto no art. 50, par. ún., I, da Lei 6.766/79 é necessária somente a promessa de venda a preço certo e pago em parcelas, sem para tanto

Note-se que o art. 37 da Lei 6.766/79 proíbe a alienação de lotes antes do registro imobiliário do parcelamento.[77] Desta forma, mesmo que o loteamento esteja autorizado, mas não registrado, não poderá verificar-se a alienação de lotes. Nessa hipótese estaria configurado o delito do art. 50, II, com a qualificadora em foco.[78]

Incidindo como qualificadora, se for realizada a venda ou a promessa de venda de diversos lotes, não se configura mais de um delito. Com a primeira venda ou promessa de venda de lote aperfeiçoa-se o delito com a qualificadora do § 1.°, I, desde que se verifique uma das condutas tipificadas no art. 50. As demais são havidas como exaurimento, mas não dão lugar à incidência do crime continuado ou ao concurso de crimes.[79]

A intenção de vender deve ser manifestada expressa e concretamente, para que a qualificadora tenha lugar, não só por meio do contrato de compra e venda ou compromisso, mas em qualquer instrumento.

A outra qualificadora está estampada no inc. II do par. ún. do art. 50 e teve sua redação alterada pela Lei 9.785, de 29.01.1999. Verifica-se quando o crime for cometido:

"II – com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ressalvado o disposto no art. 18, §§ 4.° e 5.°, desta Lei, ou com omissão fraudulenta de fato a ele relativo, se o fato não constituir crime mais grave."

Título legítimo, referido no dispositivo em foco, é a "escritura pública definitiva, não sujeita a cláusulas resolutivas, como o pacto comissório. Inadmite-se, obviamente, escritura de promessa de compra e venda, de cessão de direitos hereditários ou possessórios, em face da insegurança inerente que trazem".[80]

Contudo, há ressalva expressa às hipóteses consignadas no art. 18, §§ 4.° e 5.°, nos quais há dispensa do título de propriedade para autorização do loteamen-

possuir o registro do loteamento, e mesmo a pretensão de regularizar o imóvel, após a venda, não descaracteriza o delito, eis que se trata de crime formal" (*RT* 742/595).

(77) "A Lei 6.766/79 dispõe, em seu art. 37, que é vedado vender parcela de loteamento ou desmembramento não registrado, constituindo o fato a infração prevista no art. 50, I e par. ún., do mesmo diploma" (*RT* 614/286). No julgado em foco considerou-se também configurada a qualificadora do inc. II do par. ún. do art. 50, pela inexistência de título legítimo de propriedade.

(78) José Jesus Gazetta Júnior. "Loteamento irregular e início da execução". *Boletim do IBCCrim* 20, set. 1994, afirma, a respeito, que diante da vedação do art. 37, quando os lotes são comercializados, independentemente da gleba permanecer indivisa, há configuração do delito.

(79) Nesse sentido: *RT* 743/610 e *RT* 637/243 e, na doutrina, Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano*, cit., p. 218.

(80) Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano*, cit., p. 220-221.

to e registro. Tal dispensa ocorrerá quando se tratar de parcelamento popular, "destinado às classes de menor renda, em imóvel declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso e imissão provisória na posse, desde que promovido pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, autorizadas por lei a implantar projetos de habitação".

A qualificadora alude, ainda, à omissão fraudulenta de fato relativo ao título de propriedade. É o que ocorre, *v.g.*, quando há omissão acerca da existência de ônus real sobre o imóvel, ações anulatórias de escritura em curso. Tal omissão poderá verificar-se não só em relação a eventuais adquirentes de lotes, como também em relação à municipalidade ou Distrito Federal, incumbidos de emitir a autorização para o parcelamento do solo urbano.

A norma é subsidiária, porque só incide se não se configurar delito mais grave, como o estelionato e a falsificação de documento público.[81]

Outra crítica apontada pela doutrina diz respeito à pena cominada quando incidir alguma das qualificadoras: é a mesma pena do crime simples.[82] Observa-se, porém, que, se incidirem as duas qualificadoras, a primeira servirá para qualificar o delito e a segunda influenciará a fixação da pena-base.

4.2.5 O delito tipificado no art. 52

O art. 52 da Lei 6.766/79 tipificou a seguinte conduta:

"Registrar loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes, registrar o compromisso de compra e venda, a cessão ou promessa de cessão de direitos, ou efetuar o registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado."

4.2.5.1 Sujeitos — O sujeito ativo é o oficial do Registro Imobiliário ou quem exerça, interinamente, suas funções. É crime próprio.

O sujeito passivo é o Estado.

4.2.5.2 Conduta — Há três figuras delituosas: registrar parcelamento não aprovado pelos órgãos competentes; registrar compromisso de compra e venda, cessão ou promessa de cessão de direitos de loteamento ou desmembramento não registrado e registrar contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado.[83]

(81) Nesse sentido, Diógenes Gasparini. *O município e o parcelamento do solo*, cit., p. 177.

(82) A jurisprudência tem decidido que, cominando o legislador igual pena ao tipo simples e ao qualificado, não é consentido ao julgador fixar a pena-base acima do mínimo legal em razão da existência da qualificadora (*RT* 637/243).

(83) Toshio Mukai et alii. *Loteamentos e desmembramentos urbanos. Comentários à nova lei de parcelamento do solo urbano. Lei 6.766, de 20.12.1979*, cit., p. 286, conside-

Para que seja efetuado o registro, o oficial deverá verificar a existência da autorização do Município ou Distrito Federal, bem como outras exigidas pelas normas da Lei 6.766/79 e de leis estaduais e municipais incidentes na espécie.[84]

Deve-se atentar para as modificações introduzidas pela Lei 9.785, de 29.01.1999, que dispensaram o título de propriedade quando se tratar de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, em imóvel declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso e imissão provisória na posse, desde que promovido pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, autorizadas por lei a implantar projetos de habitação.

Quando se tratar de parcelamentos vinculados a planos ou programas habitacionais de iniciativa dos Municípios e Distrito Federal, ou entidades autorizadas por lei, estabelece o art. 53-A, par. ún., que a documentação exigida será a mínima necessária e indispensável aos registros imobiliários.

Contudo, o tipo não abrange a conduta de *averbar*, nem a de efetuar novo registro de lote anteriormente vendido a outrem, com inadimplemento do contrato, sem exigir a prova da restituição do valor pago ou do depósito, na forma do art. 35 da Lei 6.766/79.

Igualmente, se houver decisão judicial indeferindo o registro, estando o parcelamento autorizado.

Não caracteriza o delito também a conduta do tabelião de lavrar a escritura de venda, promessa ou cessão de direitos de lote de parcelamento não aprovado, desde que não a registre.

4.2.5.3 Consumação — Consuma-se o delito com o registro do parcelamento não autorizado, do contrato de venda de parcelamento não registrado, ou do compromisso de compra e venda, cessão ou promessa de cessão de direitos de loteamento ou desmembramento não registrado. O crime é instantâneo.

Admissível a tentativa. O crime é plurissubsistente.

4.2.5.4 Elemento subjetivo — É o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente de registrar parcelamento não autorizado, ou contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado.

4.2.5.5 Pena — É de detenção de um a dois anos e multa de 5 a 50 vezes o maior salário mínimo vigente no país.

O legislador estabeleceu pequena margem entre o mínimo e o máximo da pena corporal, prejudicando a individualização da pena.

ram que na última modalidade está incluída a conduta de registrar contrato de venda de lote (de parte) componente de loteamento ou desmembramento não registrado.

(84) Nesse sentido: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano*, cit., p. 222-223.

5. Conclusão

A Lei 6.766/79 representou grande avanço, com relação à repressão às infrações relacionadas ao parcelamento do solo urbano, tendo em vista que a legislação anterior não possuía dispositivos penais específicos na matéria.

Entretanto, críticas várias têm sido tecidas à mencionada lei, não somente quanto aos aspectos penais, mas também com referência à sua complexidade, que acaba por produzir efeito inverso ao pretendido: as dificuldades e as normas são tantas que, normalmente, não são atendidas as exigências.

Em que pesem tais críticas, o referido diploma tem se revelado como importante mecanismo na defesa de outros bens, como o meio ambiente, especialmente em áreas de mananciais próximas ou integradas às zonas urbanas.

Bibliografia

AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano. *Direito do urbanismo – Uma visão sócio-jurídica.* Coord. Álvaro Pessoa. São Paulo: Ibam/SP, 1981.

ATHAYDES, Olmiro Gayer e ATHAYDES, Lisete A. Dantas Gayer. *Teoria e prática do parcelamento do solo.* São Paulo: Saraiva, 1984.

BUCCI, Mário Cesar. *Parcelamento do solo. Loteamento.* Campinas: Jurídica Mizuno, 1998.

CAMPELLO, Francisco de Assis de Araújo Barreto. "Regularização de loteamentos urbanos pelas Prefeituras Municipais". *Revista Jurídica da Universidade de Franca* 3-99/57-74.

CARVALHO, Erasto Villa-Verde de. *Parcelamento do solo. Condomínios.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

CASEIRO, Luciano. *Loteamentos clandestinos. Conseqüências penais.* São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1979.

CASTILLO, Jesús Bernal del. "Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos". *Revista de Derecho Penal y Criminologia,* 3/99, p. 11-32.

COSTA, Roberto de Oliveira e. "Aspectos penais da lei do parcelamento do solo urbano". *Justitia* 118/28.

COUTO, Sérgio A. Frazão do. *Manual teórico e prático do parcelamento urbano.* Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DELMANTO, Celso. *Infrações penais na incorporação, loteamento e corretagem de imóveis.* São Paulo: Saraiva, 1976.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FRANCO, Alberto Silva *et alii. Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial.* 6. ed. São Paulo: RT, 1997. vol. 2.

GASPARINI, Diógenes. *O município e o parcelamento do solo.* Cepam.

GAZETTA JÚNIOR, José Jesus. "Loteamento irregular e início da execução". *Boletim IBCCrim* 20, dez. 1994.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade.* São Paulo, 1996.

MARTINS, Maria Cristina da Silva Januzzi. "Breve comentário sobre a Lei 6.766/79". *Boletim IBCCrim* 36, dez. 1995.

MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil (história – teoria – prática).* São Paulo: Saraiva, 1988.

———. ALVES, Alaor Caffé e LOMAR, Paulo José Villela. *Loteamentos e desmembramentos urbanos. Comentários à nova Lei de Parcelamento do Solo Urbano, Lei n. 6.766, de 20.12.1979.* 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1980.

PAZZAGLINI FILHO, Mariano. *Da nova lei de parcelamento do solo urbano: lei federal n. 6.766 de 19.12.1979.* São Paulo: Emplasa, 1980.

RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano. Lei 6.766/79.* 5. ed. São Paulo: RT, 1998.

SANTOS, Ozéias J. *Parcelamento do solo urbano. Lei de Loteamentos. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, interpretada pelos tribunais.* 2. ed. São Paulo: Lawbook, 2000.

SILVA, Jorge Medeiros. *Direito penal especial.* São Paulo: RT, 1981.

VALLIN, João Rabello de Aguiar. *Direito imobiliário brasileiro.* São Paulo: RT.

VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários à Lei sobre Parcelamento do Solo Urbano.* São Paulo: Saraiva, 1980.

4. CRIMINOLOGIA

4.1

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SEMI-IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE PENAIS RESULTANTES DE TRANSTORNOS MENTAIS E DE COMPORTAMENTO

MARIA REGINA ROCHA RAMOS e CLÁUDIO COHEN

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A evolução histórica dos conceitos de imputabilidade, semi-imputabilidade, inimputabilidade e responsabilidade penais – 3. Os conceitos atuais de imputabilidade, semi-imputabilidade, inimputabilidade e responsabilidade penais – 4. A medida de segurança – 5. Comentários finais – Bibliografia.

Resumo: Por meio de revisão bibliográfica, os autores, inicialmente, discorrem sobre a evolução histórica dos conceitos de imputabilidade, semi-imputabilidade, inimputabilidade e responsabilidade penais, inclusive, exemplificando essa evolução pelas leis brasileiras. Finalmente, abordam, criticamente, os conceitos atuais de imputabilidade, semi-imputabilidade, inimputabilidade e responsabilidade penais. Em seguida, os autores definem medida de segurança, discutindo os pontos ainda polêmicos sobre esse instituto, decorrentes, principalmente, de incoerências conceituais básicas, concluindo pela necessidade de mudanças na lei penal brasileira, algumas das quais já em discussão.

Palavras-chave: Ato ilícito – Imputabilidade penal – Semi-imputabilidade penal – Inimputabilidade penal – Responsabilidade penal – Transtornos mentais e de comportamento.

1. Introdução

O entendimento dos conceitos de semi-imputabilidade e inimputabilidade penais pressupõe o entendimento prévio dos conceitos de imputabilidade e responsabilidade penais, bem como da evolução histórica desses conceitos, cuja transformação é significativamente influenciada pela evolução conceitual dos transtornos mentais e de comportamento. Outrossim, a forma de a humanidade lidar com os semi-imputáveis e inimputáveis, ao longo do tempo, também é de suma importância para a compreensão das implicações dos conceitos de semi-imputabilidade e inimputabilidade penais, a mais importante delas, sem dúvida, o instituto da medida de segurança. Este trabalho está dividido nos seguintes tópicos:

• A evolução histórica dos conceitos de imputabilidade, semi-imputabilidade, inimputabilidade e responsabilidade penais.

• Os conceitos atuais de imputabilidade, semi-imputabilidade, inimputabilidade e responsabilidade penais.

• A medida de segurança.

• Comentários finais.

2. A evolução histórica dos conceitos de imputabilidade, semi-imputabilidade, inimputabilidade e responsabilidade penais

A sobrevivência humana, viável apenas se grupal, dependeu desde sempre do estabelecimento de regras, cuja violação, por colocar em risco a existência do grupo, era objeto de reação. A princípio, tal reação não era codificada, ou seja, não estava escrita, e poderia ser um castigo físico, um exílio, uma prisão e até mesmo a morte, de acordo com as tradições próprias de cada sociedade. Em suma, a reação era meramente uma vingança. Posteriormente, viriam os códigos com finalidades punitivas e terapêuticas.[1]

A sociedade humana politicamente organizada, em virtude, necessariamente, de já ter adquirido capacidade de simbolização, encontra suas manifestações mais remotas no Extremo Oriente. No plano histórico, parece ser o Império Chinês o que apresenta a mais antiga etapa conhecida de organização estatal, sendo que encontramos a instituição do talião nas primitivas leis chinesas, todas equiparando delito a pecado, daí toda transgressão ser uma transgressão a um preceito divino, acarretando obrigatoriamente um castigo. Aproximadamente 23 séculos antes de Cristo, surgiu o Código de Hamurabi, na Babilônia, também adotando o instituto de talião e utilizando-se de orientação religiosa. Nesta mesma linha seguiriam os povos hebreus, em normas penais contidas no Antigo Testamento.[2]

A nossa civilização ocidental tem um berço greco-romano, e na Grécia Antiga a violação das normas, bem como as penas, também tinha caráter religioso. Porém, foi nessa civilização que surgiram os primórdios da separação dos conceitos de pecado e delito. Aristóteles não admitia o caráter divino da pena-vingança. Para Aristóteles, Deus regia o Universo, porém, não previa punição.[2] Platão foi um dos primeiros a apreender a noção da pena não como vingança e sim como prevenção de outros crimes. Concomitantemente, e também por meio das observações dos filósofos gregos, os transtornos mentais começaram a se desvincular da causalidade religiosa.[3]

Enquanto as cidades-estados da Grécia se digladiavam e pouco produziam em termos de leis escritas, surgiu o Direito Romano, cujas instituições jurídicas têm a influência sentida até os dias de hoje.[2] Aliás, a história da Psicopatologia Forense, ou seja, da aplicação dos princípios da Psiquiatria no Direito Penal,[4] remonta ao Direito Romano. A legislação romana já fazia a distinção entre premeditação, negligência e acidentalidade para a aplicação da pena, atribuindo grande importância ao elemento subjetivo na imputação do delito. O intervalo lúcido, à época, também já era levado em consideração, fazendo-se menção, igualmente, à insanidade, demência, sandice, estupidez e alienação.[2-5]

O advento da Idade Média não permitiu a continuidade do avanço humanista do Direito e muitas atrocidades foram cometidas pelo Estado e pela Igreja, esta última com a chamada Santa Inquisição.[5] A situação atingiu o auge à época do Estado Absolutista e ensejou a redação e a publicação de um livro, marcante para a História do Direito porque abriu caminho para uma escola penal bastante influente ainda nos dias que correm, qual seja, a Escola Clássica. Tal livro chama-se *Dos delitos e das penas,* foi publicado em 1764 e seu autor chama-se Cesare Bonessana, Marquês de Beccaria.[2] A Escola Clássica surgiu na segunda metade do século XVIII, num contexto de reação liberal-democrática ao Estado Absolutista. Surgiu com a ascensão da burguesia e com o desenvolvimento do capitalismo e partia dos seguintes princípios: livre-arbítrio, responsabilidade moral (compromisso com a lei), pena criminal retributiva e delito como pura entidade jurídica. Enfim, o centro da atenção era o ato criminoso e não o indivíduo criminoso.[6] Em virtude exatamente de estar centrada nestes princípios, a Escola Penal Clássica tornou o Direito mais justo, limitando a atuação dos juízes, que até então aplicavam sanções mais por inspiração pessoal e política do que por cumprimento de uma lei impessoal.

Ao final do século XIX, numa época em que a liberdade individual, tão preciosa para o Iluminismo do século XVIII, já necessitava de algum cerceamento, haja vista a possibilidade de crise no sistema capitalista, que já vinha sendo confrontado pelo marxismo, surgiu outra Escola Penal, qual seja, a Escola Positiva, que tinha os seguintes princípios: determinismo (crime determinado pela constituição biopsíquica e não uma questão de liberdade de escolha), responsabilidade social (ênfase na proteção da sociedade e não da lei), medida de segurança (no lugar da pena) baseada na periculosidade e não na culpa e delito como fenômeno natural, portanto, devendo ser estudado pelo método das ciências naturais. O foco, então, passou a ser o indivíduo criminoso.[6]

A Escola Positiva foi muito influenciada pela Teoria da Evolução de Darwin (o livro de Charles Darwin *A origem das espécies por seleção natural* veio à luz em 1859) e o criminoso, então, seria um típico representante das espécimes humanas menos evoluídas.[6] A Escola Positiva recebeu respaldo também da Psiquiatria, principalmente por intermédio das concepções de Morel, expostas no seu *Tratado das degenerescências*, publicado em 1857. As degenerescências seriam desvios, no sentido da degradação, de um tipo humano primitivo perfeito e tais degenerescências seriam transmitidas por meio da hereditariedade. A idéia das degenerescências era sustentada a partir de dois postulados: a crença na existência de uma relação imediata entre os fenômenos do espírito e as disposições do corpo e a crença na transmissão desses caracteres (tanto espirituais, quanto físicos) pelos genes, com a peculiaridade de tal transmissão ocorrer, no caso dos degenerados, no sentido de degradação desses caracteres ao longo das gerações. Entre os degenerados estavam todos aqueles indivíduos criminosos contumazes e perversos, incapazes de se comportar conforme os ditames da lei, sendo que essas características seriam herdadas pela descendência desses indivíduos e poderiam ser detectadas já à inspeção. Tais indivíduos, considerados inferiores, deveriam ficar sob

a custódia do Estado, a fim de proteger a sociedade. Eis aí a inspiração, científica na época, para as ainda existentes Casas de Custódia e Tratamento. Percebe-se aí o cunho de controle social que a biologização da criminalidade possuía.[7-9]

O médico italiano Cesare Lombroso escreveu o livro *Tratado antropológico-experimental do homem delinqüente*, que veio a público em 1876, e é considerado o criador da Escola Positiva, juntamente com Enrico Ferri, autor de *Sociologia criminal*, publicado em 1881, e Rafael Garofalo, que, em 1885, publicou o livro *Criminologia*. A Escola Positiva, fundamentada nas doutrinas constitucionalistas, é criação do mesmo autor da Antropologia Criminal – Cesare Lombroso –, que teve como um dos grandes seguidores o médico legista brasileiro Nina Rodrigues, pioneiro da Antropologia no Brasil, enfatizando o biodeterminismo e chegando mesmo a tentar relacionar certas características físicas com a psicopatologia criminal, acabou tendo um sucesso fugaz, enquanto influência única. Todavia, teve alguns méritos: propiciou a criação de uma ciência, qual seja, a Criminologia, lançou os conceitos de periculosidade e medida de segurança e abriu caminho para um tratamento penal individualizado.[6]

Atualmente, predominam as Escolas Penais Ecléticas, que procuram conciliar os princípios das Escolas Clássica e Positiva, o que resultou, por exemplo, na existência concomitante, dentro dos diplomas legais, da pena e da medida de segurança. O determinismo, antes centrado nos aspectos físico e psíquico, tornou-se mais abrangente e passou a valorizar, de forma equilibrada, tanto o aspecto social, quanto o físico e o psíquico.[6]

Na legislação penal brasileira, temos um exemplo de expressão jurídica da evolução acima descrita. Até o fim do domínio português, tínhamos como corpo de leis codificado as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Eram códigos rudimentares e primavam pela crueldade e pela arbitrariedade, em consonância inevitável com a época na qual existiram, durante a qual o poder, conforme até mesmo como explicitado pela lei, era concentrado nas mãos de pouquíssimos indivíduos.[2] Nas Ordenações Filipinas, entretanto, já está presente o tratamento jurídico específico para os chamados loucos, insensatos ou doentes, sobre os quais não se poderia imputar ato ilícito, uma vez que não poderiam obrar com dolo ou culpa.[10]

Em 16.12.1830, aproximadamente oito anos após a Independência do Brasil, foi publicado, como Lei do Estado, o Código Criminal do Império do Brasil. Cabe ressaltar que nesse período a Escola Penal Clássica ainda predominava, embora já existisse o embrião que mais tarde se transformaria na Escola Positiva. O Código Criminal do Império do Brasil já possuía preceitos que lidavam com as possíveis modificações psicopatológicas da imputabilidade e responsabilidade penais. No seu art. XII, preceituava: "os loucos, que tiverem commetido crimes, serão recolhidos às cazas para elles destinadas, ou entregues às suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente". O art. XII era uma resultante do § 2.º do art. X: "também não serão julgados criminozos: os loucos de todos os gêneros, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commeterem o crime". O Código Criminal do Império do Brasil não previa ainda a simples diminuição da impu-

tabilidade e responsabilidade penais. Então, ou havia plena ou nenhuma imputabilidade e responsabilidade penais. Conseqüentemente, o indivíduo ou era imputável ou era inimputável, não havendo meio-termo.[2]

O próximo Código Penal brasileiro, resultante do Projeto Batista Pereira, foi publicado em 11.10.1890, cerca de um ano após a proclamação da República Brasileira. À época, a Escola Positiva já estava bem definida e, portanto, com maiores possibilidades de influenciar os ordenamentos jurídicos. Tal fato, inclusive, já havia ocorrido fora do Brasil, mais especificamente, na Itália, em 1889.[2-10-11] No Brasil, entretanto, ainda não seria detectável a influência da Escola Positiva no Código Penal de 1890.

O Código Penal brasileiro de 1890, assim como o do Império, não previa ainda a mera diminuição da imputabilidade penal e, portanto, da responsabilidade penal. Sendo assim, permaneciam os dois extremos: ausência ou a presença de imputabilidade e responsabilidade penais. No seu art. 27, § 3.°, está registrado: "não são criminosos os que, por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação". Nesse mesmo artigo, porém no seu § 4.°, está registrado: "não são criminosos os que se achem em estado de completa perturbação de sentidos e de inteligência no acto de commeter o crime". No art. 29, temos a seguinte ordenação: "os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues as suas famílias, ou recolhidos a hospitais de alienados, si o seu estado mental assim exigir para a segurança do público".[2] Nota-se a inexistência da medida de segurança, criação da Escola Positiva, admitido-se somente a pena, de acordo com os ditames da Escola Clássica. Conseqüentemente, até essa época, as pessoas que tivessem cometido delitos quando acometidas de transtornos mentais e de comportamento não eram colocadas sob supervisão jurídica do Estado, sendo simplesmente entregues à família ou aos profissionais de saúde encarregados de cuidá-los. Enfim, em termos sintéticos, não havia diferença de tratamento entre o que tivesse praticado um ato tido como criminoso daquele tido como não criminoso. Ambos iam para os mesmos lugares: o lar ou o hospital de alienados.

O nosso próximo Código Penal seria o de 1940. Entretanto, em 1903, a influência da Escola Positiva começou a aparecer nas leis brasileiras. Naquele ano foi baixado o Dec. 1.132, de 22.12.1903, instituindo a obrigatoriedade de construção de manicômios judiciários em cada Estado, ou, na sua impossibilidade imediata, da circunscrição de pavilhões, destinados somente àqueles indivíduos que cometeram crimes em decorrência de transtornos mentais e de comportamento, nos hospícios públicos já existentes. A aprovação da legislação em apreço foi bastante influenciada por dois eminentes psiquiatras brasileiros: Teixeira Brandão e Juliano Moreira.[9]

Em consonância também com a Escola Positiva, já bastante difundida no mundo, no dia 21.04.1920, foi lançada aos fundos da Casa de Detenção do Distrito Federal (atual Estado do Rio de Janeiro) a pedra fundamental do primeiro manicômio judiciário brasileiro, inaugurado em 30.05.1921. A atitude governamental deveu-se à ocorrência de uma rebelião, em janeiro de 1920, no Hospício

Nacional, que tornou patente a incapacidade de oferecimento da apropriada contenção para os sujeitos perigosos ali abrigados em virtude de terem sido considerados inimputáveis. O Brasil, então, finalmente, seguiu o exemplo dos Estados Unidos e da Europa, que há muito tempo, mesmo antes do período de apogeu da Escola Positiva, já possuíam manicômios judiciários, sendo o primeiro do mundo construído na Inglaterra, em 1800. O psiquiatra Heitor Carrilho, que, à época da rebelião, era o responsável pela Seção Lombroso do Hospício Nacional, seção onde ficavam os pacientes considerados perigosos, foi o primeiro Diretor do Manicômio Judiciário do Rio de Janeiro.[8-9]

Outro decreto, também com forte influência positiva, é o Dec. 24.559, de 03.07.1934, que dispunha sobre a profilaxia mental, a assistência e a proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dava outras providências.[1] Diga-se de passagem, este último decreto, muito embora já destituído de amparo científico, foi utilizado, recentemente, como último recurso para a obtenção da interdição de um criminoso, vulgo "Chico Picadinho", que ficou famoso entre as décadas de 1960 e 1970, ao assassinar, com requintes de crueldade, duas mulheres, com o agravante de que o segundo assassinato ocorreu enquanto "Chico Picadinho" encontrava-se em livramento condicional.[10] Com a interdição e sem familiar capaz de exercer a curatela, "Chico Picadinho" ficou sob a custódia do diretor da Casa de Custódia de Taubaté e sem previsão de liberdade. A partir desse começo, a influência da Escola Positiva no Brasil só tenderia a aumentar e, então, com o advento do Código Penal de 1940, teríamos as influências tanto da Escola Clássica, quanto da Escola Positiva.

O início da transição entre os Códigos Penais de 1890 e 1940 ocorreu em 1927, com o anteprojeto Sá Pereira. Tal anteprojeto seria reformulado em 1931 pelo próprio Virgílio de Sá Pereira, desta feita em associação com Mário Bulhões Pedreira e Evaristo de Morais. Neste anteprojeto, que resultaria, com algumas modificações, no Código Penal brasileiro de 1940, está admitida a existência de uma diminuição da responsabilidade e imputabilidade penais. O anteprojeto de Sá Pereira sofreu vários percalços, principalmente em decorrência das turbulências políticas no Brasil e no mundo, cujo pano de fundo político foi o advento e a tentativa de globalização do nazifascismo. O golpe de estado de 1937 pôs fim ao anteprojeto. No Estado Novo, o Ministro da Justiça na época, Francisco Campos, determinou que Alcântara Machado redigisse outro anteprojeto. Finalmente, é desse anteprojeto que nasce o Código Penal de 1940, o primeiro Código Penal brasileiro a admitir a existência de um meio-termo entre a plena e a ausente imputabilidade e responsabilidade penais. Inaugurou-se, no Brasil, então, o instituto da medida de segurança. Porém, o sistema adotado foi o duplo binário, qual seja, a aplicação para o indivíduo com transtornos mentais e de comportamento tanto da pena, quanto da medida de segurança, sendo que a segunda sempre antecedia à primeira.[1-2] O Código Penal brasileiro de 1940 foi muito influenciado pelo Código Penal de Rocco, da Itália, datado de 1930.

Entrementes, a Psiquiatria a partir do século XVIII, com Pinel, começa a sistematizar uma classificação e, portanto, uma melhor discriminação dos

atualmente chamados transtornos mentais e de comportamento. O trabalho de Pinel seria continuado por grandes nomes da Psiquiatria, entre eles, Esquirol, Morel, Kraepelin, Bleuler e Kretschmer.[7] Esse trabalho de sistematização propiciou o gradativo abandono de termos genéricos como, por exemplo, loucos, deixando-se de lado, também, o raciocínio do tipo tudo ou nada, ou seja, ou o indivíduo era louco ou era não louco. Tal desenvolvimento da Psiquiatria certamente forneceu subsídios para uma mudança do tratamento penal, mudança essa que começa a aparecer, no Brasil, a partir do final do século XIX. Cabe, nesse ponto, esclarecer que o termo louco, embora descartado do Código Penal brasileiro a partir de 1890, infelizmente ainda permanece em nosso Código Civil, que remonta ao ano de 1916.

Aliás, a expressão "loucos de todos os gêneros", presente em nosso Código Civil, é alvo de críticas no meio médico desde pelo menos 1901, quando o médico legista Nina Rodrigues publicou um livro intitulado *O alienado no direito civil brasileiro*. Tal livro foi redigido num contexto de discussão, travada no Congresso e na sociedade, sobre a reformulação do Código Civil à época vigente. Nesse livro, Nina Rodrigues ponderava ser a expressão "loucos de todos os gêneros" muito abrangente para abrigar casos mais brandos, os quais ficariam indevidamente excluídos da interdição, citando como um dos exemplos o caso do jogador inveterado. O legislador, entretanto, não levou em consideração a contribuição de Nina Rodrigues.[8]

No Código Penal brasileiro, o sistema vicariante, ou seja, a aplicação da pena ou da medida de segurança aparece pela primeira vez na lei penal brasileira no Código Penal de 1969 (revogado) e no Código Penal Militar. A vicariância fora do meio militar somente apareceria com a modificação, ocorrida em 1984, da parte geral do Código de 1940 (Dec.-lei 2.848, de 07.12.1984).[2] Em nosso sistema vicariante, para os semi-imputáveis, aplica-se primeiramente a pena, reduzida de 1 a 2/3, que pode, a critério do juiz, e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, ser substituída por medida de segurança. No caso dos inimputáveis, não há pena e o indivíduo é absolvido e submetido a medida de segurança. Tanto para os semi-imputáveis quanto para os inimputáveis, a medida de segurança pode ser ambulatorial, em caso de crime punível com detenção, ou em regime de internação integral – a princípio –, em caso de crime punível com reclusão. A medida de segurança tem duração indeterminada, podendo, então, ser vitalícia.[19]

3. Os conceitos atuais de imputabilidade, semi-imputabilidade, inimputabilidade e responsabilidade penais

De acordo com o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, "imputabilidade é a qualidade do que é imputável". Quando restrito ao âmbito conceitual do Direito Penal, o referido dicionário define imputabilidade como a "possibilidade de se atribuir a autoria ou responsabilidade por fato criminoso a alguém, por circunstâncias lógicas ou por ausência de impossibilidades jurídicas". A responsa-

bilidade, por sua vez, é definida de três maneiras: "1. Obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros, 2. Caráter ou estado do que é responsável, 3. Jur. Dever jurídico resultante da violação de determinado direito, através da prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico". Especificamente, a responsabilidade penal tem as seguintes definições: "1. Situação de quem, tendo praticado crime ou contravenção, fica sujeito à aplicação de pena prevista em lei, 2. Possibilidade de alguém em razão da idade, saúde mental, e outros requisitos, poder responder por um crime".[13]

No *Dicionário da Língua Portuguesa Novo Aurélio, século XXI*,[14] imputabilidade é tida como sinônimo de responsabilidade, sendo definida responsabilidade como a "qualidade ou condição de responsável". Especificamente no aspecto jurídico, responsabilidade é a "capacidade de entendimento ético-jurídico e determinação volitiva adequada, que constitui pressuposto penal necessário da punibilidade". No sentido filosófico do termo, há dois significados para a palavra "responsabilidade", à qual se acrescenta o adjetivo "moral". Um dos significados é a "situação de um agente consciente em relação aos atos que ele pratica voluntariamente", enquanto o outro significado é a "obrigação de se reparar o mal que se fez aos outros".[14]

Por derivação das definições acima, semi-imputabilidade é a redução da imputabilidade, enquanto inimputabilidade é a ausência de imputabilidade. Compreendendo-se bem o conceito de imputabilidade, automaticamente compreendem-se os conceitos de semi-imputabilidade e inimputabilidade.

No que tange à definição do *Dicionário da Língua Portuguesa Novo Aurélio*, alguns esclarecimentos e ajustes são necessários, o que propiciará a necessidade de reflexão mais aprofundada sobre as definições almejadas, reflexão esta, aliás, bastante oportuna para o objetivo deste artigo. Então, sendo a responsabilidade a qualidade de quem é responsável, Leiria define os responsáveis como todos aqueles que, ao tempo da ação ou omissão, reúnem as condições necessárias de imputabilidade, isto é, aparecem como capazes de entender o caráter ilícito do fato, com o poder de autodeterminar-se diante dos motivos que lhes influenciam a vontade.[15] Sendo assim, responsabilidade não é sinônimo de imputabilidade.

Damásio E. de Jesus, citando Aníbal Bruno, define: "imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível". Damásio E. de Jesus ensina também que "imputabilidade não se confunde com a responsabilidade penal, que corresponde às conseqüências jurídicas oriundas da prática de uma infração".[16] Então, faz-se mister observar que o imputável pode ser culpável, enquanto o inimputável não pode ser culpável, apenas socialmente perigoso, ficando o semi-imputável, no atual Código Penal, na condição de culpável e socialmente perigoso. Prosseguindo no raciocínio, verifica-se que o culpável recebe uma pena, enquanto o socialmente perigoso recebe uma medida de segurança, estando o culpável e socialmente perigoso à mercê de uma pena ou de uma medida de segurança, sendo esta última aplicada somente se o culpável e socialmente perigoso necessitar de especial tratamento curativo. Exemplificando – a fim de melhor esclarecer a di-

ferença entre imputabilidade e responsabilidade penais –, um psiquiatra, ao fazer uma perícia psiquiátrica criminal no réu suspeito de ter apresentado transtorno mental e de comportamento à época do ato ou omissão em julgamento, está avaliando a capacidade de imputação, ou seja, se o réu é imputável, semi-imputável ou inimputável, e não a responsabilidade, tarefa que compete ao juiz de Direito.

José Leopoldo Ferreira Antunes[8] resume da seguinte maneira a questão, baseado no ensinamento, datado de 1929, do psiquiatra Rodrigues Doria: "imputabilidade seria um atributo do sujeito e portanto objeto de conhecimento médico, enquanto responsabilidade seria delegação da sociedade e portanto matéria para formulação jurídica".

Sendo assim, para ser culpável, um indivíduo deve primeiramente ser imputável. Então, sobre esse indivíduo culpado, será colocada uma responsabilidade, que será expressa em termos de pena. A conclusão, enfim, é de que capacidade de imputação, culpabilidade e responsabilidade são qualidades conferidas por terceiros a uma pessoa que cometeu um ato ilícito e não qualidades que a própria pessoa que cometeu o ato ilícito se confere. Resta à pessoa que cometeu o ato ilícito apenas a consciência da ilicitude do ato. Conseqüentemente, o que interessa, em termos jurídicos, é como a sociedade, representada pelos operadores da justiça, vê o ato ilícito e não como o próprio autor do ato ilícito vê o seu ato.[17]

Por outro lado, a responsabilidade requer, como condição imprescindível para a sua existência, a liberdade, pois somente se dispondo de liberdade pode-se exercer o livre-arbítrio, ou seja, sem opção de escolha, não é possível se falar em responsabilidade, muito embora seja indubitável que o livre-arbítrio é sempre limitado por determinismos internos e externos. Daí as Escolas Penais ecléticas terem se mostrado mais funcionais no lidar com a questão do crime, pois levam em consideração tanto o livre-arbítrio quanto o determinismo, o primeiro um dos pilares da Escola Clássica, o segundo um dos pilares da Escola Positiva.

Há três sistemas que fixam o pressuposto da responsabilidade penal, quais sejam: o biológico ou etiológico, o psicológico e o bio-psicológico. O sistema biológico considera que a imputabilidade penal estará sempre pelo menos diminuída caso o indivíduo apresente prejuízo na saúde mental, não importando a questão do nexo causal, ou seja, se há relação, inclusive temporal, entre os sintomas do adoecimento e o tipo de ilícito penal cometido. Por sua vez, o sistema psicológico não indaga sobre a presença ou ausência de prejuízo na saúde mental, querendo saber apenas se, à época do ilícito, o indivíduo tinha pelo menos diminuída as capacidades de entendimento e auto-determinação. Enfim, o sistema bio-psicológico reúne os dois sistemas comentados acima e, então, para este último sistema, a imputabilidade penal somente diminui ou é excluída se, no momento da ação, e em razão do prejuízo na saúde mental, o indivíduo tinha diminuída ou abolida as capacidades de entendimento e auto-determinação. O nosso Código Penal vigente optou por este último sistema.[17]

Em consonância com o sistema bio-psicológico, a capacidade de imputação exige um funcionamento adequado tanto da capacidade de entendimento, quanto da capacidade de autodeterminar-se quando da época do cometimento do ilícito

penal e tais capacidades são alteradas, de forma momentânea ou duradoura, pelos transtornos mentais e de comportamento relacionados na 10.ª Classificação Internacional de Doenças (CID 10). Dessa maneira, quando se avalia a capacidade de imputação de um indivíduo é sempre em relação a um determinado ato ilícito, buscando-se encontrar um nexo causal entre esse ato e o transtorno mental e/ou de comportamento apresentado pelo indivíduo em avaliação, quando da perpetração do ato ilícito. Portanto, a constatação de um transtorno mental e/ou de comportamento não implica necessariamente diminuição ou abolição da capacidade de imputação. Tem de haver sempre um nexo causal entre o transtorno e o ato ilícito. Igualmente, e contrariamente ao que determina o método biológico, é de suma importância enfatizar que não se devem formar conceitos prévios, baseados meramente em diagnósticos, sobre a capacidade de imputação de um indivíduo, uma vez que pessoas apresentando o mesmo diagnóstico podem diferir quanto à capacidade de imputação.

De acordo com o Código Penal brasileiro vigente, em seu art. 26, "é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".[19]

A doença mental a que se refere o supracitado Código, tendo em vista a existência obrigatória, mencionada no próprio artigo, de inteira incapacidade de entendimento ou auto-determinação, implica sempre a total impossibilidade de entendimento ou autodeterminação adequados em relação a uma determinada situação considerada ilícito penal. Podemos ter essas características em vários transtornos mentais e de comportamento, o que torna incorreta a listagem *a priori* dos transtornos classificáveis como doença mental nos termos do nosso Código Penal. A natural complexidade do diagnóstico psiquiátrico – pessoas com o mesmo diagnóstico podem apresentar diversos graus de comprometimentos mental e/ou comportamental –, associada à enorme evolução ocorrida nos tratamentos dos transtornos mentais e/ou de comportamento ao longo do século XX, principalmente a partir de 1950, tornou inviável, cientificamente, preconceituar, tendo por base meramente a figura abstrata de uma categoria diagnóstica, a maior ou menor imputabilidade e responsabilidade penais. Por sua vez, no par. ún. do art. 26 está registrado o seguinte: "a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".[19] Nas perturbações da saúde mental estão incluídos os indivíduos que possuem perda apenas parcial do entendimento e/ou da autodeterminação em relação a uma determinada situação. Igualmente, devemos evitar os preconceitos, conforme já mencionado em relação à figura jurídica da doença mental.

Por desenvolvimento mental incompleto está atingido o silvícola inadaptado, bem como os menores de 18 anos, que, de acordo com o art. 27 de nosso diploma penal, são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas

em legislação especial. O conceito de desenvolvimento mental incompleto, portanto, não implica psicopatologia, porém imaturidade e diferenças culturais sem caráter patológico.

Por desenvolvimento mental retardado está atingido o indivíduo que não alcançou um nível de inteligência dentro da média, estando abaixo da mesma. Tal déficit pode variar em intensidade e, portanto, levar a quaisquer uma das implicações legais em termos de responsabilidade e imputabilidade penais.

4. A medida de segurança

De acordo com Ivanira Pancheri, "a medida de segurança pode ser definida como privação de bens jurídicos imposta jurisdicionalmente pelo Estado com um fim reeducador ou curativo a pessoas socialmente perigosas em ocasião de cometimento de um ilícito penal. Objetiva a prevenção de futuras afrontas às normas penais, recuperando a dignidade humana, mas com repúdio à intervenção na personalidade e na moralidade do indivíduo".[18]

A definição acima é merecedora de pelo menos dois reparos. Primeiramente, não explicita que as pessoas perigosas, pela legislação vigente a partir de 1984, são apenas aquelas que apresentam algum transtorno mental e de comportamento. Finalmente, coloca a intervenção na personalidade e na moralidade do indivíduo como conduta objeto de repúdio, sendo que tal intervenção é obrigatória, caso se queira alcançar o fim reeducador ou curativo mencionado na própria definição.

A medida de segurança é fruto da Escola Positiva e, assim, teve iniciada a sua elaboração a partir do século XIX, porém desde a Antiguidade já havia rudimentos do que mais tarde viria a se consolidar como medida de segurança. Na verdade, a origem desse instituto é creditada ao imperador romano Marco Aurélio, que ordenou apenas custódia para um indivíduo que cometera parricídio em estado de insanidade mental. No século XVIII, o Direito Canônico considerava que os doentes mentais eram incapazes de delinqüir e todos eram enviados para asilos. Em 1800,[9] o rei Jorge III baixou o Criminal Lunatics Act a fim de manter em manicômio o sujeito que armara um atentado contra ele. Esta teria sido a origem do manicômio judiciário.

Na Itália, com o Código Zanardelli, promulgado em 1889, a medida de segurança, embora sem perfeita sistematização, pela primeira vez, incorpora-se à estrutura de um Código Penal. Em 1893, a medida de segurança apareceu no Código Penal suíço. Em 1896, foi a vez de Portugal. Todavia, foi no Código italiano de 1930 – Código de Rocco – que a medida de segurança foi consolidada. O Código de Rocco influenciou diversos estatutos repressivos, inclusive o Código Penal brasileiro de 1940. Hoje em dia, a medida de segurança está praticamente universalizada.[2-10]

O atual Código Penal brasileiro,[19] que é o de 1940 com a parte geral modificada em 1984, assim determina em seu título VI (das medidas de segurança):

"Art. 96. As medidas de segurança são:

I) internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II) sujeição a tratamento ambulatorial

Parágrafo único Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta.

Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Prazo, § 1.°. A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 a 3 anos.

Perícia médica, § 2.°. A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução

Desinternação ou liberação condicional, § 3.°. A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 01 ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade. § 4.°. Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Art. 98. Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 a 3 anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1.° a 4.°.

Direitos do internado

Art. 99. O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento."

A partir de 1984, com a modificação da parte geral do Código Penal brasileiro, a medida de segurança passou a ser aplicada somente para os semi e inimputáveis e não mais para os imputáveis.[19] Daí o conceito de periculosidade tornou-se aplicável somente àqueles indivíduos com diagnóstico psiquiátrico. Os demais não eram perigosos, apenas culpados. Entretanto, encontram-se entre os imputáveis pessoas de elevada periculosidade e que também requerem cuidados especiais, principalmente em prol da defesa social, muito embora sejam cuidados de outra ordem daqueles oferecidos aos semi e inimputáveis. Tal inexatidão conceitual é importante e acaba por trazer complicações a nível do sistema penitenciário.

No artigo "Duração das medidas de segurança", publicado na *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, em 1990, o jurista Luiz Flávio Gomes reprisa as diferenças conceituais entre penas e medidas de segurança:

1) a pena tem natureza retributivo-preventiva enquanto as medidas são só preventivas;

2) a pena se baseia na culpabilidade enquanto a medida na periculosidade;

3) a pena se aplica aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas não se aplicam aos imputáveis;

4) a pena é proporcional á infração; a proporcionalidade das medidas está na periculosidade;

5) a pena é fixa enquanto a medida é indeterminada;

6) a pena está voltada para o passado: crime – culpabilidade – retribuição enquanto as medidas miram para o futuro: cura/prevenção.[17]

Entretanto, as diferenças apontadas ficam esmaecidas após uma análise mais detida. Sendo assim, pela privação ou restrição de direitos que toda medida de segurança apresenta, ela acaba se tornando também retributiva e não apenas preventiva. O conceito de periculosidade, por outro lado, não serve como base apenas para a medida de segurança, sendo utilizado também para aqueles que cumprem pena, ao decidir-se, por exemplo, sobre a progressão de regime de pena privativa de liberdade. Tal confusão por certo resulta da tentativa de aplicação do conceito de periculosidade apenas aos semi e inimputáveis, que fere a lógica, haja vista o imputável também poder ser perigoso, ou seja, poder reincidir em ato considerado criminoso. Além do mais, não é somente a pena que está voltada para o passado, as medidas de segurança também estão voltadas para o passado, uma vez terem sido aplicadas após um ato delituoso.[14-18] Outro ponto gerador de controvérsia é a extinção da punibilidade, prevista no par. ún. do art. 96, que provoca desarmonia com o fato de as medidas de segurança serem indeterminadas. Exemplificando, se uma pessoa que recebeu medida de segurança conseguir manter-se foragida até a prescrição do crime, ela, apesar de inicialmente dever ficar reclusa por tempo indeterminado, em razão da periculosidade, subitamente, com a prescrição do crime, perde a periculosidade e pode circular à vontade. O art. 97, por sua vez, é dúbio no que tange ao uso do conceito de periculosidade ou de culpabilidade como critério para a aplicação de sanção aos semi e inimputáveis.[18-20] Sendo assim, embora tenha sido a periculosidade a motivadora da medida de segurança, é o tipo de ilícito penal cometido que definirá se a medida de segurança será ambulatorial ou em regime de internação integral, pelo menos a princípio. Tal observação sobre a possível transitoriedade da internação em regime integral justifica-se em virtude dos já existentes abrandamentos gradativos do regime de internação, ao longo do período de cumprimento da medida de segurança, como vem acontecendo, por exemplo, em São Paulo, no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico "Professor André Teixeira Lima", situado em Franco da Rocha.

Bastante em desacordo com o atual desenvolvimento científico é a estruturação da medida de segurança para os semi-imputáveis, na qual somente os semi-imputáveis que necessitem de especial tratamento curativo podem deixar de cumprir pena, sendo esta substituída por medida de segurança. Ora, não necessitariam

de especial tratamento curativo todos aqueles considerados semi-imputáveis? Quais motivos racionais justificariam de forma apropriada que uma parcela dos semi-imputáveis ficasse sem especial tratamento curativo? Por um acaso, estaria sendo a redução da pena encarada como uma forma de tratamento curativo, embora não especial? Além do mais, em terapêutica psiquiátrica, assim como em diversas outras áreas da Medicina, é mais apropriado o conceito de controle de enfermidade do que o de cura de enfermidade. Enfim, o art. 98 suscita muitas especulações, tendo em vista carecer de respaldo científico essa divisão entre semi-imputáveis necessitados e não necessitados de especial tratamento curativo.

Finalmente, a própria Lei de Execução Penal, de 11.07.1984, ainda em vigor, determina em seu art. 1.º: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". Portanto, a própria Lei de Execução Penal trata de eliminar as diferenças conceituais entre pena e medida de segurança. Aliás, a eliminação dessas diferenças já faz parte da sistematização jurídica de alguns países.[16-18]

5. Comentários finais

Atualmente (outubro de 2001), no Brasil, está sendo discutido um projeto de mudança no Código Penal brasileiro e no Código de Processo Penal brasileiro, sendo que uma das propostas visa à eliminação da indeterminação das medidas de segurança, haja vista alguns juristas considerarem esta característica como contrária à própria Carta Magna, uma vez que pode, em alguns casos, significar uma reclusão perpétua. Neste aspecto, entretanto, faz-se necessária uma cuidadosa análise do destino a ser reservado àqueles indivíduos que, de fato, permanecem perigosos mesmo após muitos anos de cumprimento de medida de segurança e/ou de pena. Sem dúvida, mudanças são necessárias, a fim de tornar a nossa lei penal mais condizente com a nossa realidade e menos contraditória em si mesma.

Bibliografia

1. VARGAS, Heber Soares. *Manual de psiquiatria forense*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.
2. PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
3. COHEN, Claudio e MARCOLINO, José Álvaro Marques. *Noções históricas e filosóficas do conceito de saúde mental*. In COHEN Claudio, FERRAZ, Flávio Carvalho e SEGRE, Marco (Organizadores). *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, 1996.
4. PACHECO E SILVA, Antônio Carlos. "Noções de Psychopathologia Forense: da imputabilidade criminal, da capacidade civil dos alienados". *Revista de Medicina* 46/481-493, vol. 11, São Paulo, 1.º trimestre de 1927.

5. MOURA, Luiz Antonio. "Imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade". In COHEN, Claudio, FERRAZ, Flávio Carvalho e SEGRE, Marco (Organizadores). *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, 1996.

6. DE MOLINA, Antonio Garcia-Pablos, GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

7. BERCHERIE, Paul. *Os fundamentos da clínica – História e estrutura do saber psiquiátrico*. Trad. por Vera Ribeiro da 2. ed. francesa, revista e publicada em 1985. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.

8. ANTUNES, José Leopoldo Ferreira. *Medicina, leis e moral: pensamento médico e comportamento no Brasil (1870-1930)*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

9. CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura – O aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EDUERJ/EDUSP, 1996.

10. D'URSO, Luiz Flávio Borges. "Medidas de segurança no direito comparado". *RBCCrim* 3/113-118, vol. 1, São Paulo, jul.-set. 1993.

11. COHEN, Claudio. "Medida de segurança". In COHEN, Claudio, FERRAZ, Flávio Carvalho e SEGRE, Marco (Organizadores). *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, 1996.

12. TEIXEIRA, Francisco Dias. "Medida de segurança: interdição ou prisão civil?" *Boletim dos Procuradores da República* 8/7-9, vol. 1, São Paulo, dez. 1998.

13. HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

14. DE HOLANDA, Aurélio Buarque. *Novo Aurélio Século XXI: O Dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed., totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

15. LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Fundamentos da responsabilidade penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

16. JESUS Damásio E. de. *Direito penal – Parte Geral*. 24. ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 1

17. CHALUB, Miguel. *Introdução à psicopatologia forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

18. PANCHERI, Ivanira. "Medidas de segurança". *RBCCrim* 20/105-112, São Paulo, vol. 5, out.-dez. 1997.

19. BRASIL. *Código Penal do Brasil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

20. GOMES, Luiz Flávio. "Duração das medidas de segurança". *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo* 5/15-24, jan.-mar. 1990.

5. POLÍCIA E DIREITO

5.1

VIOLÊNCIA, POLÍCIA E DIREITOS HUMANOS

BENONI BELLI

Resumo: A complexidade da tarefa de criar uma sociabilidade menos violenta e reduzir os índices de criminalidade não se presta as soluções unidimensionais. Polícia é parte essencial da busca de soluções, mas não constitui a panacéia em que alguns querem crer. A reforma da polícia e das outras instituições do sistema de justiça penal pode melhorar a eficiência da repressão, mas para ser efetiva no longo prazo deve ser acompanhada da desconcentração dos capitais político, econômico, social e cultural. A luta pelos direitos humanos pode converter-se em catalisador das mudanças necessárias, as quais devem levar, por sua vez, à alteração da estrutura de poder e à superação da atual tendência de privatização da responsabilidade pela situação humana que está na base da criminologia conservadora e de programas do tipo "tolerância zero".

Palavras-chave: Violência – Criminalidade – Segurança Pública – Polícia – Direitos humanos.

A preocupação com a violência criminal faz parte hoje da agenda de prioridades dos principais dirigentes nos mais diversos países. O medo tem-se generalizado e, mesmo em sociedades com índices de criminalidade relativamente baixos, o discurso da lei e da ordem encontra grande ressonância. Talvez associada à própria configuração das sociedades contemporâneas, definidas por alguns como "sociedades de risco", a sensação de insegurança se integrou na psique coletiva a ponto de a violência ser encarada como um espectro que, em tempos de globalização, parece assombrar o mundo inteiro. Além disso, a sensação de insegurança se democratizou de forma inaudita, afligindo não apenas as classes privilegiadas, mas também os que se encontram na base da pirâmide social. Independentemente das curvas estatísticas e dos dados empíricos sobre criminalidade, vive-se preso à expectativa de crescimento descontrolado da violência e dos riscos que a acompanham. Nos EUA, por exemplo, os índices de criminalidade têm baixado de forma consistente na última década sem que as políticas de segurança pública tenham perdido o "fascínio" que exercem junto ao público, à mídia e às autoridades governamentais.

Jean-Claude Chesnais, em seu livro clássico sobre a história da violência, já alertava para o caráter alarmista e catastrofista do discurso contemporâneo sobre a violência. Do ponto de vista da comparação histórica, acredita Chesnais, atingimos um momento em que nossa violência nada possui de comparável à violência

sanguinolenta das épocas antiga, feudal ou clássica. A definição elástica de violência contribuiria para a sensação de insegurança. Nesse diapasão, considerar como violência qualquer episódio de tensão ou incidentes banais levaria a pensar que o fenômeno estaria se agravando de forma inelutável. Por essa razão, Chesnais propõe a seguinte definição: "A violência em sentido estrito, a única violência mensurável e incontestável é a violência *física*. É o atentado direto, corporal, contra as pessoas; ela se reveste de um triplo caráter: brutal, exterior e doloroso. O que a define é o uso material da força (...). Dito de outro modo, a característica principal da violência é a gravidade do risco que ela faz a vítima correr. São a vida, a saúde, a integridade corporal ou a liberdade individual que estão em jogo".[1]

Definições à parte, o fato é que o tema da criminalidade é uma constante nas conversas diárias e tornou-se tema central das campanhas eleitorais. A preocupação crescente com a violência criminal e o clamor popular por mais segurança é fenômeno que nenhum político pode se dar ao luxo de ignorar. Além disso, essa preocupação influencia o trabalho dos estudiosos ou "técnicos" da segurança, para os quais se voltam as demandas de mais proteção. Ainda que o tema não seja mais uma propriedade exclusiva de especialistas, são eles que têm a função de propor as reformas e as adaptações necessárias para fazer face à "nova ameaça". Afinal, as opiniões dos especialistas em segurança são vistas como dotadas, em princípio, de maior peso e consistência. A busca de uma legitimação científica no desenho de políticas de segurança pública parece ser uma das condições para a "descoberta" de soluções duradouras para a insegurança. A "cientificidade" deve ser acompanhada, ademais, de uma eficácia simbólica, ou seja, precisa corresponder às expectativas e experiências amplamente disseminadas, que, na atualidade, tendem a remeter tanto a ocorrência de crimes quanto o clima mais geral de insegurança prioritariamente à responsabilidade individual – por oposição às causas sociais.

Não por acaso o tema da segurança pública foi o principal ponto de discussão na recente campanha presidencial na França, que, apesar de problemas localizados, ostenta índices de criminalidade relativamente baixos. As campanhas eleitorais no Brasil também prometem reservar espaço privilegiado para a questão da segurança. A diferença em relação à França, porém, é que a insegurança brasileira é mais palpável e possui contornos mais dramáticos, potencializando o impacto de qualquer discurso eleitoral sobre o assunto. O que há de comum entre a França e outros países desenvolvidos e o Brasil não é somente a preocupação com a segurança, mas a coincidência crescente de visões de como atacar o problema. Constata-se uma progressiva aproximação dos discursos da direita e da esquerda, que passam a privilegiar o controle social como estratégia privilegiada de combate à criminalidade. O discurso pretensamente neutro da ciência

(1) Jean-Claude Chesnais. *Histoire de la violence*. Paris: Editions Robert Laffont, 1981. p. 12.

ou de uma pseudociência é resgatado para legitimar "novas" políticas de segurança pública.

No Brasil, a suposta cientificidade garantida pelos especialistas em segurança tende a corresponder a pressupostos que já fazem parte do universo do senso comum, compondo uma *doxa* que orienta a ação e tende a reproduzir as relações sociais hierárquicas que prevalecem desde tempos imemoriais. Em uma sociedade de consumidores, em que o individualismo é elevado à enésima potência e as diferenças sociais são naturalizadas, como se fossem produto apenas de escolhas individuais, não sobra espaço para pôr em questão as relações sociais autoritárias que estão na raiz de nossa sociabilidade nada cordial. Daí a tendência também entre nós de buscar, como diria o sociólogo alemão Ulrich Beck, "soluções biográficas para contradições sistêmicas".[2] Dessa forma, condenam-se indivíduos, tidos como bárbaros e pervertidos, e absolve-se subliminarmente a estrutura social que fornece o terreno fértil para a barbárie. Ressalta-se o indivíduo e perde-se de vista a sociedade, como se fosse possível compreender o comportamento individual fora do contexto social.

A busca frenética de soluções rápidas e mágicas é a marca de nosso desespero, sobretudo à luz de crimes de alta repercussão que afetam a própria autoestima nacional. Como o Brasil permite que crimes inomináveis continuem a ocorrer? A indignação – totalmente justificada – repercute com mais força quando personalidades públicas são vítimas de crimes graves. A elite percebe, então, que também ela, e não apenas os mais pobres, pode sofrer as conseqüências do descalabro na segurança das grandes cidades. O mais assustador, contudo, não é a busca totalmente compreensível de respostas e de medidas urgentes para superar a situação, mas a virtual omissão, no cardápio de soluções oferecidas, do reconhecimento de que é necessária uma transformação social profunda que leve à desconcentração do poder em todas as esferas (política, econômica, cultural etc.). Trata-se de uma omissão nem sempre intencional, mas cujas conseqüências não são nada desprezíveis.

Certamente a segurança pública carece de reformas institucionais urgentes: unificação das polícias, melhor treinamento e condições de trabalho para agentes e policiais (incluindo salários dignos e reformulação dos códigos disciplinares das polícias militares), modernização do equipamento, gerenciamento adequado de dados criminais e planejamento estratégico, ênfase na investigação e na inteligência, policiamento preventivo, aperfeiçoamento do controle interno e externo. Seria fundamental, além disso, combater a impunidade em todos os níveis, não apenas no nível do ladrão de galinhas, mas também no dos crimes de colarinho branco. O fortalecimento do Ministério Público, com a função de conduzir a fase inicial da apuração de crimes, ao lado da modernização do Poder Judiciário, ambos submetidos ao controle externo, seriam passos igualmente importantes. Todas

(2) Ulrich Beck. *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: Sage Publications, 1998. p. 137.

essas mudanças, e muitas outras em discussão, são válidas e inadiáveis. São também insuficientes.

A concepção de mundo que se tornou hegemônica, inclusive em parte da esquerda, tende a desqualificar os que alertam para as causas sociais, para o efeito perverso da extrema desigualdade e da falta de oportunidades em uma sociedade em que o apelo ao consumo e à fruição hedonista e predatória dos bens materiais se tornou uma espécie de mantra. Os novos técnicos da segurança pública dizem que esse discurso é demasiado abstrato, não fornece respostas para o dia-a-dia dos crimes e, em última instância, serve de desculpa para não reprimir os criminosos. É óbvio que o crime deve ser reprimido, mas eficiência no combate à criminalidade e respeito aos direitos humanos (para quem ainda se preocupa com esses direitos) não serão combinados com uma simples canetada, ou por meio tão-somente de programas de segurança pública bem-intencionados. Aliás, muitos tentaram reformas ambiciosas do sistema de justiça criminal, mas foram poucos os que conseguiram produzir mudanças significativas.

Não resta dúvida de que as reformas institucionais podem facilitar a superação da insegurança real e percebida, mas dificilmente serão sustentáveis no longo prazo na ausência de um esforço sério e persistente em múltiplas frentes, inclusive no que tange à eliminação da exclusão e da desigualdade social extrema. Isso porque, além das frustrações geradas pela desigualdade abissal brasileira em uma sociedade de consumo, as relações sociais hierárquicas contribuem para classificar de antemão os alvos preferenciais da vigilância, fazendo com que os agentes do Estado sejam vistos com desconfiança, desprezo ou temor por aqueles considerados "perigosos" (que são via de regra os que trazem no corpo as marcas da exclusão). As reformas indispensáveis devem ser mais do que uma decisão de cima para baixo, precisam ser efetuadas com a participação da maioria, cuja organização ativa será fundamental para democratizar o poder no cotidiano de seus contatos com o Estado e com os "incluídos".

Esse esforço de democratização passaria pela reversão do que Zygmunt Bauman qualificou de privatização da responsabilidade pela situação humana, quando o auto-engrandecimento toma o lugar do aperfeiçoamento socialmente patrocinado e a auto-afirmação substitui a responsabilidade coletiva pela exclusão de classe. Os "excluídos do jogo", como ressalta o autor, são os consumidores falhos, aqueles cujos meios não estão à altura de seus desejos de consumo. São esses que encarnam "os demônios interiores" da sociedade de consumo, sendo seu isolamento em guetos e sua incriminação uma forma de exorcismo. Os excluídos são considerados culpados pelo seu malogro e passam a constituir uma ameaça àqueles que estão devidamente inseridos na sociedade de consumo, daí a obsessão com a lei e a ordem que se abate sobre os setores considerados bem-sucedidos. De acordo com Bauman: "Dada a natureza do jogo agora disputado, as agruras e tormentos dos que dele são excluídos, outrora encarados como um malogro *coletivamente* causado e que precisava ser tratado com *meios coletivos*, só podem ser redefinidos como um *crime individual*. As 'classes perigosas' são assim redefinidas como *classes de criminosos*. E, desse modo, as pri-

sões agora, completa e verdadeiramente, fazem as vezes das definhantes instituições do bem-estar".[3]

Mesmo correndo o risco de nadar contra a corrente, vale a pena recordar que a democratização do acesso aos capitais político, social, econômico e cultural é condição para que as reformas propostas não funcionem somente para uns poucos, mantendo a co-existência de uma cidadania real e uma de segunda classe. Não é preciso alcançar uma sociedade perfeita para que esse objetivo comece a ser realizado, basta que se avance progressivamente nesse sentido. Para tanto, o primeiro passo é romper com a visão de mundo que, ao desqualificar o discurso das mudanças estruturais como utopia irrealista – desprovido que estaria de senso prático, tende a transformar-se numa profecia autocumprida. E o segundo é ressaltar a responsabilidade coletiva pela exclusão de classe e pela produção da violência. Talvez com esses passos seja possível não apenas começar uma reforma para valer dos aparelhos repressivos e de controle social, mas também ensejar ações mais efetivas e integradas do Estado nas áreas de saúde, emprego, renda, lazer, cultura e educação. Em outras palavras, trata-se de colocar em marcha uma dinâmica social de combate à exclusão em todas as esferas da atividade humana, de modo a conferir à democracia um substrato concreto.

No momento em que se buscam soluções duradouras para os problemas de segurança pública que afligem as grandes cidades brasileiras, deve-se ter em mente que, apesar de sua aura de cientificidade ou do acesso privilegiado à mídia, certos discursos indignados de técnicos e políticos não podem ser tomados por seu valor de face. Não raro a retórica beira o histriônico e lança mão das armas tradicionais do populismo eleitoreiro, do "prendo e arrebento" sem meias palavras, às mensagens de conteúdo semelhante travestidas de roupagens um pouco mais sutis. Tem razão Luiz Eduardo Soares, que, em artigo recente na *Veja,* alerta para as explicações reducionistas em voga que procuram identificar uma causa específica para a violência urbana. As campeãs seriam "falta de polícia na rua", "pobreza", "desigualdade", "falta de vontade política". A seu ver, há uma diversidade de práticas criminosas associadas a dinâmicas sociais muito diferentes, por isso não é possível identificar causa única para o universo heterogêneo da criminalidade.

A quem defende "mais polícia" é necessário perguntar: que polícia? A eficiência que se espera do policial depende de um planejamento adequado e diagnósticos precisos que somente uma reforma profunda será capaz de produzir. Aos que ressaltam a "pobreza", deve-se lembrar que as regiões mais pobres não são necessariamente as mais violentas. Na verdade, a explosão da violência é mais evidente nas grandes cidades, nos aglomerados urbanos. Essa seria uma evidência de que a "desigualdade" seria a "verdadeira e única causa" dos males, mas se sabe que sociedades mais desiguais que a brasileira possuem índices de criminalidade freqüentemente inferiores. A explicação da falta de vontade política, por sua vez,

(3) Zygmunt Bauman. *O mal-estar da pós-modernidade.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 57.

é conveniente para quem espera uma solução "carismática", que seria fornecida pela capacidade extraordinária de um líder político, mas é pouco efetiva além do campo da retórica. Por essa razão a vontade política e fatores como desigualdade, pobreza e práticas policiais precisam ser vistos no contexto urbano da sociedade de consumo, da destruição dos laços comunitários pelo tráfico de drogas, da ausência de canais institucionais para solução de conflitos, da socialização em uma cultura que valoriza determinados objetos de consumo como símbolo de distinção social e poder, e da reprodução cotidiana de relações sociais autoritárias entre os agentes do Estado e a população-alvo da vigilância.

As conversas sobre violência e crime são invariavelmente pontilhadas de receitas para pôr fim à insegurança e garantir a paz social. De um modo geral, pode-se dizer que a antiga fé na reabilitação, que caracterizou a criminologia e os debates sobre violência nas décadas de 60 e 70, vem sendo suplantada em quase todos quadrantes por uma volúpia punitiva ancorada na idéia da degeneração moral irremediável do criminoso. Expressão dessa tendência é a popularidade da chamada "tolerância zero", apelido dado ao programa implantado pelo Prefeito Rudolph Giuliani em Nova York.[4] Na verdade, no mesmo período em que Nova York registrou quedas acentuadas dos índices de criminalidade, outras cidades nos EUA tiveram reduções assemelhadas sem que a tolerância zero tivesse sido aplicada. Na prática, a tolerância zero representa jogar nas malhas da justiça criminosos leves, uma vez que se pressupõe que as infrações pequenas que afetam a "qualidade de vida" constituem a ponta do iceberg. Assim, a lógica absurda constitui em julgar os criminosos leves hoje com base na suposição de que cometerão crimes graves no futuro.

Não é preciso ser um gênio para constatar que a popularidade da tolerância zero se afirma paralelamente ao processo de desmonte do Estado de bem-estar social na maioria dos países desenvolvidos. Dessa forma, à atrofia do Estado de bem-estar se soma a hipertrofia do Estado penal, para usar uma expressão de Loïc Wacquant.[5] O discurso que enfatiza o lado repressivo e perde de vista as causas sociais da violência tende a reproduzir, ainda que inconscientemente, a estrutura social vigente. Nesse contexto, os indivíduos são sempre os senhores de seus destinos, seres que escolhem livremente seu próprio caminho e são os únicos responsáveis pelo seu sucesso ou fracasso. É grande a tentação de voltar o olhar para a árvore e deixar de ver o bosque, pois há pessoas que "lutaram e se deram bem" ou indivíduos que, apesar de humilhados e excluídos, conseguiram "dar a volta por cima". Convencer-se de que esses exemplos são representativos e refletem a realidade do mundo é a melhor forma de lavar as mãos, atribuindo o fracasso dos outros unicamente a seus atributos pessoais inatos (preguiça, imoralidade, falta de força de vontade etc.).

(4) Benoni Belli. "Polícia, tolerância zero e exclusão social". *Novos Estudos Cebrap.* (58): 157-171, nov. 2000.

(5) Loïc Wacquant. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. *Passim.*

Qual a conseqüência da importação das idéias provenientes dos EUA sobre gestão da criminalidade e tolerância zero? Vários políticos brasileiros vão em romaria a Nova York para conhecer os resultados alcançados no combate à criminalidade e voltam ao Brasil carregando uma bagagem cheia de idéias "revolucionárias". Esse processo lembra fenômeno objeto de ensaio famoso de Roberto Schwarz. No século XIX, as elites brasileiras – aristocratas e latifundiárias – posavam de liberais enquanto mantinham a escravidão em terras tupiniquins. Como assinala Schwarz: "É claro que a liberdade do trabalho, a igualdade perante a lei e, de modo geral, o universalismo eram ideologia na Europa também; mas lá correspondiam às aparências, encobrindo o essencial – a exploração do trabalho. Entre nós, as mesmas idéias seriam falsas num sentido diverso, por assim dizer, original. A Declaração dos Direitos do Homem, por exemplo, transcrita em parte na Constituição brasileira de 1824, não só não escondia nada, como tornava mais abjeto o instituto da escravidão".[6]

A ideologia individualista que sustenta a criminologia conservadora e que pressupõe indivíduos que decidem por conta própria enveredar pelos caminhos do desvio e da criminalidade esconde o essencial na Europa e nos EUA, ou seja, a marginalização de minorias e imigrantes e a exclusão sistemática dos problemáticos (mães solteiras de baixa renda, usuários de drogas, sem-teto, pobres portadores de deficiência mental etc.). De qualquer forma, o que sobrou do Estado de bem-estar, aliado ao crescimento econômico (com maior disponibilidade de empregos, ainda que flexíveis e precários) e às atividades de organizações privadas, fundações, igrejas e entidades filantrópicas garante uma rede de proteção mínima. No caso do Brasil e de outros países em desenvolvimento, a ausência dessa rede de proteção para a maioria absoluta da população garante à nova ideologia criminal uma falsidade de tipo original, contribuindo na prática para identificar os excluídos não apenas como alvo preferencial da vigilância (classes perigosas), mas também como classes naturalmente criminosas. Diferentemente das elites brasileiras do século XIX, no entanto, as nossas elites do século XXI têm conseguido utilizar a ideologia importada para encobrir o essencial, conferindo um aspecto "moderno" a práticas antigas. Nesse caso, as idéias não estariam fora do lugar; ao contrário, não poderiam ter encontrado *habitat* mais acolhedor.

Um dos principais subprodutos da privatização da responsabilidade pela situação humana é a sanha contra os ativistas de direitos humanos, qualificados pejorativamente em certos círculos de "defensores de bandidos". Os direitos humanos são por definição universais e, portanto, não devem ser aplicados de forma seletiva. Como a tendência atual consiste na "desumanização" dos criminosos e, em alguns casos, dos suspeitos, retiram-se na prática esses indivíduos da comunidade de direitos. Os mais radicais passam então a defender a eliminação física como instrumento legítimo de combate à criminalidade. Até mesmo autoridades

(6) Roberto Schwarz. "As idéias fora do lugar". In:———. *Ao vencedor as batatas.* São Paulo: Editora 34, 2000. p. 12.

constituídas e eleitas chegam ao limiar da insanidade quando demonstram pouca ou nenhuma consideração com o número de mortos pela polícia, desde que o objetivo da segurança seja alcançado. O caráter falacioso desse discurso reside na incompatibilidade entre desrespeito aos direitos humanos e eficiência na repressão ao crime. A população não quer a substituição do terror do tráfico pelo terror da polícia, mas instituições de segurança pública que promovam a cidadania.

A condenação moral é evidente quando se denuncia o crime como uma doença. O criminoso, por seu turno, é na maioria das vezes equiparado, no senso comum, à expressão acabada de uma patologia social. Nesse sentido, não haveria outro remédio para salvar a sociedade da destruição e da decadência moral senão a destruição pura e simples dessas ameaças, ou seja, a cura para a enfermidade do crime é a erradicação do mal pela raiz: a eliminação do criminoso, visto como a fonte irradiadora de atos de destruição da harmonia social. As categorias sociais identificadas como potenciais criminosos – geralmente pobres, negros e favelados – são, assim, excluídas da "comunidade moral", seus integrantes são na prática "desumanizados". Nancy Cardia identificou esse tipo de sentimento entre os defensores da pena de morte: "O ato criminal retiraria do criminoso seus direitos e o colocaria fora da comunidade moral: os presos representam uma ameaça tão profunda que faz com que sejam excluídos do mundo dos humanos. No limite da exclusão nega-se aos excluídos o direito à vida".[7]

A caracterização do crime e do criminoso que integra o senso comum e que dá suporte à violência policial e às soluções "finais" justifica as atrocidades contra os criminosos, reais ou vistos como potenciais, pela suposta necessidade de retribuir na mesma moeda o mal causado. A violência policial apareceria assim como o melhor agente da consciência coletiva, visto que o sistema judicial normal mostra-se incapaz de dar a resposta reclamada pela população. Caberia aos agentes do Estado exercer uma vigilância constante para que a sociedade não degenere e entre em colapso. Trata-se de uma concepção que tende a ver os direitos individuais como um estorvo. A nova "ciência" criminal pretensamente neutra reforça essa concepção, mas com as roupagens modernas da tolerância zero, que se vale do arsenal dos métodos de gestão empresarial e avaliação da eficiência para levar a cabo a tarefa de identificar, vigiar e excluir a população considerada perigosa e criminosa.

A pretensa "cruzada" contra os que defendem os direitos humanos geralmente perde de vista que esses direitos são para todos, inclusive para o cidadão comum que tem o direito sagrado à vida e à integridade pessoal. A luta pelos direitos humanos em todas suas dimensões pode e deve se tornar instrumento de mobilização pelas mudanças sociais necessárias. É na luta pelos direitos humanos – e não apenas os civis e os políticos, mas também os econômicos, sociais e culturais – que talvez resida a potencialidade de superar a distância entre as promes-

(7) Nancy Cardia. "Direitos humanos e exclusão moral". *Sociedade e Estado*, X(2): 343-389, jul.-dez. 1995. p. 371.

sas da democracia e a realidade das ruas. Para parafrasear o filósofo esloveno Slavoj Zizek, o discurso que ataca os direitos humanos em nome da segurança constitui "a forma da aparência de seu contrário",[8] uma vez que é na mobilização pela realização de todos os direitos humanos que parece residir o caminho que levará a soluções de longo prazo para os diversos fatores que incidem sobre o fenômeno multifacetado da criminalidade.

Em suma, a complexidade da tarefa de criar as condições para o surgimento de uma sociabilidade menos violenta desqualifica as soluções unidimensionais. Por isso, não se deve ouvir apenas a polícia. É preciso conversar também com sociólogos, educadores, economistas, advogados e representantes dos vários segmentos da sociedade. Polícia é parte essencial da busca de soluções, mas não constitui a panacéia em que alguns querem crer. A reforma da polícia e das outras instituições do sistema de justiça penal pode gerar um alívio e melhorar a eficiência da repressão, mas deve ser acompanhada de ações integradas nos vários campos acima mencionados. Para perseguir esse objetivo, a luta por todos os direitos humanos pode ser um catalisador das reformas necessárias, as quais devem levar, por sua vez, à alteração da estrutura de poder. As reformas somente serão efetivas se ensejarem o controle democrático das ações empreendidas pelo Estado. A ênfase na repressão tradicional, ainda que sob a forma de programas "modernos", representa mais do mesmo e talvez constitua maneira confortável de deixar as estruturas de poder intocadas e reproduzir a exclusão.

Bibliografia

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

———. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: Sage Publications, 1998.

BELLI, Benoni. "Monopólio da violência e pacificação no Brasil: reflexões sobre a violência policial". *Cidadania e justiça*. 4 (8): 235-250, 1.º semestre de 2000.

———. "Polícia, tolerância zero e exclusão social". *Novos Estudos Cebrap*. (58): 157-171, nov. 2000.

BONELLI, Laurent e SAINATI, Gilles. *La Machine à Punir: Pratiques et Discours Sécuritaires*. Paris: L'Esprit Frappeur, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *Contre-feux: Propos pour servir à la résistence contre l'invasion néo-libérale*. Paris: Raison d'Agir, 1998.

BOURDIEU, Pierre (Org.). *La Misère du Monde*. Paris: Seuil, 1993.

CARDIA, Nancy. "Direitos humanos e exclusão moral". *Sociedade e Estado*. X(2): 343-389, jul.-dez. 1995.

CHESNAIS, Jean-Claude. *Histoire de la violence*. Paris: Editions Robert Laffont, 1981.

[8] Slavoj Zizek. "Direitos humanos e ética perversa". *Folha de S. Paulo*, Mais!, 01.07.2001.

GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society.* Chicago: University of Chicago Press, 2001.

GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity.* Stanford: Stanford University Press, 1992.

SCHWARZ, Roberto. "As idéias fora do lugar". In: ———. *Ao vencedor as batatas.* São Paulo: Editora 34, 2000.

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

———. "Sur Quelques Contes Sécuritaires Venus d'Amérique". *Le Monde Diplomatique*, mai. 2002. p. 6-7.

ZIZEK, Slavoj. "Direitos humanos e ética perversa". *Folha de S. Paulo*, Mais!, 01.07.2001.

5. POLÍCIA E DIREITO

5.2

O CONTROVERTIDO PAPEL DA POLÍCIA

LUIS FERNANDO CAMARGO DA CUNHA LIMA

SUMÁRIO: 1. O papel da polícia – 2. Regras vagas – 3. Descaso acadêmico – 4. Incompreensão da atividade policial – 5. Prestação de serviço e força a serviço do estado – 6. Polícia reativa e "proativa" – 7. Prevenção criminal – 8. Polícia comunitária – 9. Quadro comparativo: polícia tradicional *versus* polícia comunitária – 10. Princípios da Polícia Metropolitana de Londres, 1829.

Resumo: O artigo questiona o papel que a polícia desenvolve na sociedade bem como a maneira como é vista pelo meio acadêmico e pela comunidade.

Também relaciona as atividades do trabalho policial e faz crítica quanto aos objetivos atingidos.

Por fim, reforça a importância da atuação policial preventiva no combate à criminalidade e apresenta a polícia comunitária como proposta no aperfeiçoamento de sua atividade.

Palavras-chave: Atividade policial – Prevenção criminal – Policiamento comunitário.

1. O papel da polícia

A polícia é um órgão, um serviço público difícil de definir – indefinição que se tornou crítica nas sociedades democráticas modernas. Por isso, talvez, não haja prescrições definidas e taxativas sobre o seu uso efetivo e atribuições, que variam de acordo com a época e as circunstâncias. Não se ousou elaborar, até hoje, um código de policiamento com estipulações precisas.

2. Regras vagas

Suas atribuições são sempre determinadas em termos gerais, que definem os objetivos, às vezes vagos, de sua atuação, sem jamais indicarem forma e meio de alcançá-los. As atribuições, repetimos, são genéricas e, por vezes, absurdas, como o que comprovam os ditames dos regulamentos policiais sucessivos que tivemos. Exemplificativamente se davam à polícia, no primeiro quartel do século XIX, incumbências tais como: "procurar composição de todas as contendas", ou "fazer

separar ajuntamentos, em que houver perigo de desordens", ainda, "evitar rixas" e "corrigir bêbados por vício, turbulentos e meretrizes escandalosas"; "em caso de motim", "deprecar a força armada para rebatê-lo, sendo necessário"; e outros, como estes primores de ambigüidade e prepotência: "fazer destruir quilombos e providenciar para que não se formem outros". Em regra, as normas ou as instruções baixadas à nossa organização policial são imperativas, usando-se verbos no infinitivo, tais como: evitar, impedir, fazer cumprir, coibir, vigiar sobre etc. Quantos aos meios e à forma de desempenhar estas tarefas, sobre as quais não é ouvida e de cujas conseqüências desagradáveis não poderá furtar-se, nenhuma linha.

3. Descaso acadêmico

Acrescente-se a isso o fato de não haver interesse acadêmico no estudo da polícia, apesar da sua grande importância na vida social. É uma instituição presente no dia-a-dia da sociedade e freqüentemente relatada em obras literárias, nem sempre como protagonista central, mas geralmente com grande importância no enredo das tramas. Se é assim, se esta atividade está presente em nosso cotidiano e, por que não, embala os nossos sonhos, as nossas fantasias, por que este descaso?

David H. Bayley, criminólogo americano, em seu já renomado livro *Padrões de policiamento*, indica que são quatro os fatores que dificultam a análise acadêmica da polícia. Primeiro, diz o autor, "a polícia raramente desempenha um papel importante nos grandes eventos históricos". "Suas atividades são rotineiras demais, sua presença é disseminada demais e sua clientela é comum demais para compor o assunto de um grande drama."

Segundo, prossegue o autor, "policiamento não é uma atividade glamourosa, de alto prestígio. Suas tarefas, mesmo aquelas ligadas à investigação criminal, são maçantes e repetitivas, conduzidas por pessoas bastante comuns em instalações freqüentemente de mau gosto ou decrépitas". "Ao estudar a polícia, é difícil considerar seus membros como importantes ou destacados socialmente. Embora a situação esteja mudando o policiamento ainda é visto na maioria dos países como pouco profissional. Assim, tanto em termos de importância política quanto de posição social, o policial dificilmente se qualifica como membro da elite que o meio acadêmico tão abertamente coloca como centro de suas atenções."

Terceiro, "o policiamento também pode ter sido negligenciado porque é repugnante moralmente. Coerção, controle e opressão são sem dúvida necessários na sociedade, mas não são agradáveis". "Os guerreiros podem dramaticamente entrar em batalhas por grandes causas, tais como democracia ou libertação nacional. É mais difícil justificar do mesmo modo o trabalho policial, ainda que possa ser verdade. A atividade policial representa o uso de força contra ela mesma."

Quarto, finaliza o autor, "aqueles interessados em conduzir estudos sobre a polícia enfrentam enormes problemas práticos. Não apenas o acesso à polícia é

problemático na maioria dos países, como também o material de documentação normalmente não é coletado, catalogado e disponibilizado em bibliotecas."

Há na verdade uma perpetuação da questão. Não se produz cientificamente porque não há demanda e não há demanda porque não há produção.

A atividade policial, assim, permanece pouco explorada e obscura para a maioria das pessoas. Vive, na verdade, nas trevas da indiferença, sendo invocada apenas nos momentos críticos, quando, diante da gravidade dos problemas sociais, é chamada a resolver tudo, sem que lhe estipulem a forma e lhe concedam os meios necessários.

Como afirmou o criminólogo francês Cathala, "a polícia inspira em geral pouca estima e simpatia. Sua obra de proteção social, sejam quais forem seus esforços e méritos, não desperta nenhum reconhecimento. Esta falta de gratidão não se resume, porém, apenas na indiferença pelos serviços prestados, mas traduz, às vezes, uma aversão pronunciada. Um sentimento que se acha arraigado não só no ânimo dos delinqüentes, como também em numerosas pessoas dignas" (Fernand Cathala. *Polícia mito ou realidade.* São Paulo: Mestre Jou, 1973).

4. Incompreensão da atividade policial

Além do desconhecimento, da indiferença, há também a marginalização da atividade desenvolvida pela polícia. Neste contexto, Cathala cita o escritor Victor Hugo, autor do clássico *Os miseráveis*, focalizando o personagem policial Javert: "A sociedade mantém irremissivelmente fora dela duas classes de homens a saber: os que atacam e os que custodiam. Mudaram as coisas verdadeiramente após o tempo de Victor Hugo? Certamente para os delinqüentes, que, longe de serem expurgados de seu seio, se tornaram objeto de medidas mais clementes e apropriadas, ao que se acredita, a readaptá-los a uma vida normal. Quanto aos policiais não parece se ter apartado muito dessa marginalização".

Ignorada, desconhecida e marginalizada. Assim tem sido vista a atividade policial. Neste espaço surgiu a percepção que o próprio policial tem de sua função. Pretende ele expurgar o crime da sociedade, restabelecendo a paz social. Para isso aprendeu na vida, diante do silêncio dos livros, que o bom policial é um verdadeiro guerreiro que trava incansavelmente uma batalha contra o crime. É a cultura do super-homem, à qual pertence o conhecido personagem do cinema "Dirty Harry", que, de uma maneira fria e calculista, afasta-se da sua condição humana para enfrentar os bandidos, como verdadeiro paladino na luta do bem contra o mal.

Quando atinge o seu objetivo o policial sente-se recompensado. O problema surge quando percebe que a sua atividade, ao contrário do que insiste em apresentar Hollywood, é por demais rotineira. Ladrões de banco, terroristas, traficantes, estupradores estão longe do seu dia-a-dia. Grandes prisões, ações espetaculares são acontecimentos raros em suas atividades rotineiras, passando a maior parte do tempo envolvidos com crianças abandonadas, mulheres agredidas, bêbados, loucos e vizinhos briguentos. Nestes casos, embora suas atividades tenham imen-

sa importância social, o policial não sabe aquilatar a relevância de suas ocupações, sentindo-se impotente para corresponder ao modelo que conhece.

Igual dúvida lhe assola a mente quando percebe que a polícia, além de prestar serviço público na segurança da sociedade, funciona, não raro, como força a serviço do estado.

Os governos se servem, sem dúvida, da polícia para a consecução dos seus fins ("os governos têm a polícia que merecem", na conhecida afirmação de Locard) e, de certo modo, age ela com um olho nos seus deveres para com a comunidade e outro nos seus regulamentos, comando e disciplina internos. É um órgão que aparece, que está presente nas mais diversas ocasiões e lugares e que reflete, particularmente, como alguns autores advertem, a crise nas relações entre a sociedade e o estado, sendo visto às vezes por contestadores como instrumento de opressão, a serviço dos poderosos.

5. Prestação de serviços e força a serviço do estado

A polícia coloca-se, portanto, sempre entre duas perspectivas – a da prestação de serviços e a de força, ou ação coercitiva, o que quer dizer que ela atende, de um lado, à demanda da sociedade, junto à qual atua, e, de outro, às injunções do estado, que a constitui e mantém. Momentos históricos e países diferentes plasmam o papel da polícia, fazendo-a pender ora numa, ora noutra direção. Poder-se-ia, em tese, dizer que, nos estados democrático-liberais, a polícia atua predominantemente como serviço e goza de maior assentimento da população, ao contrário do que ocorre nos estados totalitários. Entretanto, não se pode deixar de notar que, principalmente a partir da II Guerra Mundial, a polícia tem sido chamada a empregar, repetidamente, ações de força, ainda nos países democráticos, ante a crescente eclosão de demonstrações públicas violentas, fruto de conflitos sociais de diferente natureza, que ameaçam a ordem e a paz públicas, tenham ou não conotação política.

A polícia se encontra no centro dos conflitos entre sociedade e estado – conflitos decorrentes de divisões sociais, mais ou menos profundas, como no caso das minorias étnicas, grupos religiosos antagônicos e terrorismo. Os problemas de segurança interna são, muitas vezes, relegados à polícia, sobretudo em seus aspectos de menor gravidade. Tais situações, entretanto, não somente desviam a polícia de suas funções específicas, no âmbito da segurança pública e auxílio à justiça penal, como também implicam modificações profundas em sua estrutura e procedimentos. Costuma-se citar o exemplo da polícia inglesa, antes desarmada, que passou (ou grupos especiais nela constituídos passaram) a receber treinamentos antidistúrbios e a equipar-se com armas de maior poder ofensivo, o que tem sido interpretado como tendência à militarização dessa polícia, que sempre se fez notar como modelo de civilidade, urbanidade e popularidade.

Este reflexo, no entanto, não tem sido sentido apenas na Inglaterra. A instabilidade social e política, que caracteriza a nossa época, ocasionou mudanças

expressivas na estrutura e funcionamento dos organismos policiais, que tiveram recursos, efetivos e competência ampliados para melhor atenderem aos problemas da segurança interna, a eles relegados. Isto seria verdadeiro em relação não só aos estados totalitários, como também em relação aos democráticos atingidos desta febre de militarização operacional da polícia. "Tudo isto significa que a polícia não mais existe para servir o público, mas para servir o estado; não se esforça para apaziguar os cidadãos, mas para controlá-los e dirigi-los" (John D. Brewer, Adrian Guelke, Ian Hume, Edward Moxon-Browne e Rick Wilford. *The Police, Public Order and the State*. 2. ed. Londres: Macmillann Press Ltd., 1996).

6. Polícia reativa e "proativa"

Mesmo quando a polícia se coloca como serviço público, ainda assim não há um consenso sobre o momento de sua atuação. A prática tem consagrado a atuação da polícia de forma reativa. "A ação da polícia é reativa quando é iniciada e direcionada por uma solicitação dos cidadãos" (David H. Bayley & Jerome H. Skolnick. *Nova polícia*. Edusp, 2001). Isto é, a polícia só atua quando acionada, preferencialmente após o cometimento da infração penal.

A este modelo se opõe a denominada polícia "proativa" ou prospectiva, que, segundo os já citados autores, significa: "a ação policial é proativa quando é iniciada e direcionada pela própria polícia ou pelos próprios policiais, independentemente da demanda dos cidadãos e até mesmo em conflito com a demanda de cidadãos". Isto é, a polícia procurar antecipar-se ao crime agindo nas causas da criminalidade na suposição de que o crime representa muitas vezes a manifestação de um fenômeno social que, se não enfrentado, poderá continuar a gerar mais e mais fatos delitivos.

Entre nós parece que nos últimos anos a escolha recaiu sobre o modelo reativo de polícia. Tal decisão acabou por afastar a polícia da comunidade, já que a prevenção criminal é pressuposto básico de qualquer projeto que envolva a colaboração da comunidade. Por si mesmo, já representa o trabalho preventivo um esforço dirigido à comunidade e exercido em seu benefício.

7. Prevenção criminal

Já tivemos, no entanto, no passado uma organização policial – a do Regulamento de 1928, que dava à polícia paulista atribuições preventivas, a par das de polícia judiciária. A polícia, com efeito, atuava preventivamente nos locais onde se verificavam grandes aglomerações de público, como feiras, estações ferroviárias e rodoviárias, estádios e sedes de espetáculos públicos em geral, promovia assistência social, principalmente em relação a "loucos, enfermos, menores abandonados e mendigos" (art. 17), atendia às chamadas pequenas queixas sobre atritos familiares e com vizinhos, enfim, participava da vida da comunidade, pro-

curando solucionar com ela os problemas que a afligiam, inclusive a outros órgãos da administração pública.

Ultimamente trilhamos o caminho inverso da prevenção, buscando a contenção da criminalidade nas medidas reativas que acabaram transformando o policial em um profissional do combate ao crime, em vez de atribuir-lhe atividades preventivas.

8. Polícia comunitária

A filosofia de polícia comunitária surgiu como reação a esta tendência de verdadeira descaracterização institucional, um esforço para fazê-la reassumir o seu papel preventivo e de proteção da população em geral contra as atividades criminosas – cuja identificação e neutralização verificou-se não ser hoje possível sem a colaboração estreita, a parceria mesmo, das populações envolvidas. Desta forma acentua-se o conteúdo social da polícia, atendida sua vocação histórica de servir, de dar apoio principalmente aos setores comunitários necessitados, no sentido de encontrar soluções não só para os problemas de segurança que enfrentam, como também para os da deterioração de áreas urbanas e ambientais, visando a uma qualidade de vida melhor para seus habitantes. O público, enfim, transformado em cliente, em vez de mero paciente da atividade policial. Para seu exercício, de acordo com a nova concepção, a ênfase passa a incidir na descentralização policial e na atuação personalizada e constante do agente policial comunitário, em sua área de trabalho. Para tal mister deverá estar ele suficientemente preparado e ter a independência necessária para desenvolver o seu trabalho, com amplitude que suas novas funções abrange. É ele o esteio do novo sistema, voltado para o atendimento das necessidades do meio social, com o qual deverá estar familiarizado.

Em suma, os casos com que se defronta a polícia não podem ser tratados apenas sob o ângulo penal-repressivo. A prevenção é o trabalho primacial e indeclinável da polícia – e este trabalho será tanto mais proveitoso quanto puder contar com a participação e cooperação do público. É um trabalho diverso do rotineiro, que requer atitudes e motivações diversas, embora não deva implicar um rompimento total com o passado, uma vez que a polícia continua a exercer suas funções legais na órbita criminal. Entretanto, a visão do problema, as atitudes perante o público mudam. O que a polícia comunitária exige do policial não é deixar de fazer o que ora faz, mas fazer mais do que faz, dada a dimensão social, que enfatiza, do seu trabalho.

A percepção da função preventiva do policial, com ênfase para a atuação pré-criminal da polícia, embora de fácil compreensão representa, no entanto, uma mudança profunda na cultura policial e na expectativa que a sociedade tem da atuação do policial. Nas últimas décadas, especialmente após o surgimento do movimento denominado profissionalismo, criou-se a crença de que o "profissional" de polícia era um guerreiro, cuja atuação consistia no "combate" ao crime. A

atividade policial foi construída na crença na eficácia da ronda aleatória e na rapidez no atendimento aos chamados. Policial de serviço era aquele que estava no interior de sua viatura, patrulhando as ruas da cidade, conferindo, destarte, à polícia a impressão de onipresença. Se porventura o policial estivesse fora de seu carro, relacionando-se com a comunidade, deveria comunicar à central que naquele momento estava "fora do serviço". Neste contexto é que nos acostumamos a acreditar que o policial seria o braço forte da lei, o combatente da fronteira final do sistema de justiça criminal. Este pensamento, tão arraigado entre nós, atinge não apenas a sociedade como o próprio policial, que, não raro, acredita que sua missão é acabar com o crime na sociedade, restaurando a tão sonhada paz social.

A mudança para a filosofia de polícia comunitária representa, em outras palavras, reconhecer que o "modelo profissional" esgotou-se diante da criminalidade hodierna. O modelo científico de organização e administração da polícia falhou na errônea percepção de que a polícia, por si só, poderia conter a delinqüência apenas com a repressão penal, coroada pelo aumento do número de prisões. Acredita-se agora que a polícia deve privilegiar a prestação de serviços não emergenciais, particularmente os relacionados com a qualidade de vida, ou seja, as desordens, as situações de desequilíbrio social e as deteriorações urbanas e ambientais, que, se não corrigidas a tempo, poderão acarretar problemas mais sérios, entre eles o agravamento da criminalidade.

Para se ter uma noção do alcance da transformação do policiamento tradicional para a filosofia de polícia comunitária verifiquem-se as principais diferenças apresentadas no quadro comparativo elaborado por Malkom K. Sparrow (*Community Policing & Problem Solving*. EUA. Prentice Hall, 1996).

9. Quadro comparativo: polícia tradicional *versus* polícia comunitária

PERGUNTAS	POLÍCIA TRADICIONAL	POLÍCIA COMUNITÁRIA
Que é a polícia?	Um órgão oficial responsável pela segurança pública.	A polícia é o povo e o povo é a polícia. Os policiais são pagos para cuidarem, em tempo integral, dos deveres de todos os cidadãos.
Qual é o relacionamento da polícia com outros órgãos públicos de prestação de serviços?	Suas prioridades freqüentemente conflitam.	A polícia é um serviço, entre outros, interessado em melhorar a qualidade de vida.
Qual é o papel da polícia?	O esclarecimento de crimes.	A solução de problemas criminais, em sentido mais amplo.
Como se mede a eficiência policial?	Pelo índice de inquéritos e prisões efetuadas.	Pela ausência de crimes e desordens.
Quais são suas prioridades?	Os crimes mais graves, que envolvem atos violentos	Qualquer problema que preocupe a comunidade.

PERGUNTAS	POLÍCIA TRADICIONAL	POLÍCIA COMUNITÁRIA
Com o que, especificamente, lida a polícia?	Ocorrências.	Qualquer problema que perturbe os cidadãos.
O que determina a eficiência da polícia?	O tempo que leva para atender uma ocorrência.	A colaboração do público.
Como a polícia encara os chamados para a prestação de serviços?	Atende-os somente se não houver ações propriamente policiais a executar.	Considera-os valiosos e de vital importância para o seu trabalho.
Que se entende por profissionalismo policial?	Atendimento rápido dos casos de crimes graves.	Manter-se próximo à comunidade.
Qual é o tipo de "inteligência" mais importante?	Inteligência do crime, ou seja, a indagação sobre determinados delitos, tomados isoladamente.	Inteligência criminal (informação sobre atividades de indivíduos ou grupos).
Qual é o papel da cúpula dirigente?	Fixar a orientação geral e baixar as normas de ação necessárias.	Envidar esforços para que não se afaste a organização dos seus valores e princípios.
A que se atém a polícia?	Fortemente centralizada; dirigida por normas, regulamentos e diretrizes oficiais; comprometimento com a lei.	Ênfase no comprometimento com as necessidades locais da comunidade.
Qual o papel do setor de comunicações com a imprensa?	Desviar a atenção sobre o pessoal operacional, para que possa continuar seu trabalho.	Coordenar um canal de comunicações com a comunidade.
Como encara a polícia os procedimentos criminais?	Como um objetivo importante.	Como um instrumento, entre muitos outros.

10. Princípios da Polícia Metropolitana de Londres, 1829

As idéias trazidas a lume pela polícia comunitária, para alguns, não representam nenhuma inovação, mas, ao contrário, indicam a revitalização da Polícia Metropolitana de Londres, concebida pelo estadista inglês Sir Robert Peel (1788-1850), expressa nos seguintes princípios:

"1. A missão básica da polícia consiste em prevenir o crime e a desordem, como alternativa à repressão destes por forças militares e à sua severa punição legal.

2. A polícia terá condições de cumprir com seus deveres apenas na medida em que puder contar com a aprovação pública de sua intervenção, ações e conduta, e enquanto fizer jus ao respeito do mesmo público.

3. A polícia precisa contar com a voluntária observância da lei, pelo público, para poder assegurar e manter este respeito público.

4. O grau de cooperação do público, que conseguir, fará diminuir proporcionalmente a necessidade de exercer coerção física para atingir os seus objetivos.

5. A polícia procurará captar e preservar a simpatia popular, não simplesmente cortejando a opinião pública e, sim, demonstrando, pelo seu trabalho imparcial, respeito à lei, independentemente de considerações políticas, étnicas, religiosas e da condição social das pessoas, prestando a estas serviço desinteressado e amistoso e não medindo sacrifícios pessoais, no propósito de proteger e preservar a vida.

6. O uso da força física pela polícia, na exata medida em que for necessária a fazer observar a lei e manter a ordem, só se dará quando o aconselhamento, a persuasão e a advertência não surtirem os efeitos desejados. Sempre usará ela o grau mínimo de força, que se tornar necessária, em qualquer circunstância em que tenha que intervir em cumprimento aos objetivos policiais.

7. A polícia manterá, em todas as ocasiões, um tipo de relacionamento com o público que faça lembrar o conceito, fundado em nossa tradição histórica, de que a polícia é o público e o público é a polícia, ou seja que esta não é senão uma parte deste mesmo público, que é paga para dedicar-se, em tempo integral, a tarefas que incumbem a todos os cidadãos, no interesse do bem-estar da comunidade.

8. A polícia deve envolver-se apenas com o que for de suas próprias funções, não dando mostras de querer usurpar poderes do judiciário, decidindo a favor de indivíduos ou do estado, arbitrariamente declarando e punindo culpados.

9. O teste revelador da eficiência policial reside na ausência de crimes e desordens, e não na manifestação visível da atuação policial contra eles." (*Administracion de la policía*. México: Mc Graw Hill, 1997.)

E para concluir lembremos da lição do Prof. George L. Kelling, em seu notável artigo denominado "Teoria da vidraça quebrada" ("Broken Windows", *The Atlantic Monthly*, mar. 1982): "Acima de tudo, devemos retornar ao velho e há muito abandonado conceito de que a polícia deve proteger a comunidade, tanto quanto o indivíduo. As estatísticas de crimes e vitimização mostram as perdas individuais, não porém as coletivas. Tanto quanto os médicos, que reconhecem hoje a importância de zelar pela saúde, em vez de simplesmente tratar doenças, assim a polícia e afinal todos nós devemos fazer com que se mantenham as comunidades íntegras, e sem janelas por consertar".

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

6.1

A INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO ESTABELECIDO PELAS LEIS COMPLEMENTARES 104/2001 E 105/2001

MIGUEL REALE JUNIOR

SUMÁRIO: 1. Consulta – 2. Parecer: 2.1 Direito ao sigilo bancário: 2.1.1 Preservação da vida privada; 2.1.2 Preservação do sigilo de dados; 2.2 Da ilegalidade do procedimento fiscal em busca de indícios; 2.3 Inconstitucionalidade das Leis Complementares 104/2001 e 105/2001 e do Dec. 3.724/2001: 2.3.1 Da afronta aos incisos X e XII do art. 5.º da CF de 1988; 2.3.2 Da afronta ao inc. LIV do art. 5.º da CF de 1988; 2.3.3 Da afronta ao § 1.º do art. 145 da CF de 1988; 2.4 Da possibilidade de impetração de mandado de segurança.

1. Consulta

O ilustre advogado Dr. Paulo Sérgio Santo André, patrono de I.D.P., relata o seguinte fato:

A sua cliente, ora consulente, teve contra si instaurado procedimento fiscal pela Receita Federal, em razão do que veio a ser intimada a prestar informações acerca da movimentação financeira de sua conta bancária no Banco XXX, tendo em vista o montante global de sua movimentação financeira no ano-calendário de 1998, informação esta prestada pela instituição financeira, com fulcro no art. 11, § 2.º, da Lei 9.311/96.

O mandado determina que a consulente apresente extratos bancários relativos à sua conta, comprove a origem dos recursos e apresente a comprovação de entrega da declaração de imposto de renda.

Na intimação recebida, aparecem apenas como fundamentos legais, inclusive, portanto, da solicitação dos dados referentes à sua conta bancária, os arts. 904, 911 e 927 do Dec. 3.000/99 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99), Portaria da SRF 1.265/99, com as alterações da Portaria SRF 1.614/2000. Contudo, em nenhum desses diplomas legais está prevista a possibilidade de a autoridade fiscal exigir do contribuinte a apresentação de seus dados referentes às suas contas bancárias.

De fato, o procedimento fiscal em tela encontra fundamento legal na LC 104/2001, na LC 105/2001 e no Dec. 3.724/2001.

Com efeito, com base em mero dado de movimentação financeira, instaurou-se procedimento fiscal, que constitui pressuposto, segundo a LC 105/2001 e o Dec. 3.724/2001, para o exame e devassa de livros, contas e todos os demais dados financeiros da consulente.

Indaga, então, se a violação do sigilo bancário a ser realizada pela autoridade tributária, no curso deste procedimento fiscal não seria inconstitucional. Consulta, também, se a instauração do procedimento fiscal, a partir tão-só dos dados da movimentação financeira, não estaria eivada de ilegalidade, estando em desacordo como determinado pela Portaria SRF 1.624/2000 e pelo Dec. 3.724/2001.

Pergunta, também, se estariam presentes as condições para impetração de mandado de segurança.

2. Parecer

2.1 Direito ao sigilo bancário

O direito ao sigilo bancário encontra duplo fundamento constitucional de proteção, sendo eles o incisos X e XII do art. 5.°, que dispõem, respectivamente, da vida privada e do sigilo de dados.

2.1.1 Preservação da vida privada

O sigilo bancário constitui faceta da vida privada, protegida pelo inc. X do art. 5.° da CF, que dispõe:

"Art. 5.° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes do País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

(...);

X – *são invioláveis* a intimidade, *a vida privada*, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação." (Grifamos.)

A proteção à vida privada compreende diversos direitos, nos múltiplos aspectos da personalidade humana, e que devem ser preservados de intromissões decorrentes do desenvolvimento tecnológico e, principalmente, do agigantamento do Estado.

Para René Ariel Dotti, a vida privada abrange todos os aspectos que não se gostaria de ver cair no domínio público,[1] lembrando decisão do Tribunal da Instância de Grasse, na França, segundo a qual:

(1) *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo, 1980. p. 71.

"O campo da vida privada de um homem estende-se indubitavelmente a tudo que se refere à sua vida amorosa, sua vida familiar, seus recursos e os aspectos não públicos de sua vida profissional."[2]

Igualmente Franco Bricola considera que o indivíduo, singularmente ou como partícipe da sociedade, atua em diversas esferas, e que "in ognuna di esse si pone un problema di tutela della personalità", havendo a esfera confidencial e a esfera do segredo, compreendendo-se nesta os comportamentos que se dão fora do domicílio, mas que pertencem à vida privada.[3]

As quantias em dinheiro de uma determinada pessoa são matéria de sua exclusiva pertinência, integrando a soma de seus recursos área a não ser objeto de invasão ou de conhecimento de terceiros, pois é questão que diz respeito à sua vida privada, a não ser que existam indícios precisos e unívocos de prática de infração tributária ou penal, a ser examinada pela autoridade judicial.

Por essa razão já decidiu o STF[4] que

"Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a Constituição Federal consagra, art. 5.°, inciso X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente, e sem a intervenção da autoridade judiciária a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa."

Em outra decisão do STF,[5] Min. Celso de Mello foi enfático ao considerar que deve o Estado respeitar a esfera privada das pessoas, pois "a natureza eminentemente constitucional do direito à privacidade impõe, no sistema normativo consagrado no texto da Constituição da República, a necessidade da intervenção jurisdicional no processo de revelação de dados (*disclosure*) pertinentes às operações financeiras, ativa e passiva, de qualquer pessoa, eventualmente sujeita à ação investigatória do Poder Público".

2.1.2 Preservação do sigilo de dados

O sigilo de dados, que compreende o sigilo bancário, vem estatuído no art. 5.°, XII, da CF:

"Art. 5.° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes do País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

(2) Idem, ibidem, p. 76.

(3) "Tutela penale della riservatezza", na coletânea *Il diritto alla riservatezza e la sua tutela penale*, Milão, 1970. p. 71-75.

(4) RECR 215301/CE, *DJ* 28.05.1999, rel. Min. Carlos Velloso.

(5) MS 21.729-4, *DJ* 30.05.1995.

XII – *é inviolável o sigilo* de correspondência, e das comunicações telegráficas, *de dados* e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal." (Grifamos.)

O melhor entendimento é no sentido de que a exceção referida pela expressão "salvo no último caso" diga respeito à frase entre vírgulas, *de dados e das comunicações telefônicas,* que não são absolutamente invioláveis, mas apenas podem ter seu sigilo afastado por determinação judicial.

Esta inviolabilidade pode, portanto, ser quebrada por determinação judicial ou de Comissão Parlamentar de Inquérito, em decisão devidamente fundamentada, como exige o art. 93, IX, da CF. E fundamentação não significa dar apenas razões em função das quais se impõe a quebra da inviolabilidade, mas sim justificar, concretamente, a legitimidade desta violação excepcional, diante de elementos efetivos sinalizadores da ocorrência de fato determinado, a ser apurado, necessariamente, por meio do acesso aos dados bancários.

É preciso, portanto, como ressalta o Min. Celso de Melo, em Despacho proferido no MS 23.491, que se aponte a "*existência concreta de causa provável legitimadora da medida excepcional*" (grifamos).

E a causa provável só se verifica diante da existência de indícios veementes de que fato determinado tenha efetivamente sucedido, pois sem elementos mínimos de prova quanto à real probabilidade da ocorrência do fato resta-se no terreno frágil e insustentável da vaga conjectura.

Em outra decisão do Pleno do STF,[6] também ressalta-se que a quebra do sigilo bancário, tratando-se de restrição a direito individual, exige, para ser deferida, que existam elementos de prova mínimos, de autoria e materialidade do delito, conforme expresso na ementa:

"I – Inexistentes os elementos de prova mínimos de autoria do delito, em inquérito regularmente instaurado, indefere-se o pedido de requisição de informações que implica quebra de sigilo bancário. Lei 4.595, de 1964, art. 38, II – Pedido indeferido, sem prejuízo de sua reiteração."

Em seu voto, o relator, Min. Carlos Velloso, de forma enfática, declarou: "...o segredo bancário somente pode ser afastado diante, por exemplo, de um procedimento criminal ou de um inquérito policial formalmente instaurado, em que haja indiciamento do acusado, com a indicação do delito praticado, com, pelo menos um início de prova relativamente à autoria e à materialidade... Não temos em mãos, porque não veio com o pedido da autoridade policial, um mínimo de autoria ou da materialidade do delito...".

Relevantes nesta matéria são os votos de diversos Ministros, cabendo transcrever partes da manifestação, por exemplo, de Neri da Silveira, que assim se expressou ao também indeferir a quebra de sigilo bancário: "para atender a pedi-

(6) Petição – Questão de ordem, 5775/170, de 25.03.1992.

do que implica, inequivocamente restrição a direito individual (Constituição, art. 5.°, XII), mister se faz que a súplica esteja devidamente fundamentada e demonstrada".

Nesse sentido, também merece ser destacado o voto do Min. Paulo Brossard:

"Tenho também, Senhor Presidente, que o Tribunal não autorizaria jamais pretensão de autoridade policial para investigar a vida privada de um cidadão, fosse ele quem fosse se não tivesse um mínimo de elementos e motivos. Em princípio, deve-se resguardar a intimidade da pessoa."

E do Min. Celso de Mello:

"Sem elementos fundados de suspeita, como a existência concreta de indícios idôneos e reveladores de possível autoria da prática delituosa, não há como autorizar a *disclosure* das informações bancárias reservadas."

De igual modo, em recente decisão, o TRF da 1.ª Região[7] entendeu que mesmo diante da imputação de ilícito penal "a quebra dos sigilos bancário e fiscal depende de indícios razoáveis da existência do crime e de sua autoria, não bastando, para tanto, depoimento de um desafeto".

2.2 Da ilegalidade do procedimento fiscal em busca de indícios

Este "procedimento fiscal" instaurou-se a partir da obtenção de dados do montante global da movimentação financeira da consulente, no ano-calendário de 1998, tendo por objetivo a busca de indícios de infração tributária, por meio da quebra de sigilo bancário da consulente.

Com efeito, de posse de dados referentes à contribuição provisória sobre movimentação financeira – CPMF, ou seja, do montante da movimentação financeira ocorrida no Banco XXX, sem qualquer elemento indicativo de infração tributária, restringindo-se apenas ao *quantum* da movimentação financeira, instaurou-se, com fundamento na Portaria 1.624 de 30.11.2000, da Secretaria da Receita Federal, que deu nova redação à Portaria 1.265/99, procedimento fiscal, havendo ordem de quebra de sigilo bancário da consulente.

Contudo, tal procedimento fiscal só tem cabença, conforme o art. 5.° da referida portaria, em caso de *flagrante constatação* de contrabando, descaminho ou prática *de infração tributária, desde que haja risco aos interesses da Fazenda Nacional, pela possibilidade de subtração de prova.*

Com efeito, nenhum desses requisitos está presente no caso em tela, o que gera a ilegalidade do procedimento administrativo. Não há sequer efetivamente indícios de infração tributária, quanto mais *flagrante constatação* de infração tributária.

Até mesmo a autoridade judiciária deve se lastrear em indícios da ocorrência do fato delituoso e de sua autoria, bem como da imprescindível necessidade de

(7) HC 2000.01.00.038666-I-MG, rel. Des. Eustáquio Silveira, 3.ª T.

obtenção de prova por meio da quebra do sigilo bancário, para se legitimar essa quebra. E indício constitui fato concreto conhecido e certo, a partir do qual, segundo a experiência e o senso comum, chega-se a outro fato desconhecido.

Ora, se indícios são dados de fato de existência certa,[8] que, coordenados logicamente, segundo categorias da inteligência humana, por sua quantidade e qualidade, apontam a autoria e a *realidade da infração*, é forçoso concluir que nesse caso inexiste qualquer indício.

Passou-se, sim, à caça de infração tributária, antes atirando para depois escolher o alvo, a partir dos dados da movimentação financeira que se imagina incompatíveis com a renda do contribuinte, quando a movimentação financeira pode se dar com diversas aplicações sobre o mesmo montante, não constituindo por si só qualquer indicação certa de uma realidade que conduza, pela lógica e pela experiência, à inferência da prática de infração tributária.

A violação à Constituição e às próprias normas tributárias é patente, em grave constrangimento à consulente, ferindo-se seu direito líquido e certo de preservação do sigilo de seus dados bancários, a serem invadidos sem autorização judicial, e mais, sem razão suficiente, sequer indícios de cometimento de qualquer infração, nada justificando a instauração do procedimento fiscal com base na Portaria 1.624 da Secretaria da Receita Federal, cabível apenas se flagrante a prática de contrabando ou de infração tributária e quando haja risco de subtração de prova, o que, definitivamente, não ocorre no caso em tela.

2.3 Inconstitucionalidade das Leis Complementares 104/2001 e 105/2001 e do Dec. 3.724/2001

A LC 104 alterou alguns artigos do Código Tributário Nacional – Lei 5.172/66, entre eles, o art. 198, que trata do intercâmbio de dados sigilosos no âmbito da Administração Pública, introduzindo novos parágrafos. Dispõem, assim, o § 1.º e o § 2.º do art. 198 do CTN:

"Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão de ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1.º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo adminis-

(8) Helio Tornaghi bem ensina que: "indício é o fato provado que por sua ligação com o fato probando autoriza concluir algo sobre este" (*Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 4, p. 149).

trativo, no órgão ou na entidade respectiva, como o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2.º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo."

A LC 105 dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e, conseqüentemente, sobre o sigilo bancário. Dispõem os seus arts. 5.º e 6.º:

"Art. 5.º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços."

"Art. 6.º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente."

O Dec. 3.724/2001 regulamenta o art. 6.º da LC 105/2001, reiterando os requisitos previstos na Portaria 1.624 da Secretaria da Receita Federal, referentes à exigência de flagrante constatação de infração tributária e risco de subtração de prova, para a instauração do procedimento administrativo (§ 3.º do art. 2.º). Nesse sentido, por mais que os artigos mencionados da LC 105/2001 fossem constitucionais, o que somente se admite para argumentar, o procedimento administrativo em tela é claramente ilegal, pelos mesmos fundamentos que o é em relação à Portaria 1.624 da Secretaria da Receita Federal, conforme acima exposto.

2.3.1 Da afronta aos incisos X e XII do art. 5.º da CF de 1988

Os artigos acima transcritos da LC 104 e da LC 105 fazem tábula rasa da exigência constitucional de existência prévia de ordem judicial fundamentada, para que haja a quebra de sigilo bancário.

Com efeito, o art. 5.º da LC 105/2001 faz ampla delegação ao Poder Executivo, para que em matéria que deveria ser estritamente reservada ao Poder Judiciário, na forma do disposto nos incisos X e XII do art. 5.º da CF de 1988, possa este Poder fixar a periodicidade e os limites de valor e critérios pelos quais as instituições financeiras devam prestar à *autoridade tributária* informações acerca das operações financeiras realizadas por seus clientes, desde depósitos à vista, pagamentos efetuados em conta corrente, emissão de ordens de crédito, contratos de mútuo, aplicações financeiras, operações em cartão de crédito.

E tais informações deverão ser prestadas pelas instituições financeiras à autoridade tributária ao talante do que vier a estabelecer o próprio receptor

das informações, ou seja, o Poder Executivo. Como se percebe, *ictu oculi,* haverá a mais completa devassa na vida privada dos usuários das instituições financeiras, com a transferência de dados privados, como ordem de pagamento, contratos de mútuo, operações com cartão de crédito. Em suma, serão repassados à autoridade tributária dados particulares por mera determinação da autoridade administrativa, sem qualquer motivo suficiente e necessário consistentemente indicativo da ocorrência de alguma infração à ordem tributária. Na verdade, é claro o objetivo de, pela quebra de sigilo bancário, buscar elementos de prova de infrações tributárias, invertendo-se a ordem lógica posta na Constituição Federal.

De pouco vale a tentativa do legislador de maquiar a violação da vida privada e da quebra do sigilo de dados, ao estatuir no § 2.º do art. 5.º da LC 105/2001 que será vedada a inserção de qualquer elemento que identifique a origem ou a natureza dos gastos.

Isto, porque algumas operações por sua natureza não podem deixar de referir-se à sua origem e destinação, além do que, com base nestas informações, basta uma falha, incorreção ou omissão, segundo dispõe o § 4.º do mesmo artigo, para a autoridade interessada "requisitar as informações e documentos de que necessitar", bem como realizar fiscalização para apuração dos fatos.

As informações serão mantidas "em sigilo", conforme a legislação tributária, como edita o § 2.º do art. 5.º da LC 105/2001. Ocorre, contudo, que, pela nova redação dada ao Código Tributário Nacional em seu art. 198, pela LC 104/2001, é possibilitada a prestação de informação a qualquer autoridade pública, estadual ou municipal, desde que haja processo administrativo tramitando no órgão solicitante. Imagine-se a insegurança jurídica e o risco de represálias e invasões indevidas da vida privada por autoridades deste imenso país, bastando que se instaure um processo administrativo para se ter acesso a todos os dados de determinada pessoa, sem que haja qualquer ordem judicial para isso examinando o novo caso concreto.

No art. 6.º da LC 105/2001 estabelece-se que os agentes fiscais, da União, Estados e Municípios poderão examinar livros, registros, contas de depósitos de instituições financeiras quando houver *procedimento fiscal e se tais exames forem considerados indispensáveis pela própria autoridade que os examinará, como juíza de si mesma.*

O presente caso revela com que facilidade, mesmo sem indícios e segundo o juízo discricionário da autoridade, dispensam-se todas as formalidades presentes na Portaria 1.624/2000 da Secretaria da Receita Federal, reiteradas no Dec. 3.724/2001, para, de imediato, qualquer agente fiscal, sem elemento probatório algum, instaurar procedimento fiscal, que constitui o pressuposto, segundo o art. 6.º da LC 105, para se examinarem livros, contas e aplicações de instituições financeiras.

E assim, estarão abertas as portas para acesso da autoridade tributária a todos os dados do usuário da instituição financeira, sem que o Poder Judiciário analise

a questão. Pelo exemplo do caso em exame, a mera indicação de movimentação financeira, que se imagina incompatível com a renda, constitui para a receita flagrante caso de infração, com risco para os interesses da Fazenda Nacional e possível subtração da prova, a justificar a imediata instauração de procedimento fiscal, escancarando-se a vida privada do contribuinte, a critério da autoridade tributária, conforme o que entender indispensável. Eis o retrato mais perfeito do arbítrio fiscal, com a autorização para a devassa sem limites.

De fato, pretende a Receita pesquisar a possibilidade de elementos indicativos de infração tributária, invertendo-se, contudo, a ordem certa e lógica: a existência de indícios reveladores da probabilidade da ocorrência de infração tributária poderia justificar que *a autoridade judicial* determinasse, motivadamente, a quebra do sigilo, se tal se revelasse como essencial à comprovação do fato ilícito, conforme se depreende do disposto nos incisos X e XII do art. 5.º da CF de 1988.

O que ocorre no caso em tela é justamente o inverso: primeiro busca-se a quebra de sigilo, para, com isso, encontrar supostos elementos comprometedores do contribuinte. Isso representa revelação do arbítrio que consiste a quebra do sigilo por parte da autoridade tributária. Com efeito, de forma injustificada, pretende-se realizar devassa generalizada na vida econômica e financeira da consulente, lastreada em dado nada revelador, para, com manifesto abuso do poder de investigação, fazer-se tábula rasa do direito à vida privada e ao sigilo de dados.

Só se justifica a limitação de direitos fundamentais diante de uma investigação de fato a respeito do qual se tenham indícios veementes de haver ocorrido, sob o crivo do Poder Judiciário. No presente caso, inverte-se: não se violam direitos para apurar dados relativos a fato do qual se tem provável e concreta indicação de ter acontecido, de acordo com ordem judicial; mas violam-se direitos de acordo com a simples vontade da Administração Pública, para tentar obter dados acerca de vagas conjecturas colhidas em informação financeira obtida sem autorização judicial. Sem indícios da ocorrência de infração tributária, sai a Receita Federal, por meio de violação de direitos, à cata de elementos que sustentem a imaginária possibilidade de sonegação fiscal, em flagrante afronta aos incisos X e XII do art. 5.º da Carta Constitucional de 1988.

É mister ressaltar que o direito à proteção da vida privada e ao sigilo de dados não é, de forma alguma, absoluto, de sorte a impedir a investigação da prática de crimes ou infrações legais. Contudo, para ser limitado, há necessidade de ordem judicial fundamentada, sob pena de afronta ao disposto nos incisos X e XII do art. 5.º da Carta Constitucional de 1988.

2.3.2 Da afronta ao inc. LIV do art. 5.º da CF de 1988

O inc. LIV do art. 5.º da CF dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal.

A liberdade moderna, como bem explicitou Benjamin Constant,[9] difere da liberdade dos antigos, pelo fato de significar a existência de uma esfera privada para cada indivíduo, na qual o Estado não pode intervir. Ao contrário da dos antigos, a liberdade moderna não significa participação na vida pública como cidadão, mas sim a existência de um espaço dentro do qual o cidadão é autônomo e independente em relação ao Estado.

Assim, o conceito de liberdade na nossa época está ontologicamente ligado ao de vida privada, dentro da qual o sigilo bancário aparece. Portanto, aplicável ao caso em tela o inc. LIV do art. 5.º da CF.

E, nesse sentido, somente poderá haver quebra de sigilo bancário se for observado o devido processo legal, compreendido tanto no seu aspecto processual quanto no substancial.

"A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o Legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Toda a lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land,* é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário."[10]

O princípio da razoabilidade, na Europa, ganhou o nome de *princípio da proporcionalidade,* com uma construção jurisprudencial um pouco mais elaborada. Haverá devido processo legal substantivo se, de acordo com o princípio da proporcionalidade, o ato administrativo ou legislativo for necessário, adequado e proporcional em relação aos fins desejados.

No caso em tela, a quebra do sigilo fiscal, exigida da consulente pela autoridade fiscal, a qual também pode fazê-lo diretamente, com base do art. 6.º da LC 105/2001 e dos arts. 2.º e 4.º do Dec. 3.724/2001, afronta o devido processo substantivo.

Com efeito, o objetivo é verificar possíveis infrações à legislação tributária. Contudo, apesar de ser forma aparentemente apta, a quebra do sigilo fiscal não é a única maneira de se atingir tal finalidade, não sendo, portanto, necessária. Ademais, a afronta a direito individual não é o meio menos gravoso para se atingir a finalidade, não sendo, em sentido estrito, medida proporcional.

Portanto, a quebra de sigilo bancário, no caso em tela, se afigura desproporcional em relação ao fim desejado, afrontando o disposto no inc. LIV do art. 5.º, da CF.

Importante ressaltar que num Estado Democrático de Direito, os fins não podem justificar os meios, e estes devem ser analisados à luz do princípio do devido processo legal, nos seus aspectos tanto processual quanto substancial.

(9) *A liberdade dos antigos comparada a dos modernos.* Filosofia política, Porto Alegre: L&TR. vol. II.

(10) Nelson Nery Junior. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 6. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 38.

2.3.3 Da afronta ao § 1.º do art. 145 da CF de 1988

O poder de fiscalização tributária da Administração Pública está limitado pelos direitos individuais, conforme dispõe o § 1.º do art. 145 da CF.

"Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§ 1.º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, *facultado à administração tributária*, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, *identificar, respeitados os direitos individuais* e nos termos da lei, *o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte*." (Grifamos.)

Depreende-se da leitura do dispositivo constitucional acima transcrito que o poder de fiscalização da autoridade tributária está limitado pelos direitos individuais. Portanto, querer afastar qualquer direito individual, como o é o sigilo bancário, exclusivamente para fins de fiscalização tributária, sem ordem judicial fundamentada, constitui afronta ao disposto no § 1.º do art. 145 da CF.

Trata-se de mais uma explicitação constitucional dos limites à atuação estatal, dentro de um Estado Democrático de Direito. Os fins de fiscalização tributária indubitavelmente são legítimos, não implicando, contudo, na possibilidade de afastamento de garantias e direitos constitucionais, sob pena de vivermos sob o arbítrio estatal característico dos regimes autoritários e totalitários, sendo inadmissível o afastamento à ordem constitucional.

2.4 Da possibilidade de impetração de mandado de segurança

O mandado de segurança é garantia constitucional dos direitos individuais, conforme prevê o art. 5.º, LXIX, da CF de 1988. É pressuposto para a impetração de mandado de segurança, na forma da Constituição e do disposto no art. 1.º da Lei 1.533, de 31.12.1951, a existência de direito líquido e certo a ser protegido, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofra violação ou tenha o justo receio de sofrê-la por meio de ato de autoridade pública.

Com efeito, todos os pressupostos para a impetração de mandado de segurança preventivo estão presentes neste caso.

O direito à proteção do sigilo bancário é líquido e certo, por força do disposto nos incisos X e XII do art. 5.º da CF de 1988. Nada mais é necessário, para comprovar a existência do direito, que não a mera interpretação literal dos dispositivos constitucionais citados. O direito ao sigilo bancário, na forma do art. 5.º *caput*, é conferido a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, como é o caso da consulente. Enfim, trata-se de direito individual previsto constitucionalmente.

Por outro lado, há justo receio de sofrer, inconstitucionalmente e ilegalmente, violação desse direito por autoridade pública, mais exatamente pela autoridade tributária.

O direito ao sigilo bancário existe, mas, reitera-se, não é absoluto, pois é possível, por meio de ordem judicial, limitá-lo. Assim, faltaria o requisito da violação ilegal, e aqui também podemos considerar a violação inconstitucional, para a impetração da mandado de segurança, se houvesse ordem judicial fundamentada ordenando a quebra de sigilo.

Contudo, no presente caso, não existe essa ordem. O que há é uma ordem meramente administrativa, que é *ilegal*, por afrontar os requisitos para a instauração de procedimento administrativo, previstos na Portaria 1.624/2000 da Secretaria da Receita Federal (e reiterados no Dec. 3.724/2001); e *inconstitucional*, por afrontar, além do disposto nos incisos X e XII do art. 5.º, o disposto no inc. LIV do mesmo artigo e o § 1.º do art. 145, também da Constituição.

É importante ressaltar que, instaurado o procedimento administrativo como está, nos termos do art. 6.º da LC 105/2001 e dos arts. 2.º e 4.º do Dec. 3.724/2001, a própria administração pública poderá ordenar ao Banco XXX que informe todos os dados sobre a movimentação financeira da Consulente.

Ademais, caso a consulente não cumpra a ordem de quebra de sigilo bancário que lhe foi dada pela intimação recebida, poderá ainda lhe ser imputada a prática de crime, conforme dispõe o art. 10 da LC 105/2001, que comina pena de reclusão de um a quatro anos e multa, por omitir as informações requeridas nos termos daquela lei. Assim, a não renúncia de direito líquido e certo, afrontado ilegal e inconstitucionalmente, poderá ser considerada crime.

Há, assim, justo receio da consulente de sofrer violação ilegal e inconstitucional de direito líquido e certo. Nesse sentido, perfeitamente cabível a impetração de mandado de segurança preventivo, para evitar a violação iminente do seu direito de sigilo bancário. Há risco real de afronta desse direito, apto a justificar uma ordem judicial liminar, para que se paralise o procedimento fiscal, afastando a exigência de apresentação de dados da conta bancária pela própria consulente e impedindo a quebra de sigilo bancário pela autoridade fiscal, ao exigir do banco informações.

Cabe mencionar decisão do STJ referente ao mandado de segurança preventivo:

"Mesmo no mandado de segurança preventivo, não basta o simples risco de lesão a direito líquido e certo, com base apenas no julgamento subjetivo do impetrante. *Impõe-se que a ameaça a esse direito se caracterize por atos concretos ou preparatórios de parte da autoridade impetrada, ou ao menos indícios de que a ação ou omissão virá atingir o patrimônio jurídico da parte.*" (STJ, *RDA* 190/171, grifamos.)

Com efeito, a existência do procedimento administrativo em tela é pressuposto para que haja ordem de quebra de sigilo fiscal pela própria autoridade administrativa ao Banco XXX, caso a consulente não cumpra a ordem ilegal e incons-

titucional e forneça, ela própria, os seus dados bancários. Portanto, há ameaça claramente concreta de violação de direito líquido e certo, apta a ser afastada por ordem judicial emanada em mandado de segurança preventivo.

Em conclusão, pelos fundamentos acima invocados, opinamos pela inconstitucionalidade da violação do sigilo bancário, que está na iminência de ser realizado pela autoridade tributária, no curso de procedimento fiscal, constituindo-se também ilegal a instauração de procedimento fiscal, a partir tão-só de dados da movimentação financeira da consulente, sendo plenamente cabível a impetração de mandado de segurança preventivo.

É o meu parecer, s.m.j.

São Paulo, 10 de abril de 2001.

7. SOCIOLOGIA JURÍDICA

7.1

PROBLEMAS METODOLÓGICOS NA HISTÓRIA DO CONTROLE SOCIAL: O EXEMPLO DA TORTURA

ANA LUCIA SABADELL

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Dificuldades do estudo da história do "direito penal": superando o continuísmo e o evolucionismo: 2.1 Continuísmo (ou universalismo); 2.2 Evolucionismo – 3. Tortura legal: 3.1 O âmbito histórico-cultural; 3.2 O sistema de provas legais; 3.3 Os sentidos da tortura – 4. Ambivalências do século XIX diante da tortura: 4.1 "El tormento queda abolido"; 4.2 "Una tortura d'altro genere" (Manzoni) – 5. O presente.

Resumo: O trabalho apresenta criticamente a visão universalista e evolucionista que marca a história do direito penal. Demonstrando que essas escolhas metodológicas objetivam legitimar o direito penal moderno, procura-se indicar que não correspondem aos dados da história dos mecanismos de controle social. As falácias do universalismo e do evolucionismo são examinadas no exemplo da tortura, indicando as grandes diferenças conceituais e funcionais entre a tortura legal e a moderna tortura extrajudicial.

Palavras-chave: Continuísmo – Evolucionismo – História do controle social – Processo penal – Sistema probatório – Tortura legal – Tortura ilegal.

1. Introdução

Há cerca de 800 anos, iniciaram-se estudos jurídicos sobre a instituição da tortura, que, a partir de então, jamais se desvinculariam do direito moderno. Essa afirmação contém quiçá uma "verdade" e seguramente uma "mentira".

A verdade é relativa, pois depende de se adotar um conceito amplo ou estrito de tortura. A *tortura judicial* foi admitida e regulada entre os séculos XIII e XVIII pela legislação de diversos reinos europeus, tendo sido objeto de estudo dos juristas.[1] O conceito de tortura neste período é muito diferente do fenômeno que hoje conhecemos por tortura e que há várias décadas é objeto de preocupação de auto-

(1) V. a apresentação em Pietro Fiorelli. *La tortura giudiziaria nel diritto comune*. Milano: Giuffrè, vol. I, 1953, vol. II, 1954.

ridades internacionais e nacionais. Como veremos, somente um conceito amplo e flexível pode permitir abranger e homogeneizar institutos pertencentes a diversas experiências jurídicas, embora conceitos amplos impeçam, por via de regra, destacar a especificidade de cada um dos objetos estudados.

Se definirmos como tortura o emprego de violência física ou psíquica contra um acusado ou uma testemunha, com a finalidade de obter uma confissão de culpa ou informações sobre um determinado fato delitivo,[2] é possível afirmar que a prática da tortura se faz presente em diversos períodos da história da humanidade, seja no direito penal romano, seja nos reinos europeus medievais, seja nos países colonizados, seja na guerra entre Israel e Palestina ou nas delegacias de polícia de qualquer Estado brasileiro em 2002. Mas tal conceito é metodologicamente adequado?

Ao adotar uma definição ampla sobre um fenômeno, o cientista defronta-se com o risco de não conseguir transmitir o significado do mesmo. Portanto, as vantagens que um raciocínio simplista e homogeneizante trazem para a compreensão universal de um fenômeno podem acarretar graves problemas metodológicos.

Um exame atento indica que a tortura judicial na Idade Média e Moderna não tem elementos em comum com a tortura ilegal, presente nos sistemas atuais de justiça penal, como é o caso do brasileiro. Talvez o único aspecto

(2) Ver a definição da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes da ONU de 1984, constante do art. 1.º: "o termo 'tortura' designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou 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". Colocamos de antemão a pergunta: esta definição se adapta à idéia de tortura legal que vigorou em toda a Idade Média? A resposta é negativa, inclusive levando em consideração a parte final do mesmo artigo, que reza: "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". Ora, como veremos neste trabalho, a tortura judicial ou legal era regulada por lei e admitida em diversos ordenamentos jurídicos do continente europeu, não havendo semelhança entre esta instituição e aquela à qual se refere a ONU. O contrário é afirmado por autores que conhecem apenas superficialmente a história da tortura judicial. Sustentando que a tortura possui uma "longa genealogia", estes autores chegam a afirmar que a definição de tortura de Ulpiano (século III d.C.) apresenta as mesmas características que a mencionada definição da ONU (1984), considerando a idéia de sofrimento como ponto em comum entre ambas definições. Cf. Rod Morgan. Tortures et traitements inhumains ou dégradants en Europe: quelques données, quelques questions. In Claude Faugeron, Antoinette Chauvenet e Philippe Combessie (Organizadores). *Approches de la prison*. Bruxelles: De Boeck Université, 1996. p. 330.

em comum seja a expressão empregada para definir determinados tipos de conduta: tortura.

Por outro lado, a referida "mentira", que se esconde por detrás da supracitada afirmação, refere-se à idéia de evolução que este tipo de frase suscita: existe um único direito em constante evolução. No que se refere à tortura, esta sempre esteve presente nos sistemas penais que negam os postulados iluministas (respeito à dignidade humana, moderação e "humanidade" das penas, reeducação do culpado etc.), por isso seria possível detectar o passo da legalidade-abolição para a proibição-ilegalidade pela identificada ausência de liame – em ambos os sistemas – com os postulados iluministas.

Antes de examinar a história da tortura devemos fazer um pequeno estudo introdutório, abordando alguns dos fantasmas que povoam a história das instituições penais.

2. Dificuldades do estudo da história do "direito penal":[3] superando o continuísmo e o evolucionismo

2.1 Continuísmo (ou universalismo)

Em vários manuais de direito penal deparamo-nos com um capítulo introdutivo, de caráter histórico, no qual este é apresentado como um fenômeno quase natural, que sempre existiu. Os penalistas afirmam que "a história do Direito Penal consiste na exposição do direito punitivo de outras épocas e em sua comparação com o vigente"[4] ou referem-se aos "bons estudos modernos acêrca da evolução do Direito Penal, desde as suas longínquas origens, até o surto das correntes contemporâneas",[5] causando ao leitor a impressão de defrontar-se com um processo de continuidade.

A base deste raciocínio é a idéia da continuidade (*Kontinuitätsdenken*) do fenômeno jurídico (ou do universalismo: *ubi societas ibi ius*)[6] – expressa, por

(3) Como não acreditamos que seja metodologicamente adequado falar em "história do direito penal" – pelos motivos que serão aqui expostos –, utilizamos o termo entre aspas, considerando muito mais adequado empregar a expressão "história do controle social" ou "história dos mecanismos de repressão". Observamos que na Alemanha é empregado, sobretudo entre historiadores, o termo "historische Kriminologie" e na França o termo "histoire de la criminalité".

(4) Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977. p. 25; cf. Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal*. Parte geral. 6. ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 1, p. 21.

(5) Basileu Garcia. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, s/d, n. 4, vol. I, t. I, p. 12.

(6) Sobre as características e a crítica do continuísmo, cf. António Manuel Hespanha. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Mem Martins: Publicações Europa-

exemplo, na frase: "O fenômeno jurídico surge simultaneamente com a formação das primeiras agremiações humanas. O direito nasceu com a sociedade, é contemporâneo dela, dá-lhe estrutura, dispõe suas partes, condiciona sua constituição".[7] Assim sendo, a maioria dos autores considera que existiu em toda a história humana um único direito penal e que isto pode e deve ser objeto de atenção do jurista.

Sabemos que a humanidade tem dois milhões de anos de história. Uma primeira reflexão refere-se à possibilidade de obter informações fidedignas sobre todo este passado, para que possamos compreender qual foi o caminho traçado pelo direito. Desde que época é possível falar em "direito" e em "direito penal"? Terão razão os citados autores de manuais de direito penal ou a idéia de continuidade histórica do direito existe apenas "na mente" do jurista contemporâneo, não mantendo uma correspondência com os dados históricos?

Para falar de direito penal em geral deveríamos indicar quais componentes permanecem constantes na história da humanidade. Isto não é, porém, possível. Nem delito, nem pena, nem processo, nem lei, nem criminalidade, nem nenhum outro conceito básico das ciências criminais de hoje se encontra *continuamente* na história. As percepções e as reações sociais são tão diferentes que não podemos falar em objeto único. Os penalistas modernos somente projetam a situação de hoje em épocas passadas para dar "dignidade histórica" ao direito penal e para legitimar as escolhas feitas no presente. O raciocínio parece ser: se o direito penal sempre existiu, então é necessário e seus críticos ignoram esta lição fundamental da história da humanidade.

América, 1998. p. 16-19, 34-57; cf. também José Reinaldo de Lima Lopes. *O direito na história. Lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 20-21. Com referência específica ao direito penal, cf. Günter Jerouschek, Geburt und Wiedergeburt des peinlichen Strafrechts im Mittelalter, In *Festschrift für Karl Kroeschell*. München: Beck, 1997. p. 497-509. No âmbito do direito penal brasileiro, Nilo Batista faz uma breve referência crítica ao universalismo dos juristas. Do texto denota-se que o autor não demonstra interesse pelo tema, já que redireciona rapidamente sua análise para a discussão sobre as relações entre direito e economia (*Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 17-19). Sobre a visão metodológica deste autor, ver também a nota de rodapé n. 62.

(7) Vicente de Paulo Vicente de Azevedo. *Apostilas de direito judiciário penal. Programa e anotações do curso*. São Paulo: Saraiva, 1952. vol. I, p. 24. Para a mesma problemática entre obras mais atuais (e nem por isso menos retóricas), cf. Edgar Magalhães Noronha. *Direito penal*. 33. ed., atual. por Adalberto José de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. I, p. 20 ("a história do direito penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou"); Paulo José da Costa Júnior. *Curso de direito penal*. 4. ed., atualizada. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. I, p. 10 ("o primeiro direito a surgir foi o penal"); Paulo Lúcio Nogueira. *Curso completo de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 1: "vamos encontrar a primeira norma de caráter penal no livro do Gênesis (...). Como o homem infringiu a primeira norma penal, a história nos dá notícia de que o Todo-Poderoso executou a sanção referente ao preceito violado".

Aqui se coloca uma questão importante. Como podemos conhecer o passado? A grande fonte de informação dos antropólogos sobre os dois milhões de anos da história humana provém dos estudos das sociedades indígenas. Sabe-se que, no período da pedra lascada, a única norma geral de proibição existente era o incesto[8] (que hoje muitas legislações já não punem). Qualquer outra lesão era considerada como problema a ser resolvido entre os interessados sem formas de punição preestabelecidas.

Para afirmar que aquele que se apodera de coisa móvel de terceiro pratica furto, primeiramente, é necessário que a comunidade à qual nos referimos tenha internalizado determinadas "idéias jurídicas". Ou seja, que existam propriedade privada e leis que definam e proíbam o furto; que existam aparelhos sociais incumbidos da aplicação da norma. Ora, o homem das cavernas não tinha título de propriedade nem código, não chamava seu advogado, nem ia à polícia... Portanto, é estranho falar em furto ou em qualquer outro "delito", supondo que "onde há sociedade há direito".[9]

Neste contexto, uma das maiores vítimas dos penalistas são as "leis de Hamurabi", que denominamos de "código" para reafirmar a idéia de continuidade e inchar as páginas de livros e artigos. Nunca foi encontrada prova de que o referido "código" tenha vigorado ou decisão que o citasse, quanto mais de que efetivamente constituísse, aos olhos daquela comunidade de então, um código de leis. E o que pode significar um código em uma época na qual – além de poucos funcionários do rei – quase ninguém sabe ler?[10] O código de Hamurabi constitui, assim, uma daquelas "mentiras" criadas pelo imaginário do jurista. Vários autores consideraram adequado fazer uma tal leitura do conteúdo deste suposto código, atribuindo-lhe uma função semelhante à dos fatos típicos modernos.

A historiografia jurídica tradicional contribuiu para a enraizamento do *Kontinuitätsdenken* nas pesquisas jurídicas, mas a expansão do pensamento crítico no âmbito da historiografia jurídica, a partir de 1970, permitiu o surgimento de

(8) Uwe Wesel, Geschichte des Rechts. *Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*. München: Beck, 1997. p. 24.

(9) Ainda que se considere o termo "direito" em sentido amplo, como propõem os adeptos do pluralismo jurídico, não é metodologicamente adequado aplicar este conceito a períodos históricos tão remotos. Sobre o problema da definição "ampla" ou "restrita" do direito cf. Ana Lucia Sabadell. *Manual de sociologia jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: RT, 2000. p. 104-112, 184-189.

(10) Wesel, op. cit. (nota 8), p. 83. Cf. John Gilissen. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1988. p. 61: "Estes textos não parece mesmo terem sido leis, mas antes, como lhes chama o Código de Hammurabi, *dinât misharim*, ou seja, julgamentos de direito, ensinamentos indicando o caminho aos juízes. Cada frase, geralmente breve, diz respeito a um caso concreto e dá a solução jurídica (...). As recolhas de direito cuneiformes não conhecem qualquer sistematização do direito, qualquer doutrina jurídica".

novas formas de pesquisa em diversos países.[11] A mudança de paradigma que ocorreu na história do direito ainda é recente e deve-se, sobretudo, a uma preocupação de caráter metodológico: respeitar o passado como forma de aceder, ainda que limitativamente, ao seu conhecimento.[12]

2.2 Evolucionismo

O segundo problema metodológico das referências na história do "direito penal" relaciona-se com a idéia do evolucionismo. Inúmeras opiniões de autores conhecidos, que adotam a idéia da continuidade, também identificam na história do "direito penal" uma constante evolução no sentido do aperfeiçoamento.

O progresso da civilização situaria o direito penal contemporâneo em uma posição privilegiada com relação ao direito penal de outras épocas: "Em tempos idos, o Direito Penal era arbitrário, tirânico",[13] hoje, ao contrário, é "humano", respeita as regras de um Estado de direito, os direitos dos cidadãos.

A idéia de constante evolução rumo ao "melhor" é um legado do Iluminismo jurídico que efetuou uma contraposição entre direito penal bárbaro-obscurantista da época medieval e direito penal racional-esclarecido, que, tendo como fundamento o contrato social, deveria garantir direitos, respeitar a dignidade humana, estabelecer regras gerais e reeducar os criminosos.

Esta concepção, fortemente arraigada na cultura e na linguagem moderna,[14] é contrária às exigências metodológicas do estudo histórico, já que examina o passado através da lente do presente: não pode restituir a experiência jurídica do passado, quando, por exemplo, os tormentos eram um instituto legal e legítimo,[15]

(11) A título ilustrativo citamos alguns autores: na Alemanha encontramos Johannes-Michael Scholz, Michael Stolleis e Günter Jerouschek; na Itália, Paolo Grossi, Pietro Costa e Mario Sbriccoli; na Espanha, Bartolomé Clavero, Carlos Petit e Antonio Serrano González, e, em Portugal, António Manuel Hespanha.

(12) Para mais indicações, cf. António Manuel Hespanha. *História do direito*. In André-Jean Arnaud (Org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 374-376; do mesmo autor: *Panorama*, cit. (nota 6), p. 12-30, 37-40. Uma discussão profunda sobre as tarefas e os problemas metodológicos da história do direito encontra-se nas Atas do Congresso "Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro", publicadas na *Revista Quaderni Fiorentini pel la storia del pensamento giuridico moderno* 22, 1986.

(13) Garcia, op. cit. (nota 5), p. 19.

(14) É indicativo que o *Dicionário Aurélio* no verbete "inquisitorial" apresenta, como segundo significado: "que tem caráter de exame vexatório" e, como terceiro significado: "muito severo; desumano; terrível" (2. ed. Nova Fronteira, 1992. p. 950).

(15) Ver analiticamente Ana Lucia Sabadell. Tormenta juris permissione. *Folter und Strafverfahren auf der iberischen Halbinsel (16.-18. Jahrhundert)*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

e tampouco pode interpretar a criação e a evolução de institutos penais na história, que não segue um simples esquema evolucionista.

Assim seria errado adotar a visão de Roxin, que, entre muitos outros, afirma: "no decorrer do desenvolvimento cultural a pena estatal substituiu a vingança privada e a reação violenta de famílias e grupos; o resultado foi que o direito de retribuição passou para uma instância superior e neutra, que julga segundo regras formais e assim cria a paz".[16]

A forma mais elaborada do evolucionismo encontra-se no famoso esquema dos "quatro estágios" (vingança privada sem regras; lei do talião; substituição do talião pela indenização; pena estatal), que encontramos em vários autores e cuja finalidade é de demonstrar que "as mesmas instituições aparecem no decorrer dos séculos em vários lugares do planeta, as mesmas fases se sucedem em função do progresso da civilização e da organização social".[17]

Por que tais concepções conseguem manter-se por tantas décadas? A resposta reside na sua função política: o evolucionismo constitui o troféu de legitimidade dado às escolhas do presente: o melhor sistema jurídico é o do homem contemporâneo!

A finalidade é de legitimar o direito moderno e o Estado,[18] apresentando-os como neutros, racionais e culturalmente superiores a qualquer outra experiência histórica e social de solução de conflitos. Porém, tal argumentação não se fundamenta em elementos históricos, nos quais não se constata uma única linha de desenvolvimento.[19] Existiram, por exemplo, na época romana, tribunais públicos que depois desapareceram, e nos séculos subseqüentes assistiu-se a um retomar da vingança privada; o direito penal público volta, nos territórios italiano e francês, no século XII.[20]

(16) Claus Roxin. Strafrecht. *Allgemeiner Teil*. 2. ed. München: C. H. Beck, 1994. vol. I, p. 40.

(17) Assim, por exemplo, Gaston Stefani; Georges Levasseur e Bernard Bouloc. *Droit pénal general*, Paris: Dalloz, 1992. p. 44; a frase supracitada objetiva introduzir o esquema evolucionista dos autores (vingança privada; justiça privada; justiça pública – p. 45-53); cf. Magalhães Noronha, op. cit. (nota 7), p. 20 *et seq.* (em períodos remotos a pena era vindita, "não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com sua justiça", sendo que o "direito penal como sistema orgânico de princípios (...) é conquista da civilização" (p. 20); Bitencourt, op. cit. (nota 4), p. 22: "com a melhor organização social, o Estado afastou a *vindita privada*, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a segurança social".

(18) Paolo Grossi. La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17, 1988. p. 362-365; cf. Hespanha. Panorama, op. cit. (nota 6), p. 35; Lopes, op. cit. (nota 6), p. 22.

(19) Sobre os erros históricos da visão evolucionista no direito penal, cf., por exemplo, Norbert Rouland. *Introduction historique au droit*. Paris: PUF, 1998. p. 27-33.

(20) Hinrich Rüping. *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*. München: C. H. Beck, 1998. p. 4-14.

Mesmo quando os reis e os senhores feudais proclamam oficialmente a "Paz e Trégua" territorial a partir do século XI no território da atual Alemanha, proibindo a prática da *compositio* (indenização da família da vítima, em caso de homicídio, que libera da pena), o povo de Friesland consegue manter seu privilégio de justiça privada, não observando os termos deste acordo, até a segunda metade do século XVI, quando este lhe foi imposto, apesar dos protestos.[21]

Por outro lado, existem hoje linhas de análise as quais indicam que o direito penal estatal é efetivamente "bárbaro".[22] Em cada caso, o historiador, em vez de elaborar uma análise baseada em conceitos e experiências da sociedade contemporânea, deve concentrar seu estudo nos (infelizmente) poucos elementos que se possui sobre o passado.

A história da tortura constitui um claro exemplo de como se reconstrói a história de uma instituição para confirmar as escolhas do presente: o direito passou por todas as etapas da evolução histórica, melhorando paulatinamente, até chegar no estado atual de "civilização," no qual, entre outros aspectos, a tortura é proibida e tipificada como crime de lesa humanidade. Certamente os dados indicam que a tortura persiste, mas se está lutando pela sua erradicação. E o que seria melhor? Permanecer aceitando-a como no direito medieval?

Esta última questão nos remete novamente a um problema metodológico: as Idades Média e Moderna desconheceram a discussão acerca dos direitos da pessoa humana, introduzidos com o Iluminismo e as Revoluções do final do século XVIII. O discurso acerca de *liberté, égalité, fraternité* pertence à modernidade. Como é possível aplicar a uma sociedade estamental, fundada na religião cristã, conceitos que começam a ser estabelecidos em paralelo ao desenvolvimento do sistema capitalista? Então, para confirmarmos a crença de que o liberalismo e a ciência jurídica contemporânea constituem o ápice da evolução histórica, manipulamos os limitados dados que possuímos acerca do direito em épocas passadas.[23]

3. Tortura legal

3.1 O âmbito histórico-cultural

A tortura legal, então denominada em latim *quaestio, tortura* ou *tormentum*, ocupa um lugar de destacada importância no direito medieval europeu a partir do

(21) Jerouschek, op. cit. (nota 6), p. 508.

(22) Pensamos nos autores abolicionistas.

(23) O primeiro autor a chamar a atenção sobre os erros metodológicos cometidos pelos autores ilustrados, no que tange à análise do direito medieval e moderno, foi Manzoni, na primeira metade do século XIX. Este autor realizou um estudo sobre um famoso processo do século XVII no qual pessoas inocentes, acusadas de terem espalhado a

século XII, seja este o direito real, feudal, local, específico de determinadas agremiações, ou inclusive o canônico.[24] Ela era considerada como o meio mais eficaz para a averiguação da verdade material de determinados delitos, cuja elucidação era considerada difícil.

A tortura judicial estava inserida numa sociedade feudal, eminentemente tradicional, cujos valores estavam vinculados aos preceitos da religião católica. Nessa sociedade, a vida e a dor eram percebidas de forma bastante diferente da atual, predominando a preocupação com valores espirituais como a religião, a honra, a moral e a alma. Também devemos lembrar que o homem medieval tinha uma expectativa de vida muito limitada, sendo constantemente rondado pela morte. Por exemplo, muitas das enfermidades fatais, tal como a peste, que chegava a dizimar cidades, ou as pragas, que destruíam as plantações, causando mortes por fome, eram atribuídas a castigos divinos, a feitiçarias ou à presença dos judeus.

Apenas para exemplificar, a peste de 1349, que atingiu vários países da Europa, causou ondas de perseguição contra os judeus[25] e a de 1630, que dizimou cerca de 2/3 da população de Milão, foi atribuída a feitiçarias praticadas por dois senhores, que teriam aplicado ungüento nos muros da cidade, provocando assim a peste.[26]

Ademais, a base do direito medieval que se formou na Europa a partir do século XIII eram, ao lado do direito romano, os textos do direito canônico e os ensinamentos da teologia. Se examinarmos o conceito de "crime" nos textos da doutrina e das leis dessa época, ficaremos surpresos ao averiguar que é definido, sobretudo, como pecado. Reinava, assim, uma indistinção funcional entre viola-

peste em Milão, foram condenadas à morte. O caso havia sido anteriormente objeto de análise de Pietro Verri. Manzoni o analisa minuciosamente e, demonstrando profundo conhecimento do *mos italicus*, coloca em dúvida algumas das afirmações de Verri, notadamente as relativas ao caráter bárbaro deste direito. Cf. Alessandro Manzoni. *Storia della colonna infame*. Palermo: Sellerio, 1981; Pietro Verri. *Osservazioni sulla tortura*. Ed. organizada por G. L. Barni. Milano: Burn, 1961. O fato de ter criticado a versão histórica difundida pelo iluminismo jurídico, de não ser partidário do paradigma liberal da historiografia contemporânea, custou muitas críticas a Manzoni. Passaria mais de um século para que sua obra fosse considerada como um ponto de referência para a história crítica do direito. Cf. as referências bibliográficas apresentadas no trabalho monográfico Ana Lucia Sabadell, *La importancia de Manzoni para la actual historiografia jurídica*, Barcelona, 1993.

(24) O pluralismo jurídico europeu desenvolve-se sob a unificadora influência do *ius commune*, e por isto o direito tende a ser tão semelhante nos vários países e ordenamentos paralelos. Cf. Hespanha, *Panorama*, cit. (nota 6), p. 66-129.

(25) Cf. Hinrich Rüping, op. cit. (nota 20), p. 52-53; Jean Delumeau. *História do medo no ocidente 1300-1800*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 107 *et seq*.

(26) Alessandro Manzoni, op. cit. (nota 23), p. 21-30.

ção da lei divina e da lei humana.[27] Neste âmbito, a vida na terra era entendida apenas como uma etapa da vida do homem. A possibilidade de dispor do corpo, maltratando-o para cumprir uma penitência ou para que se execute uma pena corporal ou de morte, era intrínseca a essa sociedade. Portanto, afirmar que o direito medieval e moderno europeu era bárbaro e desrespeitava os direitos fundamentais é uma típica projeção de idéias atuais ao passado e conseqüentemente cria empecilhos para aceder ao conhecimento histórico.

A compreensão do que foi a tortura no seu passado exige do pesquisador um grande esforço de análise, dada a dificuldade não só de acesso a informações, mas também de compreensão da lógica deste passado. No prefácio de seu livro *Antidora*, Bartolomé Clavero aponta para esta dificuldade (e também para a desilusão) que enfrenta quem se dedica com seriedade ao estudo da história do direito: quem deseja compreender outro tempo não consegue escapar do presente, de sua mentalidade e visão do mundo, mesmo quando objetiva não instrumentalizar a história.[28] Sabe-se muito bem dos limites da neutralidade e da dificuldade em ter acesso a fontes fidedignas.

É evidente que o projeto de utilizar o direito como mecanismo de controle social efetivo, capaz de expandir-se por todo um território, surge com o iluminismo jurídico atrelado à expansão de uma sociedade capitalista. "O direito começou a existir quando se afirma o indivíduo como sujeito, isto é, no nosso tempo."[29]

3.2 O sistema de provas legais

Na mentalidade medieval a tortura judicial não era sadismo, nem simples imposição de sofrimento, nem "crime hediondo". Era um legítimo meio de prova. Portanto, não pode ser entendida sem se conhecer o sistema de provas ao qual ela estava vinculada.

A prova é um mecanismo pelo qual se tenta estabelecer a verdade de uma alegação, de um direito ou de um fato. Os pesquisadores vêm trabalhando há décadas com um esquema que objetiva explicar a evolução das provas no decor-

(27) Bartolomé Clavero. Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones. In Francisco Tomás y Valiente (Org.). *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*. Madrid: Alianza Universidad, 1990. p. 60-61.

Um autor do século XVII, Avendaño Estenaga, afirmava que "todo lo que es contra la ley humana, es contra la eterna de Dios (...) y la razón es, porque la eterna ley de Dios manda obedecer a los Superiores, y legisladores humanos" (M. Avendaño Estenaga. *Tratado segundo de pecados com que se viola la ley*. Madrid: En la imprenta de Antonio Roman, 1685, parte I, cap. II, § 1.°, n. 2, p. 24).

(28) Bartolomé Clavero. *Antidora. Antropologia católica de la economia moderna*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 1-2. Isto leva a que autores como Clavero optem por fazer uma história do direito de cunho literário.

(29) Bartolomé Clavero. *Antidora*, cit. (nota 28), p. 1.

rer da história da humanidade. Assim, distingue-se entre: a) o sistema das provas irracionais; b) o sistema das provas legais; c) o sistema da prova livre.[30]

Trata-se de um esquema que apresenta os supracitados defeitos do evolucionismo: não consegue restituir a experiência do passado, que não é linear tal como este sugere, e utiliza o conceito de racionalidade para desacreditar sistemas do passado. Para citar um exemplo, por que deve ser considerada como "irracional" uma manifestação divina, para pessoas e sociedades que acreditavam em Deus e, portanto, na racionalidade do seu sistema probatório?[31] E por que deve ser considerada racional a "livre apreciação da prova" pelo juiz moderno, já que no "livre convencimento" entram em jogo elementos subjetivos?

A tortura judicial está vinculada ao sistema de provas legais, desenvolvido a partir do século XIII pelos doutrinadores do direito medieval europeu.[32] Sua base é a classificação sistemática das provas romanas, segundo o método escolástico, em graus: provas plenas, semiplenas, indícios e presunções. Acima da prova plena está o *notorium*. Por meio deste instituto era concedida a dispensa de produção de provas em determinados casos.

O sistema de provas legais baseava-se na obrigatoriedade de reunir certos meios de provas para proceder à imposição da pena. Neste sistema era a lei (e/ou a doutrina) que determinava o grau de verdade que se devia atribuir a cada um dos meios probatórios. Este grau era configurado por um determinado valor previamente estabelecido. Ao atingir-se este valor, produzia-se automaticamente a condenação do réu ou, em caso contrário, a sua absolvição. A avaliação das provas obedecia assim a critérios predeterminados que impediam uma livre apreciação.

A princípio, o juiz estava autorizado a proceder à condenação do acusado somente quando existisse uma prova plena, sendo esta a confissão do réu, o tes-

(30) Cf., por exemplo, Gilissen, op. cit. (nota 10), p. 714.

(31) Classificar um sistema de provas como irracional significa atribuir-lhe uma qualidade (negativa), que exprime um juízo de valor do pesquisador. Neste sentido, discorda-se da análise feita por Lima Lopes sobre as provas divinas e a superação destas pelas racionais, op. cit. (nota 6), p. 103. O autor adota a clássica visão iluminista: o homem entendeu que a prova divina era "loteria" e passou a utilizar um sistema racional. Esta visão não permite entender a racionalidade do passado, nem a simbiose que existiu entre religião e direito, inclusive nos sistemas de provas legais. Cf. Sabadell, Tormenta, cit. (nota 15), p. 22, 169-175, 229.

(32) Cf. analiticamente Jean Philippe Lévy. *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Âge depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIVe siècle*. Paris: Sirey, 1939; Giorgia Alessi Palazzolo. *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*. Napoli: Jovene, 1979. A denominação *sistema de provas legais* é indicativa da tendência em projetar as construções do presente no passado. Na realidade, este sistema foi produto de um acordo entre doutrinadores, sem base legislativa. Cf. Jean-Marie Carbasse. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. Paris: PUF, 2000. p. 167. Porém, o jurista moderno tende a considerar tudo aquilo que é válido como fundamentado em lei.

temunho ocular de duas pessoas católicas e de moral ilibada ou, eventualmente, um documento. O objetivo do sistema era vincular a decisão do juiz à teoria da prova legal, não lhe permitindo julgar conforme suas convicções.[33] Um exemplo de prova semiplena: um testemunho ou a confissão extrajudicial. Um indício de ordem superior: quando, na presença dos suspeitos, o sangue jorra das feridas do cadáver do morto, porque, como diziam muitos autores do *ius commune*, esta efusão de sangue milagrosa (*iudicium feretri*) permitia que o "indiciado por Deus" fosse torturado.[34]

Indícios de ordem inferior eram a inimizade com a vítima, a confissão judicial que resultava contraditória, a pessoa pobre que se tornava rica logo depois da ocorrência de um delito ou a pessoa que seria a única herdeira da vítima.[35]

O último elemento de importância do sistema de provas era o *notorium*. *Notorium* é uma "probatio probata" à qual se deve dar a máxima credibilidade, já que, diferentemente das demais provas, não permite que se estabeleça nenhuma discussão ou questionamento.[36] É que nos casos em que se constata a notoriedade, não há necessidade de produzir provas, possibilitando-se, assim, uma automática condenação do réu. Dessa forma, a notoriedade impede a prova contrária e torna aplicável um procedimento mais rápido.

A teoria do notório é uma criação canônica, sem precedente romano, elaborada entre os séculos IX e XIII. A opinião majoritária entre os doutrinadores que seguem a linha do *mos italicus* (que predominou na Espanha e em Portugal) considera o notório como um expediente que deriva do princípio da economia dos meios processuais. Neste sentido, permitia resolver parte dos problemas que suscitava o sistema de provas legais, já que relativizava o rígido formalismo das provas legais.[37]

(33) O livre arbítrio era visto como perigoso para o interesse da comunidade; por isto proíbe-se a livre apreciação das provas. Cf. as referências em Sabadell, Tormenta, cit. (nota 15), p. 76-81, 121-125.

(34) Antonio Quevedo y Hoyos. *Libro de indicios y tormentos; que contiene toda la práctica criminal, y modo de sustanciar el proceso indicativamente hasta descubrir el delito y el delincuente y ponerle en estado de condenarle, o absorvele*. Madrid: 1632, parte I, cap. 8, n. 9, folha 34, verso. Para uma análise da posição da doutrina diante dos diversos tipos de provas, cf.: Sabadell, *Tormenta*, cit. (nota 15), p. 76-92.

(35) Entre outros, Petrus Amigant, Decisiones et enucleationes criminales, seu praxis Regii Criminalis concilii, Cathaloniae, curiarum inferiorum, necnon aliorum Tribunalium, Ecclesiasticorum, et Secularium, vol. II, Barcelona: 1697, Dec. 40, n. 2-10, 13, 29-31, p. 6-40; Dec. 41, n. 1-49, p. 44-54.

(36) Antonius Butri. Tractatus de Notorio. cap. II, n. 1, folha 50, verso, In *Tractatus Illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Probationibus, Tomus Quartus*, Venetiis, 1584.

(37) Augustini Barbosae. *Repertorium juris civilis et canonici*. Lugduni: Sumptibus Anisson & Joannis Posuel, 1713, Litera N, Verbo Notorium, p. 158: "quod in notoriis ordo judiciarius non est servandus. Notoriis non admittitur appellatio".

A doutrina do direito medieval europeu desenvolveu três tipos de notório: o primeiro era o *notorium facti*, fundado sobre o princípio da evidência. Toda vez que um delito fosse cometido ante diversas pessoas era possível alegar um *notorium facti* (o princípio da evidência seria aqui a voz pública). Tratava-se de uma questão lógica. Se o objetivo da prova é averiguar a materialidade e a autoria de um delito, ora, toda vez que um delito fosse cometido publicamente, tal prova se faria desnecessária, pois a autoria e a forma como foi executado o delito eram de *per se* notórias. A segunda modalidade era o *notorium iuris*, que ocorria quando um fato era dado como certo (correto) por critérios judiciais (a coisa julgada, a confissão espontânea). Observe-se que, para a confissão ser elevada à categoria de *notorium*, deveria a mesma ser espontânea e feita de forma juridicamente válida. Por último, temos o *notorium praesumptionis*, baseado em uma presunção de verdade (por exemplo, a paternidade do marido).[38]

A forma de classificar as provas indica que tanto a doutrina como a lei trabalhavam com base em casos. O casuísmo construía as regras a partir de casos concretos bem determinados. Por isso é possível definir que um certo tipo de inimizade seria considerado um indício e um outro, talvez, como prova semiplena. A sistematização e o legicentrismo que conhecemos hoje são algo que somente se desenvolveu a partir do iluminismo jurídico.

Para condenar uma pessoa à pena de morte (na maior parte dos delitos graves, era prevista pela lei a pena capital como pena "ordinária"), o juiz deveria ter conseguido uma prova plena. A sua obtenção não era, porém, algo fácil.

A prova por documentos era impossível na maior parte dos delitos, sobretudo, em épocas com escassíssima alfabetização. Encontrar duas testemunhas que teriam presenciado o delito e não sofriam restrições de credibilidade era igualmente impossível na maioria dos casos.

As provas semiplenas, os indícios e as presunções não permitiam a condenação do acusado à pena ordinária. Não obstante, poderiam autorizar o uso da tortura judicial, sendo esta um elemento crucial da estrutura do processo penal: a incapacidade do sistema para produzir a confissão (quem confessa espontaneamente, sabendo que isto o levará à morte?) fazia imprescindível o recurso à tortura para arrancar uma confissão, que posteriormente seria considerada como prova plena.[39]

Mesmo assim, permaneciam sem solução os problemas práticos das provas legais. Quando existiam somente indícios e presunções, seria possível somá-los para criar uma prova plena ou pelo menos semiplena? Esta última podia autorizar a tortura, que, eventualmente, permitiria alcançar a prova plena.

(38) Cf. Butri, op. cit. (nota 36), cap. II, n. 1 *et seq.*, p. 50 *et seq.*; sobre as funções deste instituto, cf. Carlo Ghisalberti. *La teoria del notorio nel diritto comune, Annali di Storia del Diritto*, I, 1957. p. 403-451.

(39) Para uma análise da importância da confissão no processo penal dos séculos XIII-XVIII, cf. Sabadell, Tormenta, cit. (nota 15), p. 86-87, 169-174.

O direito medieval e moderno europeu passou por várias fases desde a *Glossa* em meados do século XIII (1240) até o século XVIII; o mesmo ocorre com o sistema de provas legais. Inicialmente era um sistema rígido, tal como o descrevemos, mas ao longo dos séculos a doutrina o submete a modificações que visavam facilitar a sua aplicação. A doutrina começou a discutir a estrutura do sistema probatório, propondo a sua relativização. Neste contexto surgiram as penas extraordinárias, que permitiam condenar um acusado a uma pena inferior à ordinária, quando não existisse prova plena, mas apenas provas inferiores. Segundo alguns autores, a flexibilização do sistema permitiu a manutenção do mesmo apesar de ter-se introduzido um elemento de evidente contradição.[40] Para outros, indica a introdução paulatina, mas efetiva, da livre apreciação de provas, que atingiria o seu ápice com a mudança de paradigma introduzida pelo movimento ilustrado.[41]

Qual é o significado desse sistema de provas? Qual é o papel do acusado? Como já dissemos, na Idade Média inexiste a concepção de direitos individuais e, em matéria de processo penal, o princípio de inocência do acusado também é desconhecido. As provas não são reunidas para avaliar a possível culpa do réu. A culpa era constituída de cada um dos elementos que permitiam reconhecer um culpado.

Portanto, a existência de uma meia prova implicava a consideração do réu como meio culpado.[42] Um grau alcançado na demonstração da culpa (prova semiplena) implicava, conseqüentemente, um determinado grau de punição, incluindo a autorização para o uso de tortura. Em outras palavras, não se torturava um inocente, e sim um meio culpado, para confirmar a suspeita legalmente criada de que ele era realmente culpado! A lógica aqui é outra!

Com a flexibilização do sistema, o emprego da pena extraordinária permite punir tais culpados, que poderiam escapar ilesos se fosse empregado o sistema tradicional da prova legal.

3.3 Os sentidos da tortura

A tortura judicial era entendida pelos juristas do direito medieval e moderno europeu como último recurso a ser usado pelo juiz na averiguação da autoria de um delito. Além disso, o seu uso era admitido em casos de delitos considerados graves, castigados com pena corporal ou de morte. No momento em que o juiz tinha em seu poder uma "meia prova", ele podia avaliar a viabilidade do uso da tortura.[43]

(40) Entre outros, Alessi Palazzolo, op. cit. (nota 32), p. 5 *et seq.*, 25 e 32 *et seq.*

(41) Entre outros, John H. Langbein. *Torture and the Law of Proof.* Chicago: University of Chicago Press, 1977.

(42) Sobre os efeitos simbólicos de uma tal concepção da prova, cf. Michel Foucault. Surveiller e punir. *Naissance de la prison.* Paris: Gallimard, 1975. p. 39-46.

(43) Para uma apresentação detalhada com indicação das fontes, cf. Sabadell, Tormenta, cit. (nota 15), p. 98-99, 118-128, 242-248.

Na doutrina foi feita uma ampla e controvertida discussão sobre as exigências probatórias que poderiam legitimar o emprego da tortura.[44] Porém, todos estavam de acordo que o juiz deveria seguir as limitações decorrentes da legislação e da doutrina. Assim, um autor castelhano, Antonio de Quevedo y Hoyos, do século XVII, afirmava, seguindo uma "opinião comum", que o juiz que torturasse o réu sem indícios violava o direito divino, pecando mortalmente e correndo o risco da condenação eterna com a perda da sua alma; e a justiça humana deveria aplicar as mais severas punições.[45]

Mas o que seriam indícios? Responde o próprio Quevedo: "E saibam que indício se diz do verbo *Indicando*, ou do nome, *index*, que quer dizer descobrir ou apontar, e por isso nas mãos há um dedo que chamamos *index* e o ato de buscar chama-se *Indice*; e Jacob dizia a Deus: Descubra-me; mostre-me; indique-me por que assim me julgas. E por isso indício quer dizer tanto sinal de que se descobriu um delito contra alguém ou uma maldade que se tenha praticado".[46]

Além disto, o juiz deveria dar ciência ao réu da sentença que o condenava à sessão de tortura, sendo admitido o recurso de apelação. Essa apelação tinha efeito suspensivo e a sentença deveria freqüentemente ser revisada por um juiz superior.

A sessão de tortura se realizava numa sala especial, chamada câmara de tormento, que se encontrava nas prisões. A sessão deveria ser dirigida pelo juiz da causa, que tinha a incumbência de realizar o interrogatório do réu. Antes de começar o interrogatório, o juiz deveria adverti-lo a dizer a verdade, prevenindo-o de que, se em conseqüência da tortura sofresse alguma lesão grave ou morresse, esta seria de sua própria responsabilidade e não do tribunal.

Era rigorosamente proibido que os juízes fizessem perguntas sugestivas aos réus. O juiz apenas pedia insistentemente ao torturado que dissesse a verdade sobre o que sabia. Dessa sessão participavam, além do juiz, o algoz e um escrivão, que deveria transcrevê-la nos mínimos detalhes, tomando nota inclusive dos gritos de dor emitidos pelo torturado. Também era possível determinar a presença de um médico.[47]

Uma outra particularidade é que a tortura deveria ser aplicada secretamente, enquanto a pena de morte ou a pena corporal eram aplicadas em público. Esse fato, além de reafirmar o caráter inquisitivo do processo, indica o caráter violento da tortura – era algo grave, do qual qualquer acusado tinha medo, porém ela não era um espetáculo visível.

(44) Ver, entre outros, as referências ao debate doutrinal em: Prosperi Farinacii, Praxis, et Theoricae Criminalis, Pars Prima, Tomus Primus, Venetiis, 1609, Q. 37, n. 79-95 e 153-155, p. 117 *et seq.*

(45) Quevedo y Hoyos, cit. (nota 34), p. 5-8.

(46) Ibidem, p. 11.

(47) A título exemplificativo, cf. a descrição das regras processuais feitas por um famoso jurista catalão: Lluis Peguera. *Practica criminalis et ordinis iudiciarii civilis*, Barcinone, 1603, cap. 12, § 11, N. 1, S. 74.

A confissão do torturado somente adquiriria validade probatória se fosse ratificada espontaneamente no dia seguinte, quando o réu se encontrasse livre dos sofrimentos ocasionados pela sessão de tortura. Aquele que se negasse a ratificar o seu depoimento (alegando, por exemplo, que confessou para livrar-se das dores) poderia ser novamente submetido à tortura. Em geral os autores aconselham a repetir, no máximo, duas vezes a sessão de tortura. Se o torturado persistisse negando ou não ratificasse a confissão feita sob o efeito da tortura, os indícios e as provas que existissem contra o réu seriam anulados. A tortura que não conseguisse obter uma confissão de culpa "purgava" as provas existentes e o réu deveria ser absolvido (ainda existiam muitas exceções, como a possibilidade de aplicar uma pena menor, "extraordinária").

Assim mesmo, nem todas as pessoas podiam ser torturadas. Numa sociedade hierárquica e estamental, os direitos e os privilégios das pessoas eram determinados de acordo com a sua origem social, criando imunidades e privilégios. Os nobres e os cavalheiros poderiam somente ser torturados no caso de delitos de lesa-majestade (atentado à vida do rei, falsificação de moeda, heresia). Além disso, os menores de 14 anos, os idosos, as mulheres grávidas e outras categorias de "inválidos" não poderiam ser torturadas.

Estas regras gerais, desenvolvidas pelos juristas do direito medieval e moderno, foram absorvidas (e em parte adaptadas) pela maioria dos reinos europeus, sendo seguidas, dentro do pluralismo jurídico que caracterizou a Europa durante a Idade Média, não só pela jurisdição real, mas por outras jurisdições, como, por exemplo, a legislação local criada pelas cidades européias.[48]

A tortura obviamente está vinculada não só ao sistema de provas, mas ao processo como um *todo*. Não vamos abordar aqui a relação entre tortura e processo inquisitorial, mas é, ao menos, necessário fazer algumas indicações. Nas Idades Média e Moderna a confissão era a *regina probationum*. Certamente o processo inquisitório não funcionaria sem a confissão e, logicamente, esta dificilmente poderia ser obtida sem tortura. Neste sentido, existe uma interdependência entre essas três instituições.[49] O que permanece em aberto é saber se a permissão

(48) Existem diferenças no tratamento legislativo da matéria. Na Coroa de Castela se desenvolveu uma legislação bastante detalhada ("Las Siete Partidas" e leis extravagantes); no Reino de Portugal a legislação apenas estabelece regras gerais (*v.g.*, Ordenações Filipinas, livro V, Título CXXXIII); no Principado de Catalunha encontram-se poucos decretos que indicam sua admissão, mas não regulam a matéria.

(49) Mario Sbriccoli, "Tormentum idest torquere mentem". Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale, In Jean Claude Maire Viguer e Agostino Paravicini Bagliani (Org.). *La parola all'accusato*. Palermo: Sellerio, 1991. p. 17-32; Langbein, *Torture*, cit. (nota 41), p. 9; Carbasse, op. cit. (nota 32), p. 155-170. Aqui também devemos mostrar cautela: apesar de as informações supracitadas serem verdadeiras, o estudo dos mecanismos de controle social indica que a tortura também foi empregada em processos acusatórios. Por outro lado, a abolição da tortura, no final do século XVIII e inícios do século XIX, não impediu que continuasse

para o uso da tortura, como meio indireto de prova, pelo direito canônico e pelo direito local, a partir do século XIII, permitiu a expansão do processo inquisitório ou se a expansão deste levou à adoção da tortura.[50]

4. Ambivalências do século XIX diante da tortura

4.1 "El tormento queda abolido"

Como se enlaça o passado com o presente? Quais são os signos de continuidade e descontinuidade? Vamos utilizar a Espanha como ponto de referência.

A primeira Constituição que a Espanha conheceu foi a criada durante a ocupação bonapartista no ano de 1808.[51] Este foi o primeiro documento que, de modo oficial, aboliu a tortura judicial: "El tormento queda abolido; todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión, o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley, es un delito" (art. 133). A partir de então, não somente se proíbe a tortura como meio de prova "legal" , mas a violência contra o preso torna-se delito.

Com a retirada dos franceses do território espanhol, a Constituição de Bayona foi revogada. Em 1811 as Cortes de Cádiz aprovaram por unanimidade um decreto abolindo a tortura (de iniciativa do deputado Argüelles), sendo que na nova Constituição de 1812 foi reiterada a proibição (art. 303).[52] Um documento real, datado de 1814, reafirma mais uma vez a abolição da tortura (Real Cédula de Fernando VIII, de 25.07.1814) com argumentos nada novos: a tortura/tormento e os maus tratos contra réus e testemunhas "son medios ineficaces porque los fuertes resisten y los flojos confiesan y muchas veces son inocentes".[53] Finalmente, o

a ser empregado o processo inquisitório; cf. John H. Langbein. *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France.* Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1974. p. 132.

(50) A favor da primeira opinião, cf.: Ina Kabus. Der Inquisitionsprozeß im Mittelalter und Frühen Neuzeit. In Günter Jerouschek e Hinrich Rüping (Org.). *Auss liebe der gerechtigkeit und umb gemeines nutz willem. Historische Beiträge zur Strafverfolgung.* Tübingen: edition Diskord, 2000. p. 36-41. A favor da segunda opinião, cf.: Sabine Dannat e Martin Gottschalk, Die Abschaffung der Folter im Aufklärungsdiskurs, na mesma coletânea, p. 137. Sem tomar uma posição: Rüping, op. cit. (nota 20), p. 29-30.

(51) Entre outros, Jordi Solé Tura e Eliseo Aja. *Constituciones y períodos constituyentes en España* (1808- 1936). Madrid: Siglo veintiuno, 1981, p. 7 *et seq.*

(52) O art. 303 da Constituição de 1812 previa a proibição do uso de "tormentos, maus-tratos, mortificações do corpo humano ou qualquer tipo de vexame ou humilhação que não fossem as necessárias para a segurança do preso".

(53) Este argumento, empregado por Beccaria, encontra-se na obra de diversos autores das Idades Média e Moderna. A doutrina justificava a tortura afirmando que, apesar de seus inconvenientes, esta permitia defender os interesses da "República", não existin-

"Reglamento Provisional para la administración de Justicia en lo respectivo a la real jurisdicción ordinária", aprovado em 1835, insiste na proibição da tortura (art. 8), empregando a expressão "coacción física ó moral".

A tortura é um meio extremamente eficaz de prova e sua abolição foi fruto do impulso das idéias do iluminismo jurídico. Mas tenhamos presente que, entre o discurso de Beccaria e a realidade do processo penal, existiu sempre uma grande distância. Se nos dedicarmos a ler os reformadores dos séculos XVIII-XIX, constataremos que o período de transição foi extremamente difícil.[54]

Por muito tempo ainda escutaríamos falar em "provas plenas" e Filangieri (1752-1788) propõe a construção de um sistema que está a meio passo entre o passado e o presente, dando espaços de exercício do livre arbítrio do juiz sem, porém, abdicar das provas legais.[55] A discussão sobre a legislação processual penal tornou-se muito forte na primeira metade do século XIX, quando uma grande discussão desenvolve-se na França, na Alemanha, na Itália, na Espanha e em outros países. O processo penal era um ponto particularmente problemático (sistema inquisitorial, acusatório ou misto?; garantismo ou eficientismo?; sistema de provas?; valor da confissão?), sobre o qual os autores, inspirados pela "chama da filosofia", como dizia Filangieri, não podiam tomar uma posição certa e "tranqüila".[56]

do outro meio que pudesse substituí-la. Desta forma, era melhor correr o risco de condenar alguns inocentes, do que colocar em perigo toda a comunidade. Entre outros autores, cf. Ludovici Miranda. *Liber ordinis iudiciarii, et de modo procedendi in causis criminalibus*. Salmanticae: Ex typographia Antoniae Ramirez, 1623, Q. 26, art. 1.°, t. II, p. 130-132. Sobre a abolição da tortura na Espanha cf. Gonzalo Martínez Díez. La tortura judicial en la legislación histórica española. *Anuario de historia del Derecho español*, XXXII, 1962. p. 291-300.

(54) A nível exemplificativo, indica-se que a Constituição espanhola de 1812 (e também a de 1837), seguindo os postulados ilustrados, estabeleceu a abolição das jurisdições especiais (todos os cidadãos, com exceção dos eclesiásticos e militares, eram submetidos à mesma jurisdição). Evidentemente, o objetivo era implantar um regime de igualdade entre os cidadãos. Porém, as jurisdições especiais não foram abolidas pelo legislador ordinário. Além disso, a Constituição de 1845 silenciou sobre a matéria. O resultado foi que as jurisdições especiais se expandiram na Espanha, vigorando até o decreto de 06.12.1868. O motivo para a manutenção do foro privilegiado relacionava-se com a mentalidade da sociedade estamental: determinadas pessoas preferiam ser julgadas pelos seus "iguais" (esperando um tratamento mais favorável) e não por juízes ordinários. Ademais, o poder executivo reservava para si a possibilidade de criar tribunais especiais, sem as garantias de independência impostas pelo princípio da separação dos poderes. Cf. Francisco Tomás y Valiente. *Manual de historia del derecho español*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 520 *et seq*.

(55) Cayetano Filangieri. *Ciencia de la legislación*. Madrid: Imprenta de la Ibarra, 1813. t. IV, p. LXXXVII-XCII.

(56) Ver a apresentação em: Paolo Marchetti. *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 274-290.

A Espanha é um dos países onde a discussão sobre a reforma do processo penal estendeu-se por todo o século XIX. Foi desenvolvido um sistema misto, com uma primeira fase inquisitiva, seguida da fase acusatória. A doutrina continuou considerando válido o sistema de provas legais, estabelecido na legislação medieval "Las Siete Partidas".[57] Por outro lado, desde o início do século subsistia uma legislação esparsa, que criava muitos problemas para a prática do direito. A lei mais importante, em matéria de processo penal da primeira metade do século XIX, foi o já referido "Reglamento Provisional" de 1835,[58] porém só em 1872 é que entrou em vigor o primeiro código de processo penal, denominado "Lei de enjuiciamento criminal".

4.2 "Una tortura d'altro genere" (Manzoni)

Em 1836, o jurista e deputado espanhol Joaquin Francesco Pacheco fundou em Madri, em conjunto com Manuel Perez Hernandez e Juan Bravo Murillo, o "Boletin de jurisprudencia y legislación". No primeiro número, Pacheco lembra dos princípios do iluminismo em matéria penal e, notadamente, a necessidade de respeitar os direitos do réu e a presunção de inocência. No mesmo número ilustra sua análise com a publicação de uma decisão do Superior Tribunal de Cáceres.[59]

(57) Cf. Don Joaquin Escriche. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.* Madrid: Libreria de la Senora viuda e hijos de D. Antonio Calleja editores, 1848, verbete "Prueba en materia criminal", vol. II, p. 777-779. Igualmente indicativo é que a doutrina da primeira metade do século XIX continuou citando os penalistas do Antigo Regime. Entre outros, cf. Don Eugenio de Tapia. *Practica criminal, com un prontuario alfabético de delitos y penas.* Valencia: En la Imprenta de Ildefonso Mompié, 1830. t. I e II.

(58) Não se pode considerar que o "Reglamento provisional" tenha constituído um código de processo penal. Primeiramente, porque se tratava de uma legislação provisória. Em segundo lugar, porque não regulava de modo sistemático a matéria processual, sendo incompleto e fazendo, inclusive, remissões a leis processuais do Antigo Regime. Por outro lado, este texto legal apresentava uma particularidade: misturava preceitos relativos à organização do poder judiciário com outros de caráter processual, e também preceitos processuais civis e penais. Cf. Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Crónica de la codificación española, vol. III, Procedimiento penal, Madrid: Publicación del Ministerio de Justicia, p. 73 *et seq.*; Tomás y Valiente, op. cit. (nota 54), p. 520 *et seq.*

(59) Joaquin Francisco Pacheco. Deberán conocer los tribunales ordinários de los delitos políticos? *Boletin de jurisprudencia y legislación*, 1836. t. I, p. 30-31. Este autor também exerceu o cargo de "Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia". Em seus artigos e discursos políticos sempre denunciou a falta de uma efetiva reforma do processo penal, acusando o legislativo de se preocupar mais com a uniformização da jurisprudência sobre "la propriedad de las cosas" do que com "la suerte de las personas". O autor chamava atenção ao fato de o legislador espanhol ter se desvinculado dos ideais

No dia 26.10.1834, 26 anos depois da abolição da tortura, foram furtados, no Convento da cidade de Valencia de Ventoso, vasos sagrados e outros objetos de valor. A notícia causou furor e as autoridades procuraram apurar a autoria do delito e recuperar os objetos. O comandante da milícia urbana, Don Luis Calderon, capturou os prováveis autores, Francisco Bolsicos e Manuel Requejo, enviando-os para a prisão no mesmo dia.

No dia seguinte, Calderon, juntamente com um juiz e um grupo de cidadãos, vai à noite à prisão e retira os imputados, levando-os até o cemitério situado fora da cidade. Calderon exige que Bolsicos confesse a autoria do delito e entregue os objetos. Diante de suas exclamações de inocência, Calderon ordena-lhe que se ajoelhe e reze o *credo*, pois iria ser executado sumariamente. O imputado chega a pedir que ao menos lhe concedessem a assistência de um sacerdote para que se confessasse, ao que responde Calderon que ele seria seu sacerdote.

Calderon leva Bolsicos a um lugar separado e adverte-o de que iria dar somente tiros ao ar e que ele deveria fazer-se de morto; senão seria realmente fuzilado. Bolsicos obedece. O comandante leva Requejo até o local onde se encontrava o "cadáver" e ameaça "matá-lo" também, se não confessar; ele não confessa e ambos voltam para a prisão. Nos dias seguintes, os imputados denunciam a violência sofrida e o caso torna-se público. Calderon é processado pela justiça militar por abuso de poder e perde o cargo.

A Rainha, afetada "em sua compassiva e piedosa alma", como diz o Procurador de Sua Majestade, pede, por Real Ordem, que sejam tomadas as providências cabíveis em um caso "tão ilegal". O processo é levado ao Superior Tribunal de Cáceres, onde Calderon alega quatro principais argumentos a seu favor: sua conduta ilibada, seu patriotismo, o motivo nobre de ter atuado para o descobrimento e punição de delitos e o fato de que, se os acusados tivessem confessado, ele seria tratado como "herói" e não como "criminoso"!

O Procurador não se demonstra complacente com o justiceiro, que não se arrepende. Apontando a necessidade de respeito da legalidade, exclama: "Miserável! Suas desculpas aumentam e não diminuem sua culpa criminosa (...). Este mesmo desejo, este mesmo zelo para descobrir os criminosos desviou os legisladores até o ponto de autorizar e decretar a tortura". E anos após sua abolição, Calderon "renovou a odiosa memória da tortura (...) e inventou um gênero de tortura que nunca nenhuma lei tinha autorizado, um tormento pior que todos os conhecidos. Pernicioso e funesto zelo demonstrado para combater a sociedade e preparar sua destruição". O Procurador pede a condenação à pena de exílio perpétuo com confiscação de todos os bens por ter cometido o delito de "fuerza" (constrangimento ilegal) com os agravantes de emprego

iluministas. Cf. Joaquín Francisco Pacheco. *Comentario al decreto de 4 de noviembre de 1838, sobre recursos de nulidad*. 2. ed. Madrid: Imprenta de la sociedad literaria y tipografica, 1845. p. 44-45.

de armas e abuso de poder, devendo o Tribunal informar a Rainha sobre o resultado da causa.[60]

O interesse está na argumentação de Calderon (a tarefa do policial é descobrir os delitos e não respeitar a lei) e do procurador (a tortura é um crime gravíssimo). E também no comentário dos editores da Revista – provavelmente do mesmo Pacheco: este é primeiro caso publicado na parte da jurisprudência para que nunca se repitam tais situações que profanam os tribunais "con una práctica mas inhumana e atroz que la del tormento".[61]

Assim, em espaço de tempo limitado, já que a abolição da tortura deu-se em 1808 na Espanha, encontramo-nos em 1834 com uma denúncia de tortura ilegal. Ambos conceitos são diferentes. A explanação das páginas anteriores esclarece tal fato. Mas existirá uma continuidade entre ambos?

Assiste-se, assim, à desaparição dos *tormenta iuris permissione* como meio de prova e também ao nascimento da tortura ilegal. Esta última se insere encobertamente na estrutura policial e judicial, causando seja indignação (a Rainha, o Promotor, o doutrinador ilustrado), seja aceitação (o juiz e os cidadãos que acompanharam de perto o acontecimento, sem intervir nem denunciar), e impondo a criação de estratégias de defesa dos culpados, com referência à necessidade de frear os criminosos (Calderon).

Em outras palavras, o sistema de justiça penal negou, na prática, e muito rapidamente, os postulados do iluminismo, isto é, o discurso reformador oficial. A tortura ilegal está presente, alimentando a legalidade do sistema. Mas a condição é que a tortura ilegal permaneça encoberta, porque, uma vez que chegue ao conhecimento dos tribunais, os responsáveis correm o risco de serem tratados não como homens da ordem, mas como criminosos.

Esta é a grande diferença que o discurso sobre a continuidade da tortura na história não consegue perceber e analisar, estabelecendo, por exemplo, continuidades entre as causas políticas do emprego da tortura no reino visigótico do século VII d.C. e no Brasil do século XX, ou entre "a pendura do suspeito" na inquisição portuguesa e o "pau-de-arara" em nossos dias.[62]

(60) Cronica judicial. *Boletin de jurisprudencia y legislacion*, 1836. t. I, p. 39-48 (citações das p. 44-45; a defesa de Calderon é apresentada no n. 2, 1836. p. 184-186). A revista apresenta o material cedido pelo tribunal, indicando dados pormenorizados do mesmo. Não foi possível localizar o processo original. Na Espanha ainda não existe o cuidado de catalogar e organizar os processos anteriores ao século XX, sendo que informações importantes foram perdidas por falta de interesse histórico.

(61) Ibidem, 1836. t. I, p. 39.

(62) Esta é a posição adotada por Nilo Batista, que reproduz o *Kontinuitätsdenken* em diversas passagens de sua obra: *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 109-110, 269-270; semelhante a visão de Samyra Haydêe Naspolini. Aspectos históricos, políticos e legais da Inquisição. In Antonio Carlos Wolkmer (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey,

5. O presente

Alguém poderia sustentar que hoje em dia, pelos menos em países do chamado "primeiro mundo", não se usa a tortura. O sistema da justiça criminal parece ter sido finalmente "civilizado" e a violência contra os acusados e presos é apresentada como resíduo "medieval" que ainda subsiste em países não desenvolvidos.

Isto não é verdade, já que os informes anuais da *Amnesty International* relatam casos de tortura em quase todos os países do mundo. Denuncia-se, por exemplo, que em 1998 foi praticada tortura policial em 31 países europeus, muitas vezes contra imigrantes "sem papéis",[63] e não são raras as condenações de países europeus por tortura e tratamentos desumanos ou degradantes, pela Corte Européia de Direitos Humanos.[64]

Mas, mesmo assim, a tortura parece estar condenada pela consciência pública, sendo efetivamente percebida como crime – mesmo se isto não parece ser o caso no Brasil.[65] Não pode ser excluído o fato de que hoje começamos a assistir a um outro processo de transformação do nosso sistema que pressiona os acusados sem violência aberta. Em um estudo sobre a tortura, publicado em 1900, Rudolf Quanter denunciava uma prática que denominou de "tortura psicológica". Com este termo o autor se referia à prisão preventiva: "assim como hoje a pena não é

1996. p. 141-142: "A inquisição, que é hoje um dos capítulos encerrados da história da humanidade, apresenta profundadas semelhanças com os regimes totalitários e racistas espalhados pelo mundo ainda em nosso século. O emprego da tortura e a manipulação do direito, que são lugar-comum nestes regimes, nos dão provas disso".

(63) Dados provenientes do *site*: <http://www.amnesty.org/ailib/aireport/ar99.eur.html>.

(64) Ignazio Juan Patrone. *La tortura. Un crimine globale. Il Manifesto*, 01.08.2001, p. 7; cf. extensivamente Morgan, op. cit. (nota 2), p. 335-347.

(65) O Relator Especial da ONU, que visitou o Brasil no ano 2000, descreve assim a situação de uma delegacia de São Paulo: "Em um escritório adjacente àquele em que, segundo a informação recebida, realizavam-se as sessões de interrogatório, e conforme indicado pelos detentos, o Relator Especial encontrou várias barras de ferro semelhantes às descritas por aqueles que haviam alegado terem sido vítimas de espancamentos. Os agentes encarregados explicaram, primeiro, que se tratava de peças probatórias de inquéritos criminais policiais. O Relator Especial não se convenceu por essa explicação, uma vez que essas peças não estavam etiquetadas como tais. Eles, então, explicaram que elas eram usadas para conferir as barras das celas (...). Por fim, o Relator Especial encontrou alguns capuzes idênticos aos descritos pelos detentos (...) e um pequeno pacote de eletrodos. O delegado explicou que os capuzes haviam sido descobertos nas celas, porém não conseguiu explicar seu uso pelos detentos". E conclui: "o Relator Especial só pôde concordar com a afirmação comum que ouviu daqueles que se encontravam amontoados do lado de dentro das grades, no sentido de que 'eles nos tratam como animais e esperam que nos comportemos como seres humanos quando sairmos'" (<http://www.mj.gov.br/sedh>).

mais corporal, mas, sobretudo, psicológica, a tortura apresenta-se em forma de prisão preventiva".[66] Pena "psicológica", tortura "psicológica", para que a pessoa se desespere e confesse.

Encontramo-nos aqui com uma mudança radical nos modos de punição ("do corpo para a alma"), que Foucault analisou como peculiar dos modernos sistemas de pena: a nova tecnologia do poder não procura destruir o corpo do sentenciado, e sim conseguir sua submissão e "normalização".[67]

Neste âmbito, assistimos hoje não somente a um crescimento das taxas de encarceramento, tendo como triste campeão os EUA,[68] mas também a práticas que até pouco tempo atrás eram consideradas como atentado às garantias do imputado. Nesse sentido, é possível citar a legislação italiana, na qual foram introduzidas profundas alterações no que se refere às garantias individuais no processo penal. Num primeiro momento, a diminuição dessas garantias foi justificada com o argumento da luta contra o terrorismo, mas, uma vez introduzidas tais alterações, elas não só permanecem em vigor até hoje como também foram ampliadas com a desculpa da necessidade de enfrentar o crime organizado.[69] As leis permitem, por exemplo, que um imputado seja preso em celas de máxima segurança. Se ele decidir "colaborar" com a justiça, oferecendo informações sobre crimes e cúmplices, são previstas melhorias no regime de detenção e até o perdão judicial.[70] Seria esta uma das formas modernas de utilizar a pressão sobre o imputado para maximizar a repressão?[71]

Se os penalistas de hoje estranham-se porque, no século XVIII, "os criminalistas mais famosos da época defendiam em suas obras procedimentos e instituições que respondiam à dureza de um rigoroso sistema repressivo",[72] o jurista crítico está em condições de entender duas importantes lições do estudo dos mecanismos de controle social.

(66) Rudolf Quanter. *Die Folter in der deutschen Rechtspflege sonst und jetzt (1900)*. reedição Aalen: Scientia Verlag, 1970. p. 258.

(67) Foucault, op. cit. (nota 42), p. 75 *et seq.*, 106 *et seq.*, 233 *et seq.*

(68) Loïc Wacquant. *Punir os pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

(69) Cf. Héctor Claudio Silveira Gorski. *El modelo político italiano. Un laboratorio: de la tercera vía a la globalización*. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona, 1998. p. 100 *et seq.* Para uma análise das mudanças no direito processual penal italiano, cf. Sergio Moccia. L'illusione repressiva. La politica criminale e giudiziaria nell'Italia degli anni novanta, *Dei delitti e delle pene,* n. 1, 1998. p. 102-114.

(70) Este modelo de legislação foi adotado no Brasil pela Lei 9.807 de 13.07.1999, que trata dos benefícios concedidos aos "réus colaboradores".

(71) A promessa de impunidade feita pelos juízes a fins de confissão e de denunciação foi caracterizada por Manzoni, já no século XIX, como "una tortura d'altro genere", op. cit. (nota 23), p. 63.

(72) Bitencourt, op. cit. (nota 4), p. 31.

Primeira: o jurista do passado não estava equivocado nem era bárbaro: simplesmente reproduzia aquilo que sua época pensava e achava que era "bom", conforme ao ideal de justiça e até à vontade de Deus.

Segunda: a maioria dos juristas de hoje, assumindo o papel de justificadores do sistema social e jurídico, desenvolve as mais diversas justificações da justiça penal e da política criminal com a consciência leve e sem querer perceber seus aspectos estruturalmente problemáticos, que o futuro talvez revelará como "bárbaros". Inclusive, lembrando a preocupação dos críticos do direito penal: analisar a violência penal em suas formas sutis, desvendar seu potencial destrutivo e injusto e propor alternativas fundamentalmente extra-penais, com a finalidade de "emancipar o agir político da 'cultura penal'".[73]

(73) Alessandro Baratta. La política criminal y el derecho penal de la Constitución. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 29, 2000. p. 45.

7.2

POLÍTICAS DE ATENDIMENTO A ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI: repensando o vínculo pobreza/criminalidade

RITA DE CÁSSIA DA SILVA LAGO GARCIA

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A trajetória pela conquista de direitos – 3. O desenvolvimento desigual: duas maneiras de ver o município de Bauru – 4. A configuração dos atos infracionais: o quadro da Polícia Militar – 5. Do movimento judiciário: Medidas sócio-educativas aplicadas – 6. A representação social da delinqüência – Bibliografia.

Resumo: Este trabalho visa a analisar a problemática da delinqüência no município de Bauru, interior de São Paulo, tendo como premissa que adolescentes de todas as camadas sociais praticam atos infracionais, mas, no entanto, são os adolescentes das camadas sócio-econômicas mais baixas que figuram em maior escala publicamente, fato este que nos levou a refletir sobre o vínculo constantemente estabelecido entre pobreza e criminalidade e/ou pobreza e delinqüência, mais especificamente, bem como sobre as políticas de atendimento a esta população. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal 8.069/90, que direciona linhas políticas de ação no combate e alternativas de prevenção a esta problemática, serviu-nos, portanto, como instrumento para análise das políticas de atendimento a esses adolescentes.

Palavras-chave: Delinqüência – Políticas públicas – Adolescentes – Estatuto da Criança e do Adolescente.

1. Introdução

A problemática dos adolescentes em conflito com a lei vem ganhando, no Brasil, um maior destaque e atenção, nas décadas de 80 e 90, por setores engajados na luta pelos direitos das crianças e adolescentes, tornando-se tema de constantes debates e reflexões, na tentativa de compreender o que leva esses adolescentes a se envolverem na delinqüência e quais as soluções possíveis para o enfrentamento dessa situação.

Esse não é um fenômeno especificamente brasileiro, de países tidos como "subdesenvolvidos", ou ainda, no âmbito interno, um problema típico de grandes

metrópoles. Percebemos que vem se expandindo rapidamente e envolvendo crianças e adolescentes de todas as camadas sociais e de diferentes localidades.[1]

Propor uma discussão sobre essa questão no contexto brasileiro, seja no âmbito jurídico ou sociológico, no que se refere à delinqüência, significa resgatar um pouco da história infanto-juvenil neste país, e, portanto, deparar-se com o controle e repressão das camadas mais empobrecidas da sociedade brasileira, com a estigmatização da pobreza, tida como fenômeno gerador da "desestruturação familiar" e das condutas delinqüentes.

Não podia ser diferente, num país marcado por um longo percurso histórico de escravidão e com um modelo econômico concentrador de renda, onde os direitos inalienáveis dos cidadãos são ainda concebidos como favores, onde o racismo se transveste de convivência harmoniosa e o pobre é responsabilizado por sua situação e "transmissão" às futuras gerações, como se essa fosse uma doença hereditária e não fruto da desigualdade de oportunidades e direitos.

Neste contexto de desigualdade e exclusão, o estereótipo do "delinqüente", do "infrator", aparece constantemente, por meio da mídia sensacionalista, vinculado aos indivíduos da raça negra e especialmente aos pobres, discriminados socialmente, por uma suposta condição de inferioridade étnica e financeira.

Não pretendemos com este discurso, aparentemente sentimentalista, caracterizar pobres ou negros como vítimas, mas, antes de mais nada, chamar a atenção para uma realidade que é histórica no Brasil e que necessita ser repensada e mudada, não somente por meio de leis e decretos, mas de atitudes morais éticas e sensatas.

Zaluar (1996) ilustra, de forma muito precisa, nossas reflexões, quando chama a atenção para o fato de que, ao utilizarmos a pobreza para explicar o crime, não fazemos outra coisa senão reforçar a escolha preferencial pelos pobres, que tanto a polícia quanto a justiça brasileira já vêm fazendo há muito tempo.

Campos (1980) compartilha da afirmação de Zaluar, de que, ao sustentarmos a tese da associação positiva entre a pobreza e a criminalidade, estimulam-se, ainda, as distorções já tão freqüentemente encontradas nos dados oficiais referentes a essa questão.

Segundo Fischer Ferreira (1979) a sociedade, por sua vez, caracteriza de diversas formas as ações delituosas dos adolescentes, diferenciando-os pelo nível sócio-econômico em que se inserem.

Nessa perspectiva, é insensato dizer que adolescentes das camadas média e alta não violam a lei e pior seria pretender dimensionar quantitativamente tais atos, pois, se são os pobres os mais "visados", são também os que não possuem a imunidade institucional das camadas média e alta, sendo, assim, mais facilmente detectados, passíveis de serem detidos, processados e condenados (Campos, 1978).

(1) Os conceitos de criança e adolescente obedecem neste trabalho àqueles estabelecidos no art. 2.° do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 1990.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei 8.069/90, que surge em substituição aos antigos Códigos de Menores de 1927 e 1979, representa evidentemente um avanço significativo na implementação de políticas que visam a garantir os direitos de "todas" as crianças e adolescentes e, em princípio, auxiliar na mudança do quadro que vigorava até então.

A substituição do termo "menor" por crianças e adolescentes, proposta nesse Estatuto, mais que meramente semântica, expressa a ruptura com a dicotomia secular que situava de um lado a infância proveniente dos segmentos mais abastados e, de outro, a infância pobre discriminada e estigmatizada, que era caracterizada como "menor". Essa ruptura pressupõe a universalização dos direitos da infanto-adolescência brasileira, independentemente de sua condição sócio-econômica, etnia, sexo etc. Contudo, existe uma distância considerável entre a formalidade das leis e a prática, que, não raro, desrespeita o que o Estatuto prevê.

Embora hoje sejam tratados como crianças e adolescentes no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, permanece, ainda, não só para o senso comum, mas até para os meios mais intelectualizados, a denominação "menor", o que dificulta a objetividade de um debate em que esse termo não esteja superado, pois ele adquiriu características marcantes e estigmatizantes no que diz respeito à pobreza, ao abandono, ao cuidado assistencial, relacionando-se quase sempre às crianças e adolescentes provenientes de famílias de baixa renda, que vivem em condições precárias, de abandono ou marginalidade.[2]

Essa terminologia aparece socialmente fazendo referência às crianças das camadas pobres que, até que provem o contrário, são tidas como potenciais delinqüentes (Ibase, 1991).

As estatísticas oficiais produzidas pelas agências de controle do crime não possibilitam a "visualização da real extensão do problema". Essas normalmente servem para apontar taxas alarmantes de infrações cometidas por "menores", justificando, dessa forma, os métodos repressivos usados, ou apenas para mostrar a eficácia dessas agências em minimizar o problema da delinqüência (Fischer Ferreira, 1979).

Elas também encontram o respaldo necessário na mídia sensacionalista, que manipula e introjeta a idéia de periculosidade ligada à pobreza.

É importante salientar que não estamos com isso desprezando os dados estatísticos ou quaisquer trabalhos que deles se utilizem. Estamos, sim, chamando a atenção para as distorções presentes nos dados que, especificamente, retratam o fenômeno sobre o qual estamos expondo, que devem ser, portanto, usados com os devidos cuidados, evitando sempre as generalizações.

(2) Discussões mais aprofundadas sobre o conceito de *menor*, ver: Pereira Júnior (1992), Alvim e Valladares (1988), Passeti (1987), Passeti (1991), Londoño (1991).

Tomamos, então, como pressuposto básico e ponto de partida em nossas observações, a seguinte conclusão de Campos (1980), que, em seu trabalho "Sobre sociólogos, pobreza, e crime", pontua que a "crescente taxa de criminalidade e violência nas metrópoles brasileiras não deveria constituir razão moral para a denúncia de fatores sócio-econômicos que permitem a existência e a permanência de situações de pobreza e marginalidade. Esta denúncia deve vir, tão indignada quanto nos seja possível, da constatação de que a pobreza e a marginalidade constituem violação de direitos fundamentais do homem. Direito à habitação decente, à educação e ao trabalho. E à própria vida, se considerarmos as altas taxas de mortalidade infantil nas camadas sócio-econômicas desprivilegiadas. A pobreza e a marginalidade jamais serão as causas do crime pelo simples fato de que são os crimes do Estado e da sociedade contra os despossuídos de poder" (Campos, 1980, p. 383).

A evidência de que através dos dados oficiais fornecidos pelas agências de controle do crime, não possibilitaria uma dimensão exata do nível sócio-econômico dos adolescentes envolvidos em atos infracionais e devido ao fato de que a identidade destes deve permanecer como segredo de justiça, não nos foi possível contactá-los diretamente. Optamos assim por analisar as políticas públicas desenvolvidas no município de Bauru para combate e prevenção do problema, bem como por analisar o discurso dos profissionais que atuam direta ou indiretamente com esses adolescentes.

Partimos do pressuposto de que o vínculo estabelecido entre o problema estudado e a questão da pobreza não se justifica ou serve apenas para manter o discurso de que este é um problema de polícia e não de políticas que efetivamente dêem conta de atender aos direitos dos adolescentes. Se realmente os direitos fossem na prática tratados como universais, poderíamos então comparar taxativamente e levantar quem são esses sujeitos, se houvesse uma justiça coesa, e se o preconceito não fosse algo tão acirrado em nossa sociedade, bem como as desigualdades sociais, então se tornaria explícito de onde vêm e quem são, os infratores.

2. A trajetória pela conquista de direitos

Substituindo o 2.º Código de Menores (1979), e rompendo com a lógica nele apresentada, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13.07.1990, entra em vigor a partir de 14.10.1990, trazendo um nova perspectiva no trato a crianças e adolescentes no Brasil.

A população infanto-juvenil passa então a ser vista em sua totalidade e como pessoas que, em condição peculiar de desenvolvimento, possuem direitos que devem ser garantidos. Tanto a ação governamental quanto a social devem ser direcionadas à manutenção das condições necessárias para que essa população tenha uma vida digna. O dever de assegurar esses direitos deixa de ser somente da família, e passa a ser também da comunidade, do Estado e da sociedade em geral.

A partir dessa data, a menoridade é um aspecto de cada um dos ramos jurídicos, seja ela a civil, aos 21 anos, a criminal, aos 18 anos e a cívica, facultativa aos 16 e obrigatória aos 18 anos.

Essa concepção propunha modificar os métodos até então utilizados no atendimento à infância e adolescência no Brasil, "de menor a cidadão", segundo a expressão de Costa (1994), em vez de beneficiários dos favores do Estado, despontariam como crianças e adolescentes, ou seja, cidadãos sujeitos de direitos, cabendo, portanto, ao Estado, nessa conjuntura, a criação de condições para atender a esses direitos e não mais a função de distribuir favores.

Desprovidos de condições essenciais de subsistência, saúde, educação e de assistência por parte de seus responsáveis, "esses menores" (como eram denominados) tornaram-se os destinatários dos benefícios e favores do Estado e eram considerados em "situação irregular", pois, freqüentemente, a responsabilidade por essa situação cercada por irregularidades recaía sobre eles próprios ou suas famílias. A "doutrina da proteção integral" proposta no ECA trouxe a perspectiva do rompimento desse paradigma.

O Estatuto também reorganiza o campo das políticas públicas. Agrupando e hierarquizando as políticas, as subdivide em: políticas sociais básicas; políticas assistencialistas e programas de proteção especial para crianças e adolescentes em circunstâncias especialmente difíceis (Costa, 1994).

Se crianças e adolescentes, hoje, estão desprovidos da garantia de um desenvolvimento digno e saudável, devemos nos reportar às políticas voltadas a atender a esse público e verificar se estas estão ou não sendo condizentes no sentido de suprir suas necessidades, pois, se isso não ocorre, são as políticas de atendimento que estão em "situação irregular".

Outra conquista assegurada pelo ECA é a da participação popular, por intermédio de entidades representativas, na formulação e fiscalização das políticas e no controle das ações em todos os níveis, como já citamos anteriormente, consolidando essa conquista com a criação dos Conselhos Nacionais, Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. O desenvolvimento desigual: duas maneiras de ver o município de Bauru

Em nossa abordagem sobre a delinqüência, tomamos como cenário a cidade de Bauru, no interior do Estado de São Paulo. A escolha desse município como campo de estudo não se deu de forma aleatória, pois partimos do pressuposto de que a delinqüência não se restringe aos grandes centros urbanos e, enquanto fenômeno social, não se limita, portanto, a espaços definidos geograficamente.

Não estendemos nossa análise em termos comparativos com outros municípios da região, pois entendemos que cada um possui suas peculiaridades, especialmente no que diz respeito ao processo de implementação de políticas ou programas voltados a esse público, ou seja, apenas para ilustrar, alguns municípios possuem demanda para um abrigo feminino, por exemplo, outros não.

Devemos lembrar, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê uma articulação entre a sociedade e os poderes municipal, estadual e federal, no sentido de concretizar as políticas de atenção necessárias às crianças e adolescente, como disposto em seu art. 86, bem como, no art. 87, relaciona quais são as linhas de ação da política destinadas a esse público, como já afirmamos acima, com isso, a lei deixa claro "quem" são os responsáveis por garantir e zelar pela manutenção dos direitos das crianças e adolescentes e "como" fazê-lo.

O município de Bauru possui uma população estimada em 300 mil habitantes (Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados – Seade)[3] e é considerado uma das cidades interioranas que mais cresceu nas últimas décadas, numa região em relativo declínio demográfico (seu crescimento demográfico está em torno de 3% ao ano). Dessa população, 92.193 são crianças e adolescentes dos zero aos 17 anos, o que representa pouco mais de 30% de sua população total.[4]

A favelização vem aumentando nos últimos anos, e seu crescimento demográfico aponta para a necessidade de uma nova configuração do município para atender às expectativas criadas pela consolidação de novos direitos sociais.

Nas Zonas Norte e Nordeste, encontramos a maior parcela dos segmentos empobrecidos da população. O crescimento desordenado vem acarretando uma discrepância enorme em termos de infra-estrutura e oferta de serviços destinada a essas áreas, se comparadas a outras regiões da cidade, como, por exemplo, a Zona Sul, reservada às camadas de maior renda e que agrega regiões marcadamente bem servidas de infra-estrutura e serviços. Enquanto essa região consolida toda uma rede de recursos, à disposição da cidadania, áreas das Zonas Norte e Nordeste carecem de estrutura básica à realização de direitos, como escolas, creches e núcleos de saúde.

São essas mesmas áreas as apontadas pela mídia local como focos de criminalidade, gerando medo e receio na população em geral e acarretando, também, preconceito e discriminação para com as pessoas que moram nesses locais, fortalecendo dessa forma a correlação pobreza/criminalidade, o que leva à não-inclusão dessas áreas nas prioridades dos Poderes Públicos, em termos de melhoria no atendimento, e a serem vistas, essencialmente, como uma questão de segurança pública.

A Polícia Militar detecta a ação de crianças e adolescentes que residem nessas áreas em outras regiões da cidade, como a Zona Sul, por exemplo. Em atuações diferenciadas daqueles que residem nas áreas nobres da cidade e que por ali mesmo circulam, essas crianças e adolescentes são caracterizados como "mole-

(3) Seade. "Perfil Municipal do Estado de São Paulo-1995". *Data-Ite*. Instituição Toledo de Ensino, Faculdade de Ciências Econômicas de Bauru, 1998.

(4) Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, Departamento de Estatística e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 1989 (Edição especial, editada em 1994, com dados do Censo Demográfico de 1991, por Unidade da Federação. Criança. Adolesc. Ind. Soc., Rio de Janeiro, ed. Especial, n. 20, p. 1-62, 1991).

ques de rua", abandonados ou sem assistência dos responsáveis, são os "potenciais delinqüentes".

Contraditoriamente ao fato de haver a possibilidade de situar a origem desses adolescentes como as áreas mais carentes da cidade, não existe o contrapeso do investimento em políticas sociais destinadas com exclusividade àquelas áreas, a fim de se prevenir, então, o abandono, o envolvimento com drogas ou em atos infracionais. Ou seja, localiza-se o "suposto" foco do problema, mas não se trabalha efetivamente para evitá-lo.

A preocupação pública mais imediata estampada nos jornais locais é a da construção de um abrigo para onde levá-los, quando flagrados "perambulando" ou mendigando pelas ruas, independentemente do direito de ir e vir estabelecido no ECA e da instalação de uma Unidade da Febem para cumprimento da medida sócio-educativa de internação.

Esse ponto é também bastante importante no que diz respeito à violação dos direitos previstos no ECA do adolescente que cumpre a medida de internação, pois o município não dispõe de entidade para atendê-los, e esses, por sua vez, estão sendo encaminhados a Unidades localizadas em São Paulo, capital, violando o art. 124, VI, que determina que ele cumpra a medida próximo a sua localidade ou ao domicílio de seus responsáveis.

A necessidade de um programa para atender aos adolescentes que cumprem a medida sócio-educativa de internação é visivelmente urgente no município de Bauru, entretanto, entendemos que a descentralização das Unidades da Febem, apenas, não parece ser a solução mais viável para que esses adolescentes sejam reeducados e reintegrados, mas é necessária a mudança na estrutura dos trabalhos desenvolvidos pela instituição, ou mesmo a extinção desta, dando lugar a novas propostas e/ou programas alternativos, que estabeleçam parâmetros mais estreitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. A configuração dos atos infracionais: o quadro da Polícia Militar

Com a finalidade de observar e ilustrar como se configuravam essas infrações no município, coletamos com a Polícia Militar de Bauru dados referentes aos atos infracionais envolvendo adolescentes nos anos de 1997 e 1998.

Nos limitamos, contudo, a trabalhar apenas com esses dados devido ao fato de não constarem nos Boletins de Ocorrência informações sobre o nível sócio-econômico dos adolescentes, dificultando uma análise mais precisa de sua origem social.

Cabe lembrar, ainda, que são esses dados oficiais que são veiculados pela mídia local e influenciam na formação da opinião pública quanto ao fenômeno estudado. A aplicação das medidas sócio-educativas está, ou deveria estar, em concordância com o maior ou menor prejuízo que tais atos possam causar a seus autores.

Assim sendo, procuramos obter também no Cartório da Infância e Juventude informações referentes às medidas sócio-educativas aplicadas nesse mesmo período.

Da apuração dos dados, constata-se que foram registrados, pela Polícia Militar de Bauru, 2.780 casos envolvendo adolescentes, vítimas e sindicados, no período de janeiro a dezembro de 1997, sendo que desse total, em 1.333 casos, os adolescentes são caracterizados como vítimas e em 1.447 dos casos eles são sindicados. Esses números caem com relação ao mesmo período de 1998, apresentando-se no total de 2.146 casos. Destes, 828 são adolescentes vítimas e 1.318 sindicados. A tabela 1, abaixo, apresenta dados relativos aos atos infracionais cometidos por adolescentes durante o período citado.

A tabela 1 nos aponta uma incidência maior de furtos, somados os anos de 1997 e 1998, com, 1.042 casos, seguidos de 374 registros de danos, 324 infrações por dirigir sem habilitação e 323 casos de lesão corporal. Se somarmos ainda aos casos citados como furtos aqueles aos quais a PM caracteriza como "tentativa" de furto, temos um total de 1.254 infrações.

Tabela 1 – Atos infracionais praticados por adolescentes

Atos infracionais	1997	1998
Ameaça	34	14
Embriaguez	42	33
Homicídio	1	2
Homicídio (tentativa)	10	8
Lesão corporal	213	110
Agressão	100	18
Furto	393	649
Furto (tentativa)	109	103
Roubo	32	66
Roubo (tentativa)	25	17
Atentado violento ao pudor	4	2
Estupro	1	0
Estupro (tentativa)	0	1
Receptação	3	2
Danos	264	110
Atos obscenos	2	0

Direção perigosa (Pessoas)	27	20
Dirigir s/ habilitação	164	160
Desacato	11	3
Estelionato	6	0
Estelionato (tentativa)	2	0
Apropriação indébita*	4	0
Total	1447	1318

(*) Este item não aparece nos dados referentes ao ano de 1998.

Os furtos normalmente, como veremos adiante, são apontados no discurso dos entrevistados como sendo as infrações mais leves e são registrados na tabela 1 (acima) como a infração mais praticada por adolescentes. Embora lesem o patrimônio alheio, não ocasionam ameaça grave à pessoa.

Casos configurados como de maior gravidade, como estupros, homicídios e roubos, somados àqueles considerados na tabela 1 como tentativa de homicídio e de roubo, totalizam 164 ocorrências, para os anos de 97 e 98.

Cabe lembrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, no art. 122, que somente será privado de sua liberdade aquele adolescente que representar ameaça grave à sociedade, reiterar no cometimento de outras infrações graves ou, ainda, descumprir reiterada e injustificadamente uma medida que lhe foi imposta anteriormente.

Podemos refletir, então, diante desses números que, detectados os agentes infratores, aplicadas as medidas sócio-educativas pertinentes ao ato e feito o "acompanhamento adequado" desses adolescentes, as ocorrências de reincidência deveriam, portanto, ser quase nulas, assim como também as medidas aplicadas de privação de liberdade.

Apenas para incitar um pouco mais nossas reflexões, gostaríamos de chamar a atenção para o fato de que dirigir sem habilitação parece ser também tão grave quanto furtar alguém; no entanto, dificilmente se tem notícia de que um adolescente surpreendido dirigindo sem habilitação, e colocando em risco sua própria vida e a de terceiros, tenha sido privado de sua liberdade, indo parar na Febem, por exemplo. Para casos como esses, geralmente praticados por adolescentes com poder aquisitivo maior, a sociedade lança mão de recursos pedagógicos e não de repressão propriamente dita, o que raramente ocorre quando o ato infracional se configura enquanto furto, por exemplo, em que quase sempre se exigem práticas de punição visíveis, a fim de que se dê a sensação de justiça ao indivíduo lesado.

Esses casos correspondem, na tabela 1, a 164 no ano de 1997 e 160 em 1998, num total de 324 infrações, praticamente com o mesmo índice de lesões corporais registradas.

Concluiremos essas observações mais adiante ao analisarmos as medidas sócio-educativas aplicadas nesse mesmo período.

As tabelas 2 e 3 correspondem às ocorrências relativas às apreensões de armas em poder de adolescentes, subdivididas em armas de fogo e armas brancas, num total de 59 apreensões em 1997 e 36 no ano de 1998, somadas às armas tidas como de fogo e às brancas.

Tabela 2 – Armas de fogo apreendidas com adolescentes

Armas de fogo apreendidas em poder de adolescentes	1997	1998
Arma de brinquedo	11	3
Espingarda	6	3
Garrucha	1	1
Revólver	6	2
Total	24	9

Tabela 3 – Armas brancas apreendidas com adolescentes

Armas brancas apreendidas em poder de adolescentes	1997	1998
Faca/Punhal	35	21
Estilete	0	1
Outros	0	5
Total	35	27

As armas de brinquedo foram caracterizadas enquanto armas de fogo, como se pode observar na tabela 2, demonstrando a imprecisão de nossas leis e agências de controle do crime, que punem com rigor absoluto o uso de armas de brinquedo para fins ilegais; entretanto, não restringe a fabricação das mesmas nem pune com o mesmo rigor quem as fabricou, vendeu e efetivamente contribuiu para sua utilização. Conseqüentemente, a facilidade para sua obtenção e o aperfeiçoamento de seus desenhos, que as tornam mais similares às armas verdadeiras, faz com que sejam, portanto, as mais utilizadas pelos adolescentes, como indica a tabela 2, sendo superadas apenas pelas armas brancas, tipificadas como faca ou punhal.

A tabela 4 registra as ocorrências com drogas envolvendo adolescentes e os tipos de drogas consumidas, nos anos de 1997 e 1998.

As ocorrências com drogas, envolvendo adolescentes no período de janeiro a dezembro de 1997, somam 54 e são em número de 13 para o período de janeiro a abril de 1998, distribuídas por porte e uso e quantificadas na tabela 4, abaixo.[5]

Tabela 4 – Ocorrências com drogas envolvendo adolescentes

Ocorrências com drogas	1997	1998
Cocaína – porte/uso	3	0
Cocaína (qtdd. de pessoas)	5	0
Quantidade de ocorrências	3	0
Crack – porte/uso	9	3
Crack – tráfico	2	1
Crack (qtdd. de pessoas)	24	5
Quantidade de ocorrências	11	3
Maconha – porte/uso	39	9
Maconha (qtdd. de pessoas)	71	12
Quantidade de ocorrências	39	9
Cola de sapateiro – porte/uso	1	1
Cola de sapateiro (qtdd. de pessoas)	1	3
Quantidade de ocorrências	1	1
Total	54	13

(*) A quantidade de ocorrências está associada aos itens porte/uso, respectivamente.

(5) Não foi possível realizar a quantificação dos dados referentes ao período de maio a dezembro de 1998, pois, após esse período, a forma de apresentação destes foi modificada pela Polícia Militar, utilizando-se de gráficos, não permitindo a ilustração por meio de tabelas.

Como podemos observar na tabela 4, os tipos de drogas com maior número de ocorrência, em 1997, são a maconha e o crack, em seguida aparecem a cocaína e a cola de sapateiro, esta última muito usada por crianças e adolescentes que vivem pelas ruas, pelo seu baixo custo para aquisição e mesmo pela facilidade de acesso ao produto.

Apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente caracterizar, em seu art. 81, como crime a venda de produtos que possam causar dependência química a crianças e adolescentes, essa prática ainda é extremamente comum e pouco punida no Brasil, devido, entre outros fatores, à fiscalização precária.[6]

Mesmo à luz do dia, não é difícil encontrar crianças e adolescentes perambulando pelas ruas de Bauru, com saquinhos ou latinhas de cola nas mãos; e, contraditoriamente, esse tipo de droga não é o que apresenta o maior número de ocorrências, no que se refere a porte e principalmente uso. Não é raro também bebidas alcoólicas serem tranqüilamente compradas em supermercados por adolescentes, sem nenhum controle quanto à identificação destes e sua idade, facilitando um consumo maior das chamadas drogas lícitas, utilizadas às vezes em casa pelos próprios pais e que não raro servem de via de acesso para aquelas não tão bem vistas pela sociedade, as "ilícitas".

5. Do movimento judiciário: Medidas sócio-educativas aplicadas

Entende-se por movimento judiciário o conjunto de processos iniciados no Cartório da Infância e Juventude de Bauru. Essas informações, tanto quanto os dados fornecidos pela Polícia Militar de Bauru, visam a ilustrar como é configurado o ato infracional e, quando convertido em processo, quais as medidas sócio-educativas aplicadas a seus autores.

É importante ressaltar que essas medidas devem ser aplicadas visualizando o ato cometido e não apenas o seu autor, ou seja, entre outros fatores, levando em conta a gravidade e a repercussão de seu ato.

Foram encaminhados 17 casos em 1997 e 18 em 1998 ao Conselho Tutelar de Bauru, sendo que para esses casos, quando já aplicada a medida sócio-educativa ou mesmo após ser dada a remissão, foi proposta a aplicação por este órgão de medidas de proteção cabíveis, quando necessárias, conforme os arts. 98, 101 e 129, e de acordo com as atribuições do Conselho estabelecido no Estatuto no art. 136.

(6) Sobre os produtos que podem causar dependência, leia-se no ECA, art. 243, seção II: Dos crimes em espécie: "Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, à criança ou ao adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois), e multa, se o fato não constitui crime mais grave".

No que se refere às medidas sócio-educativas aplicadas nos anos de 1997 e 1998, temos o seguinte quadro, representado na tabela 5:

Tabela 5 – Medidas sócio-educativas aplicadas aos adolescentes infratores

Medidas sócio-educativas	1997	1998
Advertência	95	56
Obrigação de reparar o dano	02	0
Prestação de serviços à comunidade	10	21
Liberdade assistida	48	40
Regime de semiliberdade	0	0
Internação	27	24
Remissão sem medida*	402	380
Com remissão**	66	10

(*) Remissão sem medida: significa que foi dado o perdão.
(**) Com remissão: foi dado o perdão, mas houve a aplicação da medida.

A partir dos dados acima, podemos concluir que a medida sócio-educativa de menor aplicação é a de inserção em regime de semiliberdade, seguida pela obrigação de reparar o dano, tanto em 1997, quanto em 1998. Quanto à primeira, cabe ressaltar que não existe Unidade no município de Bauru destinada ao cumprimento dessa medida.

Salvo a internação, essa medida é a que mais restringe a liberdade pessoal do adolescente e é a única das sócio-educativas que implica a sua institucionalização.

Sobre a obrigação de reparar o dano, Lima (2000) coloca que o mais viável é que a autoridade competente desempenhe a função de mediador entre os interessados, para que o adolescente possa assumir a responsabilidade por seus atos e reflita sobre a melhor maneira de repará-los.

Ainda na tabela 5, podemos observar que a medida de prestação de serviços à comunidade foi aplicada em dobro no ano de 1998, se comparada ao anterior, e a de internação se manteve na média, 27 em 1997 e 24 em 1998.

É unânime entre os especialistas que procuram aprofundar-se na questão da privação de liberdade a idéia de que simplesmente restringir ou isolar do convívio social os indivíduos, e principalmente adolescentes, não traz benefício algum, nem a eles próprios nem à sociedade.

O último item citado na tabela 5 é a remissão, que "com" aplicação da medida caiu de 66 em 1997 para 10 em 1998; entretanto, não foi substituída pela remissão "sem" medida, pois esta se manteve aparentemente estável, com 402 casos em 1997 e 380 em 1998.

Se confrontarmos as medidas sócio-educativas estabelecidas pelo Estatuto com aquelas contidas no antigo Código de Menores, Lei 6.697/79, art. 14, surgem como novidades a obrigação de reparar o dano e a prestação de serviços à comunidade, além das medidas de proteção, contidas no art. 101, I a VI, que, como já dissemos, são aplicadas pelo Conselho Tutelar, salvo naqueles municípios em que esse órgão ainda não foi criado, onde passam a ser aplicadas pelo Poder Judiciário.

No entanto, apesar de serem bastante produtivas no sentido educativo, apenas a prestação de serviços parece estar sendo adotada efetivamente como alternativa, já que a medida de reparação do dano praticamente não está sendo aplicada.

A medida de internação, por sua vez, supera as duas outras se somadas tanto em 1997, com um número de 12, para 27 casos de internação, como em 1998 com 21, para 24 casos, respectivamente, o que mostra que a medida de internação ainda vem sendo bastante aplicada em detrimento das medidas citadas como alternativas.

A fim de complementar nossas reflexões acerca da aplicação da medida de internação, ressaltamos que, se levarmos em consideração o baixo índice de atos infracionais graves praticados por adolescentes, apontados na tabela 1, podemos supor que os casos de reincidência é que produzem a estabilidade no número de medidas aplicadas referentes à internação. Essa conclusão não é tão imprecisa se, além dos dados da tabela 1, considerarmos que o uso de armas de fogo por adolescentes é também reduzido, segundo tabela 2.

Resumindo, os dados coletados acerca das infrações cometidas divergem das medidas de internação aplicadas, pois apontam para um número reduzido de atos infracionais graves praticados, o que nos leva a indagar se a referida medida não está, ainda, sendo aplicada indiscriminadamente, como ocorria durante a vigência do Código de Menores.

Por outro lado, se as taxas de reincidência se apresentam bastante altas, justificando assim a aplicação dessa medida, significa dizer que o processo de reeducação desse adolescente está sendo falho, possibilitando que ele volte a cometer outras infrações. O que é bastante possível, visto que o investimento em programas preventivos é quase nulo no município em questão, e que a repressão por si só não reeduca, mas revolta, aliena e se reproduz em ações cada vez mais violentas por parte desses adolescentes.

Em outras palavras e para concluir, podemos afirmar que, ao analisarmos os dados fornecidos pelo Cartório da Infância e Juventude, pudemos constatar que foi aplicado um número maior de medidas sócio-educativas de internação, em

comparação às outras relacionadas no ECA. Em contrapartida, do total de atos infracionais apresentado pela Polícia Militar, é indicada uma pequena porcentagem de atos infracionais graves.

Se vislumbrarmos tal fato sob a ótica prevista no Estatuto, de que devem receber essa medida apenas os adolescentes que representam uma "ameaça" à sociedade, aqueles que, depois de uma série de investimentos em sua reeducação, voltaram a infracionar ou aqueles, de imediato, cuja primeira infração foi gravíssima, o que é menos comum, podemos concluir que os investimentos visando ao atendimento efetivo de adolescentes que cumprem medidas menos severas não está sendo compatível com as necessidades vigentes no município, ou que práticas similares, tais quais ocorriam na vigência dos Códigos de Menores, ainda se mantêm.

Não podemos, no entanto, deixar de considerar que tal investimento acaba tendo uma correlação direta com o número de medidas aplicadas, ou seja, os investimentos deveriam ser maiores na proporção em que mais adolescentes tivessem que cumprir tais medidas.

Indagações como essa, contudo, acabam por ficar sem resposta, sendo necessária uma pesquisa específica que dê conta de compatibilizar as medidas aplicadas pelo Poder Judiciário com a respectiva infra-estrutura existente no município para atender a essa demanda.

6. A representação social da delinqüência

Na perspectiva de conhecer e analisar a realidade do município no que diz respeito à delinqüência, foram entrevistados profissionais que de maneira direta ou indireta se relacionavam com adolescentes em conflito com a lei, a fim de verificarmos por meio do seu discurso qual a representação social que esses profissionais têm da delinqüência, ou seja, como expressam sua forma de ver e conceituar a questão. São eles os representantes do Ministério Público, dos Conselhos Tutelar e Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, os coordenadores da Divisão Técnica 6 – DT6, Posto da Febem de Bauru, e profissionais de quatro entidades que atendem esses adolescentes.

É importante lembrar que, ao nos referirmos aos direitos da criança e do adolescente, o fazemos sob os parâmetros estabelecidos no ECA, assim sendo, a escolha dos profissionais para entrevista deveu-se sobretudo às suas respectivas atribuições contidas nesse Estatuto. O Estatuto da Criança e do Adolescente distribui entre o juiz, o promotor, o advogado, o Conselho de Direitos, o Conselho Tutelar e as Entidades de atendimento (governamentais ou não governamentais) a autoridade que os Códigos de Menores de 1927 e 1979 concentravam na figura do juiz de menor e estabelece suas respectivas competências, as quais constam nos arts. 148; 201; 206 e 207; 88, II; 91; 136 e 90. Dessa forma, o ECA descentraliza o poder anteriormente atribuído ao juiz.

Conforme a descrição dos entrevistados, esses adolescentes, em sua maioria, são do sexo masculino, visto que é mais incomum "meninas" cometerem atos infracionais no município. É evidente que existem alguns casos; entretanto, são geralmente considerados mais leves, ou menos graves, segundo a conclusão dos entrevistados.

São situados como provenientes de famílias pobres, caracterizadas como "famílias desestruturadas", com seus membros envolvidos em situações consideradas tipicamente irregulares, seja pelos laços afetivos não oficializados entre os casais, seja por fatores como a dependência química, o desemprego, a negligência no trato com os filhos.

Um detalhe importante é que, ao serem questionados sobre sua concepção de "família desestruturada", alguns profissionais entrevistados não conceituam da mesma maneira a família "pobre" e a "rica"; em outras palavras, os fatores que caracterizam a "desestruturação" numa família inserida num nível sócio-econômico baixo são diferentes daqueles especificados para as famílias das camadas mais altas. A culpabilização da família nesses casos é fator predominante.

Ou seja, ao tentarmos transpor o discurso da "desestruturação familiar" para as camadas média e alta, este se desloca de uma suposta condição de irregularidade na vida do casal, em que os pais são responsabilizados pelos comportamentos dos filhos, revertendo-se para a criança ou o adolescente, responsabilizando, então, estes, isto é, os filhos, por suas "condutas ou comportamentos não aceitáveis socialmente".

Segundo Alba Zaluar (1994), em sua pesquisa na Cidade de Deus, uma favela bastante conhecida e divulgada como um dos maiores focos de criminalidade juvenil do Rio de Janeiro, a tese da "desorganização familiar" não se confirma como explicação das altas taxas de criminalidade.

A autora coloca que, caso ocorra, por exemplo, a falta do pai, outros membros o substituem: um tio, um irmão mais velho. E acrescenta ainda que, "se por desorganização familiar se entende a ausência de padrões culturais que sublinhem as responsabilidades paternas e maternas, esta desorganização também não pode ser constatada" (op. cit., p. 97).

Essa concepção de organização familiar, a partir de um modelo de família ideal, ou seja, a família nuclear, leva constantemente à estigmatização daquelas que fogem a esse padrão de normalidade e desconsidera, por sua vez, formas diversificadas de organização familiar.

No caso das famílias "pobres", esse fato é ainda mais evidenciado no discurso dos entrevistados, sendo essas famílias freqüentemente culpabilizadas pelas formas de comportamento considerado "inadequado" de seus filhos.

Pereira Júnior (1992) coloca que as noções de infância e família, historicamente, sempre estiveram interligadas e que a sociedade toma para si padrões estabelecidos pelas camadas mais favorecidas economicamente ao situar naturalmente a "criança" como parte de uma família nuclear "estruturada" e o "menor"

como conseqüência de "famílias desestruturadas ", presentes nas camadas mais empobrecidas.

Para esse autor, a família é a primeira instância de sociabilidade humana e atua tanto normatizando quanto atendendo às necessidades básicas de seus membros. Ele acrescenta, ainda, que, nas sociedades capitalistas, o trabalho é um dos principais "eixos solidificadores" dessa instituição.

"As relações internas e externas do ambiente doméstico são marcadamente influenciadas pela inserção de seus membros no mercado de trabalho. É a partir desta inserção que se inviabiliza, ou não, a manutenção financeira da família." (Pereira Júnior, 1992, p. 31.)

A "família desestruturada" é considerada, por Pereira Júnior, como sendo um mito, que parte do pressuposto que sua forma de inserção marginal é um fator conjuntural e não estrutural, ou seja: "dentro do jogo ideológico de mascarar o processo de produção das desigualdade sociais, apresentando os efeitos como causas, cria-se uma idéia burguesa e liberal de família, pautada em sua capacidade de auto-sustento. Assim, uma 'família' se localiza geograficamente numa casa onde os pais cumprem sua função de assistir (a nível material e normativo) os filhos. Esta visão permite desviar o foco do Estado e do modelo de desenvolvimento adotado, recaindo sobre a competência familiar a eficácia do processo de socialização da infância... parece que somente quando há um reflexo econômico claro (inviabilidade de sustento do núcleo familiar) as formas não convencionais de relação familiar são vistas como 'desestruturadas'" (idem, p. 31- 32).

Mesmo porque, conclui o autor, é fato histórico que, nas últimas décadas, houve mudanças significativas dos padrões morais e que, portanto, não podemos deixar de considerar que, em todas as camadas sociais, é crescente o número de famílias chefiadas por mulheres ou mesmo compostas por apenas um dos cônjuges.

A constante correspondência feita pelos entrevistados acerca do fenômeno da delinqüência e a "desestruturação familiar" levou-nos a tentar localizar, no município de Bauru, programas que dessem conta de atender às famílias visando ao apoio sócio-econômico, na perspectiva de amenizar conflitos supostamente advindos da condição de miserabilidade e carência destas.

Detectamos apenas um núcleo de apoio à família, conhecido como Instituto de Assuntos da Família – Iafam, que mantém dois programas, o de "Renda Mínima" e o "Geração de Renda". O primeiro é elaborado pelo Governo Estadual, que o supervisiona, e o município fica encarregado de sua execução. A renda mensal destinada ao programa fica em torno de R$ 4.400,00, para ser dividida entre as famílias cadastradas, com renda *per capita* de até R$ 50,00. Segundo sua coordenadora, em 1997 o programa atendia a 40 famílias e, em 1998, passou a atender apenas a 35.

O programa é complementado pelo de Geração de Renda, que é municipal, e oferece cursos como corte e costura, pintura, mecânica, bordado e outros, vi-

sando a proporcionar à família alternativas possíveis à sua própria manutenção, e estimula ainda a formação de cooperativas de trabalho. Quanto aos adolescentes, membros das famílias atendidas, só podem participar dos cursos se tiverem mais de 16 anos.

Como podemos observar, mesmo sem nos atentarmos a dados estatísticos específicos que configurem a população carente de recursos financeiros no município, é nítida a ineficiência de uma política que atenda a um número tão pequeno de famílias, num município composto por cerca de 300 mil habitantes.

Quanto às ocorrências definidas pelos entrevistados, envolvendo adolescentes das camadas média e alta, são, em geral, colocadas como as de menor número e gravidade, restringindo-se a brigas, direção inabilitada de veículos, uso de entorpecentes, entre outros. Casos de homicídios, estupros, ocorrem, segundo eles, mas são raros. Porém, quando fatos mais graves se apresentam, as famílias são apontadas como o suporte necessário de auxílio a esses adolescentes, encaminhando-os a tratamentos e tentando, de alguma forma, não permitir que o fato se torne público.

A existência de uma "cifra negra" que faz com que determinados atos não sejam configurados pelas agências de controle do crime dificulta, portanto, a mensuração exata do quanto esses adolescentes também violam as leis, tornando-se assim um viés que provoca distorções nos dados oficiais relativos ao fenômeno estudado.

Na faixa etária dos 12 aos 14 anos de idade, os atos infracionais cometidos são considerados mais leves, como pequenos furtos, por exemplo. Todavia, na medida em que vão ficando mais velhos, a gravidade dos atos tende, também, a ser crescente. O uso contínuo de entorpecentes é colocado como um fator agravante desses atos, devido ao custo de manutenção do vício, com drogas cada vez mais pesadas e caras. Faz-se alusão, dessa forma, ao início de uma carreira criminosa, que deve ser suprimida antes que esses adolescentes cometam atos mais graves.

A utilização desses adolescentes no tráfico de drogas é também fator preponderante na configuração de atos infracionais, pois eles desempenham o papel de intermediários entre o traficante e o usuário, ficando, assim, à mercê do traficante, que não raro já o tornou também um dependente e que na grande maioria dos casos, tem mais de 18 anos, ou seja, já é considerado um adulto.

O traficante se aproveita de uma suposta "impunidade" pregada, de que o adolescente não será severamente punido, manipulando-o por conta do vício, fazendo com que, se for flagrado com a droga, ele assuma toda a responsabilidade com relação ao delito, não denunciando o verdadeiro criminoso.

O conceito de delinqüência para os profissionais entrevistados está atrelado ou, às vezes, se confunde com o conceito de ato infracional definido no art. 103 do Estatuto, como crime ou contravenção penal. Interessante é que a articulação elaborada entre um conceito e outro não especifica a mesma realidade, em outras

palavras, o "menino de rua", por exemplo, é considerado um delinqüente pelo fato de estar na rua, mesmo sem nunca ter cometido um ato infracional.

Essa indefinição traz à tona, ainda, uma série de práticas hoje consideradas ilegais pelo ECA, como o recolhimento de crianças e adolescentes a abrigos por "vadiagem" e "perambulação", práticas essas bastante comuns na vigência dos Códigos de Menores.

Importante salientar que exemplos de ações como essa não se distanciam muito das práticas atuais. A ilustração fornecida pela Promotoria justifica tal afirmação, ao descrever um programa voltado à prevenção da delinqüência instalado no município de Bauru em 1996, denominado "Ação Intensiva nas Ruas", desenvolvido pela Polícia Militar, que recolhia crianças e adolescentes que viviam nas ruas a um local chamado Centro de Convivência, que visava a atender os adolescentes, em regime de abrigo, mas acabou se transformando em uma casa de passagem, semelhante a um albergue.

Experiências como essa tendem a ser frustradas não apenas pelo caráter repressivo implícito, mas por não vislumbrar a necessidade do educador de rua, pois as crianças e os adolescentes são "obrigados" a sair da rua e ir para o abrigo, que, na maioria das vezes, não se apresenta como melhor opção para eles.

Desprovidos de atividades atrativas e da "liberdade" que a rua proporciona, pelo fato de não serem formulados visando ao desenvolvimento saudável dessas crianças e adolescentes, mas sim à "limpeza das ruas", a maioria desses programas tende a massificar e a impor valores que nem sempre são comum a todos, não levando também em consideração as necessidades individuais daqueles que são inseridos em tal programa.

Um outro aspecto relatado e extremamente importante diz respeito à delinqüência vista como um "fator moral e ético da pessoa", visão esta também bastante tradicional, quando se fala em delinqüência e criminalidade, relacionada à natureza do indivíduo infrator, no caso abaixo, especificando um dependente químico: "ele é um delinqüente porque realmente aquilo faz parte da natureza dele, então, *mesmo com vício, ou sem vício, ele vai continuar roubando*. Porque ele acha mais fácil roubar do que trabalhar, às vezes tem até oportunidade de ganhar o dinheiro de uma forma honesta, mas ele prefere aplicar um golpe, ou roubar de maneira que ele considera mais fácil, e aí envolve outros aspectos de *comportamento mental* da pessoa, às vezes ele sente prazer nisso" (o grifo é nosso).

É interessante lembrar que, não raro, questões como a delinqüência, o homossexualismo e outros comportamentos, tidos como "desviantes" por alguns setores da sociedade, são relacionadas a fatores biológicos, que refletem um determinismo, carregado de discriminação, preconceito, pouca informação e conhecimento a respeito.

Para Alba Zaluar (1987), essa maneira de ver o problema, ou seja, no plano do determinismo, reflete as contradições e os paradoxos do pensamento sobre a

criminalidade no Brasil e se opõe à idéia de liberdade e de ação responsável que, segundo a autora, está por trás do conceito de direitos humanos.

"As idéias mais disseminadas na população brasileira são as de que o criminoso (em geral pobre) é uma pessoa social e biologicamente diferente do respeitador da lei (em geral um próspero morador de um bairro classe média) e a de que há um determinismo ou uma compulsão no crime em algumas situações (identificadas com a pobreza) ou pessoas. O criminoso assim concebido é portador de alguma anomalia física ou de um vício adquirido no meio social pobre, que, nessa visão, não teria valores morais, religião ou família." (Zaluar, 1987, p. 22.)

Como pudemos notar, o uso de drogas e a "desestruturação familiar" são dois fatores apontados de forma unânime pelos entrevistados como possíveis causas do envolvimento de adolescentes na delinqüência. Fatores esses que, se observados mais precisamente, mantêm uma correlação muito mais direta com situações em que a responsabilidade pela expansão da delinqüência continua sendo delegada à família ou aos próprios adolescentes, principalmente os provindos das camadas mais baixas, sem vislumbrar as deficiências nas políticas de prevenção ou de garantia de direitos e outros fatores, como, por exemplo, a "pedagogia do tapa", a violência implícita no ato de educar os filhos, fruto de uma cultura autoritária que dissemina a agressividade e a intolerância, por meio da violência doméstica.

Quanto aos trabalhos voltados à prevenção da delinqüência, a Promotoria os caracteriza como "de repressão". Repressão essa, utilizada, muitas vezes, segundo consta na descrição dos entrevistados, como forma de prevenir novos delitos.

Entretanto, se analisarmos mais atentamente esse discurso, veremos que esse argumento serve mais para justificar os métodos repressivos utilizados e a ineficiência em se articularem programas preventivos que efetivamente apresentem bons resultados do que diminuir a criminalidade.

O fato de a justiça não ser coesa, nem sempre punindo com o mesmo rigor indivíduos que cometeram o mesmo tipo de delito, envolve questões preponderantes que devem ser também levadas em consideração. O *status* e a oportunidade de se ter uma boa defesa podem influenciar decisivamente na determinação de uma sentença.

A Promotoria dá um indicativo importante da maneira como é ainda vista a questão da prevenção em Bauru, quando se percebe, ao nos referirmos a trabalhos de divulgação dos direitos previstos no ECA, que seu discurso tem o propósito de resgatar a autoridade dos pais com relação aos filhos.

Porém, o fato de autorizar aos pais a aplicação de castigos físicos aos filhos pode implicar em conseqüências desastrosas para o desenvolvimento destes. Visto que os direitos das crianças e adolescentes, no Brasil, durante muito tempo, foram relegados a um plano secundário, até mesmo inexistente para alguns, essa cultura transgressora dos direitos tem como base uma cultura da violência como

recurso pedagógico para resolução dos conflitos, e isso precisa ser mudado urgentemente.

Azevedo (1995) define a prática de adotar castigos físicos aos filhos como "pedagogia negra", no sentido de lúgubre, melancólico, perverso, funesto, ou seja, uma forma de educar que transmite às crianças e adolescentes informações e idéias falsas a respeito dos pais, entre outras a de que os pais sempre têm razão ou de que a obediência fortalece.

Os Conselhos Tutelares instalados nos municípios, enquanto órgãos representativos da sociedade, deverão, portanto, servir de interlocutores entre a população e os poderes públicos locais, auxiliando na definição de políticas públicas voltadas a bem atender às crianças e adolescentes e a zelar efetivamente pela garantia dos direitos destes, tendo sempre em mente que os direitos estabelecidos no ECA são universais e deverão servir a todos, sem restrição de espécie alguma.

Apenas com iniciativas práticas entre os diversos órgãos responsáveis pela manutenção e garantia desses direitos, Conselhos, Poder Judiciário, Ministério Público, Poderes Públicos, e a mobilização contínua da sociedade é que poderemos ver mudada essa realidade.

Mais importante ainda é que essa atuação seja compatível com uma visão de mudança que os encare e os trate com o devido respeito que merece cada cidadão, criança ou adolescente, que não podem mais ser vistos meramente como coisas, objetos a serem disciplinados, domesticados, mas sim como seres humanos em desenvolvimento dotados de desejos, vontades, ansiedades e expectativas.

O ECA em ação nada mais é do que a sociedade, a família e o Estado cumprindo com seus deveres, ou seja, respeitando os direitos das crianças e adolescentes, lei essa que nada mais faz do que reiterar detalhadamente o que já está escrito na Constituição Federal de 1988.

Bibliografia

AZEVEDO (1995) apud AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V. N. A. "Interrompendo o circuito: Guia prático para prevenir o fenômeno". *Apostila do IV Telecurso de Especialização em Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes*. São Paulo: LACRI/IP-USP. 1997.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, 13 de julho de 1990*. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, 1998.

CAMPOS, E. "A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade". *Revista de Administração Pública* 12/139-161, n. 2, Rio de Janeiro, abr.-jun. 1978.

———. "Sobre sociólogos, pobreza e crime". *Revista de Ciências Sociais* 23/377-383, n. 3, Rio de Janeiro, 1980.

COSTA, A. C. G. da. "De menor a cidadão". In MENDEZ, E. G.; COSTA, A. C. G. da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FISCHER FERREIRA, R. M. "A marginalização social do menor em São Paulo". *Meninos da rua: expectativas e valores de menores marginalizados em São Paulo.* Comissão de Justiça e Paz de São Paulo. Cedec – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1979.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, Departamento de Estatística e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 1989. (Edição especial, editada em 1994, com dados do Censo Demográfico de 1991, por Unidade da Federação. Criança. Adolesc. Ind. Soc., Rio de Janeiro, ed. Especial, n. 20, p. 1-62, 1991).

GARCIA, R. C. S. L. "O ECA em ação: políticas públicas de atenção a adolescentes autores de atos infracionais". Dissertação de Mestrado. Araraquara, Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, 2000.

IBASE (Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas). *Vidas em risco: assassinato de crianças e adolescentes no Brasil.* Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua/Núcleo de Estudos da Violência da USP. Rio de janeiro: MNMMR, Ibase, NEV-USP, 1991.

LIMA, M. M. A. "Comentários à seção III – Da obrigação de reparar o dano". In CURY, M.; AMARAL e SILVA, A. F. do; MENDEZ, E. G. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PEREIRA JUNIOR, A. "Um país que mascara seu rosto". In PEREIRA JUNIOR, A.; BEZERRA, J. L.; HERINGER, R. (Orgs.). *Os impasses da cidadania: infância e adolescência no Brasil.* Rio de Janeiro: Ibase, 1992.

SEADE. "Perfil Municipal do Estado de São Paulo-1995". *Data-Ite.* Instituição Toledo de Ensino, Faculdade de Ciências Econômicas de Bauru, 1998.

ZALUAR, A. "A globalização do crime e os limites da exclusão social". In VELHO, G.; ALVITO, M. *Violência e cidadania.* Ed. UFRJ. Ed. FGV, 1996.

———. *A máquina e a revolta: as organizações populares e o significado da pobreza.* 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

———. "Crime e trabalho no cotidiano popular". *Ciência Hoje*, n. 28, v. 5 (Suplemento), jan.-fev. 1987.

8. JURISPRUDÊNCIA

8.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

8.1.1

COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF PARA O JULGAMENTO DE *HABEAS CORPUS* CONTRA ATO DE TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA

JUIZADO ESPECIAL. Competência do STF para julgamento de *habeas corpus* contra ato de Turma Recursal.

Ementa: Subsiste ao advento da Emenda 22-99, que deu nova redação ao art. 102, I, i, da Constituição, a competência do Supremo Tribunal para julgar e processar, originariamente, o habeas corpus *impetrado contra ato de Turma Recursal de Juizados Especiais estaduais.*

Pedido indeferido, pela incerteza da data do conhecimento do ofendido, acerca da autoria da lesão culposa de que foi vítima, termo inicial do prazo da alegada decadência por falta de representação em tempo útil (Lei 9.099/95, art. 88).

HC 78.317-RJ – 1.ª T. – STF – j. 11.05.1999 – rel. Min. Octavio Gallotti.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do STF, em 1.ª T., na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do pedido de *habeas corpus*, mas indeferi-lo.

Brasília, 11 de maio de 1999 – MOREIRA ALVES, Presidente – OCTAVIO GALLOTTI, Relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Octavio Gallotti* (relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra ato de Turma do Conselho Recursal de Juizados Especiais do Rio de Janeiro, alegando, em suma, o impetrante, o decurso de mais de seis meses entre o dia do acidente (23.07.1996) e a data do oferecimento da representação da vítima da lesão corporal culposa (20.06.1997).

Decidiu, no essencial, o acórdão impugnado:

"O Registro de Ocorrência 185354/96 da 32.ª Delegacia de Polícia, e que informa o pedido exordial, deixa patente que a autoria delitiva era desconhecida quando do atropelamento (f.). Somente quase quatro meses após o ora paciente foi qualificado e ouvido em sede policial, e sem a presença da vítima, consoante o comprova a peça de f.

Destarte, se a vítima Ronnie Cardoso de Oliveira não mais foi chamado pela autoridade policial e somente veio a ter ciência de quem fora o autor de seu atropelamento no dia 20.06.1997, quando se realizou a audiência preliminar prevista nos arts. 70 e seguintes da Lei 9.099/95, somente naquela data se iniciou, para ele, a contagem do prazo decadencial em tela. E, como consta da assentada retratada na fotocópia de f., naquela mesma data exerceu ele o seu direito de representação, o que reiterou na

seguinte audiência, como se lê no documento fotocopiado de f.

Conforme preleciona o supracitado e festejado processualista: 'A representação, nos casos em que a lei a exige, não está sujeita a fórmula sacramental. Desde que haja inequívoca intenção de se permitir a persecução, esta será iniciada' (op. cit., p. 288).

Em conseqüência, afastados que se fizeram os alegados substratos fático e legal em que se lastreava a pretensão inaugural, patente restou que inexiste também o aventado constrangimento ilegal a que estaria submetido o ora paciente, voto, portanto, no sentido de ser denegada a ordem por ausência dos pressupostos insertos nos arts. 647 e 648 e incisos, ambos do CPP, cassando-se a liminar anteriormente concedida, para que o Procedimento 678 tenha seu prosseguimento normal perante o XVI Juizado Especial Criminal." (f.)

Desse julgado, foi interposto recurso ordinário e encaminhado este ao segundo vice-presidente do Tribunal de Justiça, que o indeferiu por incabível (f.).

Daí, nova impetração, já agora perante o STJ, que, em 1.º.10.1998, declinou de sua competência para esta Corte (f.), onde assim veio a opinar, à f., o ilustre Subprocurador-Geral da República Ednaldo de Holanda Borges, depois de sumariar a controvérsia:

"A razão, *data venia*, não subsidia a atual inconformação.

É que o art. 91 da Lei 9.099/95 estabelece que, nos casos em que a própria lei passou a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido deverá ser intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias sob pena de decadência.

Diversamente do que estabelece o art. 103 do CP, o prazo da *Lex Specialis* 9.099/95 se inicia a partir da intimação.

Ora, a vítima, no dia da ocorrência, sequer foi ouvida. Todavia, no primeiro momento em que lhe foi dado o direito de falar, ou seja, foi intimado para a audiência, compareceu e manifestou de forma inequívoca sua vontade de representar, não havendo que se falar em decadência ou extinção da punibilidade.

Ante o exposto, o alvitre é no sentido do indeferimento da ordem." (f.)

Após frustrada tentativa de obter informações atualizadas do Juizado Especial (f.), exarei, à f., esse despacho:

"Tratando-se de *habeas corpus* impetrado contra Turma Recursal de Juizados Especiais, abra-se vista dos autos à douta Procuradoria-Geral da República, com a solicitação de pronunciamento sobre a competência para o julgamento, em face da EC 22, de 18.03.1999." (f.)

Voltou, pois, a oficiar o Ministério Público Federal, desta feita com o seguinte parecer:

"Tal como já relatado na manifestação de f., trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão colegiada da E. 2.ª T. do Conselho Recursal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio de Janeiro, o qual, em exame meritório, denegou pedido de extinção de punibilidade pela decadência da ação.

Examinado o feito, opinou-se, à época, pelo indeferimento do *writ*.

Ocorre, porém, que com o advento da EC 22, de 18.03.1999, supervenientemente deixou de ser a competência do Supremo Tribunal o exame dos *habeas corpus* impetrados contra decisão colegiada dos Tribunais Estaduais, cabendo-lhe, na atualidade, examinar impetrações contra atos emanados de Tribunais Superiores.

A esse aspecto, portanto, cabe-nos apenas concluir pelo não conhecimento do *writ* e pugnar pelo seu retorno ao E. STJ, o qual, com o advento da mesma norma constitucional anteriormente citada, passou a ser o órgão competente para apreciar a matéria." (f.)

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Octavio Gallotti* (relator): Ao definir por maioria,

ainda sob a égide do teor original da letra *i* do item I do art. 102 da Constituição de 1988, a competência do Supremo Tribunal para o processo e julgamento das petições de *habeas corpus* impetradas contra atos de Turmas Recursais de Juizados Especiais, orientou-se a maioria deste Plenário pelo voto do relator do HC 71.713, da Paraíba, eminente Min. Sepúlveda Pertence, o qual, após recordar o acórdão no HC 71.524, onde o mesmo já se havia resolvido em relação aos atos dos Tribunais de Alçada, teve ocasião de ressaltar:

"Em síntese, assentou-se, pois, que, na determinação da competência dos Tribunais para conhecer de *habeas corpus* contra coação imputada a magistrados, no silêncio da Constituição, o critério decisivo não é o da superposição administrativa ou o da competência penal originária para julgar o coator, mas sim o da hierarquia jurisdicional.

Ora, também sobre as Turmas de recurso dos juizados especiais não exercem jurisdição os tribunais estaduais, o que, na trilha da orientação recordada da Corte, afasta que lhes toque a competência para o *habeas corpus* impetrado contra coação resultante de suas decisões.

A diferença entre a hipótese do HC 71.524 e a da espécie é que, aqui, a mesma razão ilide igualmente a competência do STJ.

As Turmas de recurso dos juizados especiais, com efeito, sob o prisma da hierarquia jurisdicional, estão – em aparentemente paradoxo – em plano mais elevado que os tribunais de 2.° grau da União e dos Estados, na medida em que – a exemplo dos Tribunais Superiores – sujeitam-se imediata e exclusivamente à jurisdição do STF, dada a competência deste, e só dele, para rever suas decisões, mediante recurso extraordinário.

De tudo resulta que também e apenas a Corte Suprema é que detém competência para o julgamento do presente *habeas corpus*." (HC 71.713-6, *DJ* 04.11.1994.)

Permaneceu, na redação dada pela Emenda 22, de 18 de março do corrente ano, o silêncio da Constituição, a respeito da competência para o processo e julgamento das ordens de *habeas corpus* dirigidas contra atos das Turmas Recursais: em relação ao Supremo Tribunal (art. 102, I, *i*), por continuarem a não ser Tribunais, muito menos Tribunais Superiores, como estabelece o novo texto constitucional; em relação ao STJ, por não ser ele Tribunal sujeito à sua jurisdição (não cabe de suas decisões recurso especial).

Subsiste, também, o obstáculo ao reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça dos Estados, por não deterem hierarquia jurisdicional sobre as Turmas Recursais.

Persiste, finalmente, o paradoxo já apontado pelo Min. Pertence: o da sujeição das Turmas Recursais exclusivamente à jurisdição do Supremo Tribunal, em aparente superioridade de posição aos Tribunais de 2.° grau da União e dos Estados.

Explica-se, todavia, essa anomalia, em obséquio à brevidade em que se inspira a criação dos Juizados Especiais, ao livrar as questões ali apreciadas do crivo da instância do recurso especial, sem dispensar, contudo, o desempenho do controle constitucional, que é pedra de toque do nosso regime político. Só assim se explica a permissão do recurso extraordinário e a conseqüente competência do Supremo Tribunal para julgá-lo.

Veja-se, do contrário, o que sucederia ao admitir a competência dos Tribunais de Justiça, quando coatora Turma Recursal: além dos órgãos citados, dois outros degraus restariam a percorrer (o STJ e o STF), somando quatro, justamente em referência ao setor do Judiciário, instituído sob o signo da rapidez e da simplicidade.

Conheço, portanto, do pedido, afirmando a competência desta Corte para apreciá-lo, em face da subsistência, perante a Emenda 22, dos fundamentos que nortea-

ram o julgamento do HC 71.713, em face do texto original da Constituição.

No mérito, observo que, tendo ocorrido o fato em 23.07.1996, já vigorava, então, a Lei 9.099/95, de que constitui disposição transitória o art. 91, destinado aos delitos praticados antes de sua vigência (cfr. HC 78.307, 1.ª T, *DJ* 12.03.1999).

Não há, pois, como subordinar o termo inicial da decadência à intimação da vítima.

Nem, assim, passa, porém, a assistir razão ao impetrante, que deduz o conhecimento da vítima de circunstâncias de fato (identificação do veículo e sua proprietária; conversa no hospital etc.), cuja comprovação não se coaduna com o rito do *habeas corpus*.

Conheço do pedido, mas para indeferi-lo.

EXTRATO DA ATA – Decisão: A Turma conheceu do pedido de *habeas corpus*, mas o indeferiu. Unânime.

Presidência do Sr. Min. Moreira Alves. Presentes à sessão os Srs. Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Brasília, 11 de maio de 1999.

COMENTÁRIOS

Concedida a vênia, sem razão o STJ, que declinou de sua competência para o STF; e sem razão, de sua vez, também este último, desenganadamente incompetente para julgar *habeas corpus* contra ato de Turma de recursos de juizado especial criminal, ao dar, por votação unânime de sua 1.ª T., contra o correto parecer do Ministério Público, com a própria competência para julgar o pedido.

Noves fora a singularidade, ou "anomalia", como admite o acórdão, de se colocarem as Turmas Recursais ao lado dos Tribunais Superiores – estes formam a única categoria cujos atos são originariamente apreciados pelo C. STF através de *habeas corpus* –, para que também os atos delas se insiram na competência originária da mais alta Corte do País, o acórdão manteve, quanto às Turmas, o inadequado entendimento que o C. Tribunal havia igualmente firmado com relação aos tribunais de 2.º grau em geral, e agora, no que diz respeito a estes, já modificado por força da Emenda 22/99.

Recorde-se que, com o silêncio do texto original da Constituição, especificamente quanto à competência originária do STJ para o processo e julgamento de *habeas corpus*, na qual não se incluía a menção expressa de tribunal algum, o Supremo Tribunal, diante da falta de lei, firmou jurisprudência no sentido de que sua era a competência. Para tanto, levou em conta que a Constituição dizia que dele seria a competência quando o coator fosse tribunal cujos atos estivessem sujeitos diretamente à sua jurisdição.

Os tribunais que se achavam naquela situação de sujeição direta – não só, aliás, de sujeição direta, mas, mais que isso, de sujeição direta e exclusiva – eram os tribunais superiores. Os demais tribunais, de hierarquia inferior, sujeitavam-se diretamente, como ainda se sujeitam à conta do recurso especial, ao STJ. Mas a

regra da sujeição direta, expressamente adotada para a determinação da competência originária do Supremo Tribunal para processar e julgar *habeas corpus*, não era prevista também para a fixação da competência do STJ, para o que também não havia, como já foi dito, a indicação dos tribunais cujos atos poderiam dar margem a julgamento de *habeas corpus* por ele, STJ.

Todavia, naquelas circunstâncias, e como para fins de recurso extraordinário os tribunais de 2.° grau se ligavam ao Supremo, pelo menos nesse pouco havia a sujeição direta deles ao Supremo Tribunal, a justificar a competência deste. Então, pronto. Assumiu o Supremo a tarefa.

2. Outra solução, entretanto, teria sido mais adequada, com a vantagem de não ficar o STJ no meio, à toa. No silêncio da lei, procurar-se-ia o tribunal de categoria jurisdicional imediatamente superior à do tribunal responsável pela coação.

Para tanto, bastaria fazer um quadro da posição dos tribunais. Apareceria o Supremo na cúpula, e logo abaixo os tribunais superiores, precedendo aos de 2.° grau. Então, a competência ficaria com o Superior Tribunal. Se se quisesse, poder-se-ia também aplicar, por analogia, nos termos do art. 3.° do CPP, a regra indicada para o Supremo, ou seja, a da sujeição direta. Então, os tribunais em questão se enquadrariam lá, por causa do recurso especial.

Contudo, fixou o Supremo Tribunal, contra o voto do preclaro Min. Marco Aurélio, que a competência para os *habeas corpus*, quando o coator fosse qualquer tribunal, era sua. Certa ou errada a posição da maioria (cujo entendimento veio logo a ser adotado também com relação às Turmas Recursais), louve-se o magnífico exemplo que deu a mais alta Corte do País de não repudiar serviço.

Tudo bem, mas alguns inconvenientes logo apareceram.

E o Supremo se viu compelido, certamente para evitar que o interessado escolhesse entre o recurso ordinário para um tribunal e o *habeas corpus* para outro (e nada impediria que até escolhesse os dois), a temperar o entendimento adotado.

E foi assim que abriu uma exceção, para excluir a hipótese de *habeas corpus* contra decisão da qual coubesse recurso ordinário para o STJ (vale dizer, a do impropriamente chamado *habeas corpus* substitutivo), caso em que a competência se deslocaria, excepcionalmente, para o STJ. Como se vê, uma nova orientação calcada em razões de conveniência.

Causa espécie que, aí, e diante do mesmo silêncio da Constituição, se tenha consagrado, contraditoriamente, a competência que era descartada para a generalidade dos casos.

Criou-se, dessa maneira, regra que valeria apenas quando fosse caso do dito recurso ordinário, e não também quando não fosse caso dele, como, por exemplo, quando a coação emanasse de acórdão proferido em apelação. Ademais, disso resultava, aliada ao inconveniente de sobrecarregar o mais alto Tribunal do País, a esquisitice de, contra um mesmo acórdão e versando a mesma matéria, o recur-

so especial ser dirigido ao STJ e o *habeas corpus* ser endereçado ao Supremo Tribunal.

Foi, sem dúvida, principalmente para alterar a jurisprudência que se formou sobre a matéria, que veio a citada Emenda 22.

3. Desse modo, resultou mais claramente definida a fixação da competência do Supremo Tribunal quando coator for *Tribunal Superior*, como já era, mas agora sem ficar margem razoável para o enquadramento de também qualquer outro tribunal, como acontecia.

Assim é que, com a nova redação que lhe foi dada pela EC 22, de 1999, a alínea *i* do art. 102 da Constituição não se refere a tribunal "cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal". A referência agora é, mais precisa e simplesmente, a "Tribunal Superior". Houve, pois, mudança significativa. A proposital e restritiva menção exclusivamente a "tribunal superior" não permite fazer incursões no texto constitucional, quer para afastar o que expressamente inclui, quer para incluir o que deliberadamente deixou de fora, sabido que a modificação foi feita para excluir os atos de tribunais locais.

E, no que diz respeito à competência do STJ, o art. 105 agora fala, o que não fazia antes, em "tribunal sujeito à sua jurisdição". E aí se encaixam as Turmas, de cujas decisões negativas de *habeas corpus* somente ele poderá julgar o recurso ordinário (a competência do Supremo é restrita ao recurso de decisão de Tribunal Superior), pelo que fica caracterizada a sujeição determinadora da competência.

4. Contudo, segundo o acórdão em comentário permaneceu o silêncio da Constituição quanto às coações originadas das Turmas dos juizados especiais.

De certo modo até que isso pode ser verdadeiro, uma vez que não houve uma menção expressa delas. Mas em geral a Constituição não enumera cada tribunal individualmente. Daí o estabelecimento de regras, ou critérios. Cabe ao intérprete, como fez o acórdão, encontrar uma solução, visto que as coações das Turmas não poderiam escapar à garantia do *habeas corpus*.

Só que, mais uma vez, não se encontrou a solução mais conforme à lei. Enquanto os demais colegiados de 2.º grau, chamados tribunais, passaram a ter suas decisões apreciadas em *habeas corpus* pelo STJ, as das Turmas continuariam, como quer o acórdão, com o STF.

É que seguiu ele a trilha do julgado que fora, anteriormente à Emenda 22, proferido pelo Pleno no HC 71713-6-Paraíba, relator o eminente Min. Sepúlveda Pertence, que já ressaltava que as Turmas, sob o prisma da hierarquia jurisdicional, estavam – "em aparente paradoxo" – em plano mais elevado que os Tribunais de 2.º grau da União e dos Estados, em virtude daquela sujeição imediata e exclusiva à jurisdição do Supremo, dada a competência exclusiva deste para rever suas decisões mediante recurso extraordinário.

Isso porque, como quer o acórdão, Turma não é sujeita à jurisdição do STJ. E não o é porque "não cabe de suas decisões recurso especial".

Por que não caberia o recurso especial?

Não o diz com todas as letras o acórdão, mas a razão disso pode extrair-se de suas entrelinhas: Seja a observação de "continuarem [as Turmas Recursais] a não ser Tribunais"; seja a alusão à "brevidade em que se inspira a criação dos Juizados Especiais, ao livrar as questões ali apreciadas do crivo da instância do recurso especial".

Quer dizer, entendeu o acórdão que os juizados não são tribunais, e por isso mesmo de suas decisões não cabe o recurso especial, pelo que eles não estão sujeitos diretamente ao STJ, razão por que esse Tribunal não é competente para processar e julgar originariamente *habeas corpus* contra decisões dos ditos juizados! O pior é que semelhante raciocínio levaria igualmente à conclusão absurda do não cabimento – e disso, ao que parece, ainda não se cogitou – do recurso ordinário constitucional, que também se interpõe de decisão de tribunal.

Não vou repisar aqui o que tenho escrito a respeito da sobrevivência nos juizados de todos os recursos previstos no Código de Processo Penal e na Constituição, mas apenas dizer que a lei que criou os Juizados Especiais Criminais não afastou expressamente qualquer deles. Desse modo, os admitiu todos eles. Tanto assim que o acórdão conheceu do recurso extraordinário.

5. Não se pense que as decisões das *Turmas Recursais* ficaram excluídas "do crivo da instância do recurso especial" só porque o texto constitucional não as menciona.

Antes de mais nada, muito importa considerar que não poderiam os juizados ter sido mencionados expressamente na Lei Maior, que no art. 105, II e III, a respeito do cabimento dos recursos ordinário e especial, fala apenas, no primeiro caso, em *habeas corpus*, e no segundo, em causas decididas pelos *Tribunais Regionais Federais, Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios*, pela razão simples de que não existiam na época, pelo que não se poderá dizer que os *juizados especiais* foram excluídos da enumeração contida na Constituição.

E como não restaram excluídos, cumpre indagar se teriam lugar lá.

Trata-se de indagação que muito se justifica porque seus colegiados, com o nome de *Turmas*, fazem as vezes de Tribunal de Justiça ou de Tribunal de Alçada, julgando como órgão de 2.° grau. Demais disso, os juizados são órgãos do Judiciário – e órgãos cuja criação a Constituição mesma autorizou – para o julgamento de recursos que caberiam, sim, a Tribunal de Justiça ou a Tribunal de Alçada, tanto que, nos juizados em que não existirem as Turmas, de criação facultativa no crime, os recursos contra decisões do juiz de 1.° grau são julgados por aqueles tribunais.

Então, seus acórdãos, delas Turmas, hão de ser considerados decisões de tribunal para fins do recurso especial e do recurso ordinário constitucional.

Não importa não ostentem o nome de tribunais. O fato é que são tribunais no sentido amplo da palavra, pois que colegiados organizados para julgar em 2.ª instância. E fazendo, como fazem, o papel de tribunais de 2.° grau, como tribunais hão de ser consideradas para o fim em questão, como se verá em continuação.

6. Não há margem para dúvida alguma. Se as Turmas julgam esses recursos em última instância, suas decisões se equiparam e equivalem às daqueles tribunais, devendo ser tidas, nos termos do art. 3.º do CPP, como decisões de tribunal, que em realidade são, para fins de cabimento dos recursos especial e ordinário.

De outro modo, teríamos situações engraçadas: onde não houver as Turmas, as apelações das decisões de 1.º grau dos juizados, julgadas por Tribunal de Justiça ou Tribunal de Alçada, poderão desafiar recurso especial; mas quando julgadas por Turmas, seriam irrecorríveis! Como se as Turmas não tivessem capacidade de errar! Ou como se as causas pequenas não merecessem a mesma atenção que se dispensa às grandes.

Recorde-se, entretanto, que a Constituição democrática de 1946 falava em decisões de Tribunais Federais e de Tribunal de Justiça ao especificar as que podiam desafiar recurso ordinário. Pois bem, criaram-se Tribunais de Alçada. Mas a doutrina orientou que esses novos tribunais se incluíam no gênero Tribunal de Justiça, por força de compreensão. E não se registrou divergência na jurisprudência. De outro modo, o importante recurso seria indevidamente eliminado.

A Constituição vigente sequer fala, para fins dos recursos especial e ordinário, restritivamente em "Tribunal de Justiça", mas em "Tribunais dos Estados", e as Turmas são, sem levar o nome, tribunais estaduais.

7. Por outro lado, mais que a sujeição por motivo de recurso especial, que vem sendo repudiada, uma outra há, mais característica, porque em razão de recurso ordinário – o recurso ordinário *s.s.* –, um e outro de origem constitucional, sendo que o segundo ligado à garantia do *habeas corpus*.

Por isso mesmo, a eliminação de um desses recursos seria de duvidosa constitucionalidade.

Com efeito, concedidos pela Constituição, está entre os objetivos de um deles a preservação do primado da lei federal, pelo que não pode ficar intocável a decisão que viole a lei federal, especialmente no que diz respeito ao direito de defesa; e finalidade do outro é a proteção da liberdade individual, chegando a Constituição, para tanto, a identificar o STJ, como antes Cartas anteriores já haviam feito em relação ao STF, como uma 3.ª instância ordinária para o julgamento de *habeas corpus* denegados.

Não se compreenderia que quisesse o STJ enxotá-los dos juizados. Porque, então, melhor seria acabar com as Turmas. Não é de olvidar-se que aquele Tribunal foi criado exatamente para aliviar o Supremo Tribunal de certas tarefas, especialmente o julgamento de hipóteses de recurso extraordinário que passaram a ter o nome de recurso especial.

8. Se, como demonstrado, resulta clara a competência do STJ, existiria, por outro lado, alguma razão forte a embasar o entendimento de que, ao contrário, competente seria o Supremo Tribunal?

Entende o acórdão que as decisões das Turmas "se sujeitam imediata e exclusivamente à [jurisdição] do Supremo Tribunal, dada a competência deste, e só

dele, para revê-las, mediante recurso extraordinário". Daí a conclusão viciada: "donde só poder tocar ao STF a competência originária para conhecer de *habeas corpus* contra a coação a elas atribuída".

Ora, esse argumento de que as decisões das Turmas se sujeitam diretamente ao Supremo Tribunal não colhe, uma vez que, como já se observou acima, aquele critério já foi, mas não é mais utilizado pela Constituição para o estabelecimento da competência do Supremo Tribunal para processar e julgar *habeas corpus*, e até provaria demais, por isso que todos os outros tribunais, do mesmo modo, se sujeitariam àquele. E é certo que, sem dar margem a outro entendimento, a Constituição agora fala em "tribunais superiores". E, claro é, a *Turma* se equipara simplesmente a um tribunal de 2.ª instância, não chegando, modestamente, a ser nenhum "tribunal superior", como, aliás, reconhece o acórdão.

A prevalecer a orientação do acórdão, ocorrerá a conseqüência, pelo menos em tese (pois que certamente sem prejuízo para os interessados, dada a antiga e grande tradição do Supremo Tribunal em matéria criminal e na da proteção da liberdade individual), de uma limitação aos meios de defesa da liberdade. É que, se fosse aceita a competência originária do Superior Tribunal para o caso, denegada por este a ordem poderia haver recurso ordinário para o Supremo, ou *habeas corpus* originário também dirigido a ele. Fixada como deste a competência, como quer o acórdão, fica difícil até um novo pedido, agora ao Pleno, contra decisão de Turma do Tribunal, uma vez que isso não vem sendo admitido, desprezada que tem sido, de há muito, a posição correta que o insigne e sempre lembrado Min. Luiz Gallotti adotava.

E quanto ao Tribunal de Justiça?

9. De Tribunal de Justiça, Tribunal de Alçada, ou Tribunal Regional Federal não poderá ser a competência, vez que, como eles, as *Turmas* são colegiados jurisdicionais de 2.º grau, incompetentes, por isso mesmo, para conceder o *writ* contra autoridade de igual ou superior jurisdição, de acordo com velha regra do Código de Processo Penal.

Que a competência não é de Tribunal de Justiça foi, aliás, conclusão acertada do acórdão.

O acórdão mesmo, desse modo, está reconhecendo que a Turma Recursal é órgão judicante de categoria não inferior à daquele. É, em verdade, de categoria igual à dele, pois que superior não é.

10. Uma outra observação agora se impõe. Ainda que possa haver muita resistência para transpor a barreira da equiparação da Turma a um Tribunal, isso não seria impedimento sério para firmar-se a competência do STJ por uma simples questão de lógica: se, como visto, hoje não mais se pode enquadrar a matéria em exame na competência quer do Supremo Tribunal, quer na do Tribunal de Justiça, ela ficaria, por exclusão, com o STJ, pois que, em verdade, a competência deste vem sendo afastada não por incompatibilidade legal, ou por óbices intransponíveis ou argumentos insuperáveis, senão simplesmente por razões, além de vulneráveis, insusceptíveis de fechar as portas para o acolhimento da matéria.

Sendo um imperativo constitucional que se dê *habeas corpus* – e se dê *sempre* – a quem sofrer constrangimento ilegal, que, sem dúvida alguma, poderá emanar também de uma *Turma Recursal* (nesse particular, andou bem o acórdão, não suprimindo o remédio constitucional), força é encontrar um órgão jurisdicional que há de processá-lo e julgá-lo, como fez o acórdão, posto não tenha, tecnicamente – pedem-se todas as vênias do estilo para dizê-lo –, encontrado a opção correta.

11. Finalmente, se não bastasse toda a argumentação desenvolvida, e se é que a dificuldade do caso decorre do silêncio da lei, ou se, no fundo, o que se pretende é, em obséquio ao STJ, afastar solução que importe preservar o cabimento do recurso especial, a questão se resolveria facilmente com a velha regra de que em matéria de *habeas corpus* o que há de definir a competência diante da omissão da lei, portanto supletivamente, não é a questão da sujeição jurisdicional ou administrativa de um tribunal a outro, ou de membros de um ao outro (os juízes que integram as Turmas, por exemplo, são julgados criminalmente pelo Tribunal de Justiça, o que nenhuma importância tem no caso), mas a circunstância de a categoria jurisdicional de um não ser igual, nem muito menos inferior, à do outro, mas superior à dele. É por isso que o Tribunal de Justiça ou o Tribunal de Alçada não podem julgar pedido contra ato de Turma. São todos de uma mesma categoria, ou seja, colegiados de 2.° grau jurisdicional. Já o STJ é, como o próprio nome indica, de categoria mais elevada, tanto que, na posição de uma 3.ª instância ordinária, julga recursos ordinários de decisões dos dois tribunais estaduais mencionados, órgãos judicantes de 2.° grau, como também são as Turmas.

Então, sobra para o STJ, que se tem esquivado da competência.